

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

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

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



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



THOMSON REUTERS

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN PROVIEW



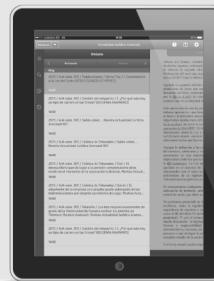
SELECCIÓN Y DESTAQUE TEXTOS

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



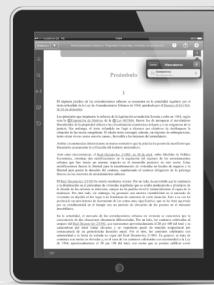
USE EL TESAURPO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

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



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR

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

CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

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

MARCADORES DE PÁGINA

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



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

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

IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

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

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

26

Año 13, número 26, Julio-Diciembre de 2016

Problemas actuales de la unión política y económica

**THOMSON REUTERS
ARANZADI**

CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámera Villar
SECCIÓN DE LEGISLACIÓN
María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
Antonio de Cabo de la Vega
Baldomero Oliver León
María Dolores Martínez Cuevas
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 Chieff

Francesc de Carreras Serra

Miguel Ángel García Herrera

Tania Groppi

Fulco Lanchester

Antonio López Castillo

Gonzalo Maestro Buelga

Gilmar Ferreira Mendes

Martín Morlok

Alessandro Pizzorusso

Gil C. Rodríguez Iglesias

Modesto Saavedra López

Antonio Torres del Moral

Gustavo Zagrebelsky

Miguel Ángel Aparicio Pérez

Mercé Barceló Serramala

Roberto Blanco Valdés

Manuel Contreras Casado

José Francisco Chofre Sirvent

Francisco del Río Muñoz

Manuel Gerpe Landín

Christian Hillgruber

Diego J. Liñán Nogueras

Francisco López Menudo

Stella Mangiameli

Roberto Miccù

Alessandro Pace

José Antonio Portero Molina

Giancarlo Rolla

Remedio Sánchez Férriz

Alejandro del Valle Gálvez

Xavier Arbós Marín

Javier Barnés Vázquez

Carmen Calvo Poyato

Javier Corcuera Atienza

Ricardo Chueca Rodríguez

Jacqueline Dutheil de la Rochère

José Joaquim Gomes Canotilho

Javier Jiménez Campo

Juan Fernando López Aguilar

Antonio López Pina

Miguel Martínez Cuadrado

Lothar Michael

Miguel Pascual Llano

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 Llortente

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. DL: GR-1316/2004 - Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL

Editorial Aranzadi, S.A.U.

31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 13, número 26, Julio-Diciembre de 2016

Problemas actuales de la unión política y económica

SUMARIO

PRESENTACIÓN	11
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Retos institucionales en el desarrollo de una Unión Política	19
JOSÉ M. DE AREILZA CARVAJAL	
Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva constitución económica del riesgo	49
JOSU DE MIGUEL BÁRCENA	
Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento en la Eurozona	87
PABLO GUERRERO VÁZQUEZ	
ARTÍCULOS	
Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: Un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español	125
OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ	
LUCA GIACOMELLI	
¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo.....	165
ABRAHAM BARRERO ORTEGA	

El futuro jurídico de Internet: Una aproximación constitucional a la neutralidad de la red.....	197
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO	

PERFILES/NOTICIAS

Elogio del Profesor Dr. D. Santiago Muñoz Machado.....	237
VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA	

TEXTOS CLÁSICOS

La aventura americana de la lengua de Cervantes	251
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO	

JURISPRUDENCIA

El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor.....	267
SERGIO GUTIÉRREZ NOGALES	

LEGISLACIÓN

Crónica de legislación europea	299
M. ^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

El referéndum de secesión en Europa	313
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS	

NOTICIAS DE LIBROS

Integração supranacional. Dimensões da proteção multinível dos direitos e sistema de governo da União Europeia	339
FAUSTO VECCHIO	
VICENZO TELARO	

El sueño constitucional	345
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ	

Presentación



El segundo semestre de 2016 ha consolidado las líneas profundamente negativas que se habían manifestado previamente a nivel europeo y global, hasta convertir este año en un auténtico *annus horribilis* para el Derecho constitucional, para la Unión Europea y para el mundo en su conjunto. El resultado de las elecciones norteamericanas ha sido el colofón de esta evolución pésima, que no termina ahí sino que desplegará sus efectos en los próximos años sin que resulte previsible siquiera el alcance de los daños que se van a generar, atendiendo a lo que hemos podido ver hasta ahora de la personalidad del nuevo Presidente de Estados Unidos.

Para Europa, este cambio de tendencia llega en un momento crítico. Los años de retraso que hemos acumulado en integración política y los conflictos internos que se han desatado con motivo de la crisis económica han situado el proyecto europeo en su punto más bajo hasta ahora. Lo peor, sin embargo, es que las tendencias de futuro no parecen muy favorables. En 2017 comenzará el proceso de negociación del Brexit, para la aplicación del artículo 50 TUE sin que el Reino Unido haya manifestado una voluntad de limitar los perjuicios que podría producir una ruptura traumática como la que se avista en el horizonte.

El resultado de las elecciones norteamericanas no va a favorecer un acuerdo amistoso y razonable si tenemos en cuenta que el nuevo Presidente era un firme partidario del Brexit y se ha manifestado también a favor de un progresivo debilitamiento político de la Unión Europea alentando los movimientos internos que promueven la salida de nuevos países de la Unión. Mientras la política de Obama estaba orientada a reforzar la Unión Europea como contrapeso a la influencia creciente de China en el mundo, el nuevo Presidente parece promover una estrategia errática y contradictoria de los Estados Unidos en el Mundo.

Un ejemplo de las contradicciones internas de esa política lo tenemos en la denuncia del Tratado comercial con el Pacífico (TPP) que estaba claramente diseñado

por Obama para reducir la presencia de China y para potenciar la presencia de Estados Unidos en esa zona del mundo. Aunque el nuevo Presidente exhibe una retórica contraria a China, lo cierto es que la política que va a poner en marcha es claramente favorable a los intereses de esta potencia. El lugar que deja Estados Unidos en el Pacífico solo podrá ser ocupado por China, que ampliará sus zonas de influencia en Asia y en América Latina.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la situación es de creciente desconcierto. No solamente porque no era previsible nada de lo que ha pasado en estos últimos meses (el Brexit, la involución política en Turquía, el resultado de las elecciones norteamericanas) sino porque ya partíamos de una progresiva descomposición interna del europeísmo y un avance considerable de las tendencias euroescépticas que van unidas generalmente a planteamientos xenófobos y racistas. Si Europa se hubiera reforzado moralmente en los últimos años estaría ahora en condiciones de afrontar mejor los retos que se le están planteando.

En estos días, cuando lamentamos la posición del nuevo Presidente norteamericano frente a México, su descalificación permanente de un país entero y del conjunto de su ciudadanía y el desprecio sin contemplaciones con el que trata a los mexicanos, quizás sea el momento de recordar las actitudes igualmente inaceptables de algunos líderes europeos en relación con Grecia, por ejemplo. No hay gran diferencia entre el muro físico que Estados Unidos quiere construir ahora en la frontera mexicana y los muros políticos y culturales que una parte de Europa ha construido frente a Grecia.

Que no era una cuestión solamente económica se evidencia cuando se percibe el relajamiento de las condiciones económicas con países de fuera de la Unión Europea como Ucrania o con países de la UE que merecerían una posición más firme atendiendo a la involución democrática que están sufriendo, como es el caso de Hungría. En lugar de concentrarse en la promoción de una identidad europea propia basada en la solidaridad y en la unidad, las instituciones europeas parecen estar jugando en clave de intereses geoestratégicos más que discutibles y contentando a gobiernos euroescépticos que lesionan los valores comunes que han inspirado a la Unión.

Por otro lado, el retroceso frente a esos valores comunes no ha hecho sino incrementar las posibilidades de los sectores euroescépticos que concurrirán a importantes procesos electorales en el año 2017 con posibilidades de ampliar notablemente su apoyo e incluso de poner en serio riesgo el proyecto europeo. La nueva presidencia norteamericana puede contribuir también a una desestabilización progresiva de la

Unión Europea si mantiene las líneas políticas que ha defendido antes y después de las elecciones.

Los riesgos crecientes del proceso de integración pueden verse también como una oportunidad si existe voluntad política de dar un cambio de rumbo importante y de asumir el papel que a Europa le corresponde en un mundo que se vislumbra cada vez más problemático e ingobernable. El avance en sentido federal del proyecto europeo es la única salida viable al actual estado de cosas. La profundización democrática y la orientación social de las políticas europeas, en congruencia con nuestro patrimonio constitucional común, son los caminos a seguir si se quiere hacer frente al incremento del euroescepticismo y reforzar la construcción europea.

Por lo demás, en estos tiempos de confusión, debemos reafirmar nuestra fe en el constitucionalismo. El resultado de las elecciones presidenciales ha evidenciado la incapacidad del sistema político norteamericano para hacer frente a los riesgos del populismo y para frenar las pulsiones más lamentables de una forma de hacer política que resulta claramente contraria a los principios en los que se inspira su Constitución. No es irrelevante el hecho de que el candidato ganador haya obtenido casi tres millones de voto popular menos que la candidata perdedora. El sistema constitucional norteamericano se está viendo sometido a una gran tensión y esperemos que encuentre las vías para reconducir la situación.

La parte monográfica de este número está dedicada justamente a los problemas actuales de la unión política y económica con tres trabajos que incorporan interesantes reflexiones desde esa perspectiva. Se trata de los Estudios de José María de Areilza Carvajal, «Retos institucionales en el desarrollo de una Unión Política», de Josu de Miguel Bárcena «Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva constitución económica del riesgo» y de Pablo Guerrero Vázquez, «Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento en la Eurozona».

La Sección de Artículos incorpora tres trabajos que se dedican a cuestiones relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional y en perspectiva europea. El primero de ellos, de Octavio Salazar Benítez y Luca Giacomelli «Homofobia, derecho penal y libertad de expresión: Un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español». Le sigue el de Abraham Barrero Ortega: «¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo». Por último, el de Juan Francisco Sánchez Barrilao, acerca de «El futuro jurídico de internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red».

La Sección Perfiles contiene la Laudatio que Vicente Álvarez García le dedicara a Santiago Muñoz Machado con motivo de su Investidura como Doctor Honoris

Causa por la Universidad de Extremadura, el 22 de abril de 2016. Con esta publicación queremos sumarnos al reconocimiento que le otorgó la Universidad de Extremadura a este ilustre jurista y al Elogio de su figura que hace nuestro amigo (desde los tiempos de Regensburg, al comienzo de la década de los noventa del pasado siglo) Vicente Álvarez.

Mención especial merece, nos parece, el texto que recogemos en la Sección de Textos Clásicos y que es justamente el Discurso de Investidura del Profesor Muñoz Machado como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Extremadura, que lleva por título «La aventura americana de la lengua de Cervantes». Forma parte de la dedicación creciente de Santiago Muñoz Machado a su actividad como miembro de la Real Academia Española, de la que es también Secretario y en la que está realizando una impresionante labor de la que da muestra, por ejemplo, la dirección de la obra Diccionario del español jurídico, recientemente publicada.

En el apartado de Jurisprudencia incluimos el trabajo de Sergio Gutiérrez Nogales sobre «El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de la reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor». El Foro recoge un trabajo de José Antonio Montilla Martos sobre «El referéndum de secesión». Se trata de una temática muy importante no sólo para España sino también en el contexto europeo y tenemos la fortuna de poder abordarla a través de la reflexión de uno de los principales especialistas en materia de descentralización política.

En el apartado de Legislación, María Luisa Balaguer Callejón incorpora normas de diferente naturaleza como la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016 y la Decisión (UE, Euratom) 2016/1432 del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 19 de agosto de 2016, por la que se nombra al director de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas. Por último, en relación con la Decisión (PESC) 2016/1182 del Consejo, de 18 de julio de 2016, relativa al Estatuto del personal del Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea, se incluye una reflexión muy interesante sobre el lenguaje de género que suscribimos plenamente.

La Sección dedicada a las noticias de Libros, está encabezada por la monografía publicada en Brasil por José María Porras Ramírez sobre una temática europea, Integração supranacional. Dimensões da proteção multinível dos direitos e sistema de governo da União Europeia (traducción de Paulo Roberto Barbosa Ramos, que es también el autor del Prólogo a la obra). São Paulo, Editora Saraiva, 2016. En tiempos de globalización como los actuales no debe extrañarnos que, en una revista de

perfil europeo como la nuestra, ese comentario de un libro sobre la Unión Europea publicado en Brasil por un profesor español sea firmado por dos profesores italianos, en concreto Fausto Vecchio y Vincenzo Telaro, de la Università degli Studi di Enna «Kore».

Por su parte, el libro de Juan Luis Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, KRK Ediciones, Oviedo, 2016 está comentado por Enrique Guillén López, siendo uno de los muchos comentarios que están en preparación o publicándose sobre esta obra del Profesor Requejo que está destinada a tener un importante impacto en la doctrina, como era previsible teniendo en cuenta la calidad de este extraordinario jurista.

Llegamos ya al apartado final de agradecimientos, en el que queremos destacar a la editorial Thomson Reuters, que publica la edición impresa y en e-Book de la Re-DCE. Igualmente resulta procedente mencionar a la Fundación Peter Häberle, directamente y a través del Centro de Investigación de Derecho Constitucional «Peter Häberle» de la Universidad de Granada. También, en el ámbito nacional, al Proyecto de Investigación DER2013-42960-P: «La dimensión constitucional del proceso de integración europea en el contexto de la globalización» y en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización y al Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional.
Catedrático Jean Monnet ad personam.
Director del Centre of Excellence on European Integration and Globalization (Ei&G).



Estudios



RETOS INSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DE UNA UNIÓN POLÍTICA

José M. De Areilza Carvajal

*Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de ESADE y titular de
la Cátedra Jean Monnet-ESADE. Departamento de Derecho*

SUMARIO:

1. Introducción: el debate sobre unión política en el contexto de la crisis del euro.
2. El cambio de paradigma de la integración europea.
3. La transformación de la eurozona.
4. Unión política limitada y recuperación del método comunitario.
5. Reformas institucionales.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE UNIÓN POLÍTICA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS DEL EURO

Los dirigentes de la Unión Europea, conscientes del aumento de la desafección ciudadana hacia las instituciones y decisiones de Bruselas, incluyeron en su hoja de ruta para el salvamento del euro de diciembre de 2012 la consecución de una Unión Política, que justificase mejor las uniones bancarias, fiscales y económicas en curso¹. En junio de 2015, el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker actualizó esta propuesta, desarrollando algo más el capítulo sobre «el refuerzo de la legitimidad democrática», acorde con «una mayor responsabilidad e integración en la Unión Europea y de la zona del euro»².

1 Cfr. los informes «Un Plan Director para una UEM profunda y auténtica. Apertura de un debate europeo», Comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2012 COM (2012) 777 final/2 y el Informe de Presidentes «Hacia una auténtica UEM», Consejo de la Unión Europea, 7 de diciembre 2012, SN 4577/12, Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de octubre de 2012 y Conclusiones del Consejo Europeo de 13 y 14 de diciembre de 2012.

2 Informe «Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea», presentado por Jean-Claude Juncker el 22 de junio de 2015, con la participación de los demás presidentes de instituciones de la

Este artículo se interroga sobre esta Unión Política todavía solo esbozada y reflexiona acerca de su necesidad, límites, contenidos y posibilidades³. Parte del hecho de que el rediseño del euro no ha concluido y que acontece en una etapa especialmente difícil de la integración europea. La delicada operación desde 2010 de poner en pie un nuevo gobierno económico en la eurozona ha complicado todavía más la aceptación social de una Unión Europea que ha agotado la utopía original del proceso de integración.

De este modo, el salvamento y rediseño de la moneda única ha creado tensiones desconocidas hasta ahora entre grupos de Estados y entre los gobiernos y sus ciudadanos, solo superadas por la crisis migratoria que empezó en 2015. La crisis del euro ha hecho que muchos entiendan la Unión como un nivel de gobierno tecnocrático que no rinde cuentas de modo suficiente, en el que la política nacional de los países deudores no influye apenas sobre las políticas europeas. Ni siquiera los países acreedores, más influyentes en la toma de decisiones de la eurozona, están satisfechos con el gobierno de Bruselas y se resisten a la hora de autorizar mayores transferencias de poder al nivel europeo, no solo por razones de prudencia fiscal, sino por el temor a debilitar sus democracias nacionales. El contexto exterior de una globalización económica acelerada y un nuevo reparto de influencia en un mundo menos multilateral y más multipolar, hacen que los retos de mejorar la competitividad europea y de asegurar el futuro del Estado de Bienestar, sean igual de importantes que el imperativo de salvamiento de la moneda.

La principal razón por la que el objetivo de avanzar hacia una Unión Política desaparece de la lista de prioridades de los dirigentes europeos es la dificultad de conseguir consensos sobre sus contenidos y sobre el nivel de ambición del proyecto, en un contexto de mayor euro-escepticismo y de auge del populismo y del nacionalismo, con distintos grados y manifestaciones, en la gran mayoría de los Estados miembros.

El contexto invita a ocuparse de otros asuntos que parecen más urgentes y posponer la introducción de bases jurídicas que autoricen y regulen nuevas políticas económicas a nivel europeo y formulen las reformas institucionales adecuadas. En 2017 las elecciones en Francia y Alemania y la delicada situación política y económico-

UE, ésta vez incluido el presidente el Parlamento Europeo, y la presidencia del Eurogrupo, disponible en https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_es.pdf

3 Cfr. una primera aproximación a este tema en J.M. DE AREILZA, «Unión Política y gobierno económico europeo», *Anuario del euro 2014*, dir. F. FERNÁNDEZ, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2014, p. 283-303.

ca de Italia y de Grecia reclaman una atención preferente. Por ello, la Unión estaría orientada de nuevo a conseguir resultados, a través de pequeños pasos, de acuerdo con su manera clásica de legitimar su actuación y retrasaría la tarea de rediseño político y jurídico que proponían los informes de 2012 y 2015 citados⁴.

Unida a los interrogantes de fondo sobre en qué consiste la Unión Política aparece la doble cuestión práctica de cómo afrontar eventualmente la reforma por unanimidad de los tratados europeos y hasta qué punto es necesario configurar jurídica y políticamente la eurozona como un núcleo mejor diferenciado del resto del proceso de integración.

La tentación recurrente es emular al gentilhombre de la obra de Moliere y afirmar que todo lo que hace la Unión ya es político, para no tener que afrontar la tarea pendiente de definir mejor tales aspectos del proyecto europeo. La historia no desmiente a aquellos orgullosos de hablar en esta prosa: la declaración de Schuman de 9 de mayo de 1950, con la que se inició el proceso de integración, mencionaba el objetivo final de una federación política. Dos años después, la Comunidad Europea de Defensa, cuyo tratado se adoptó pero no se ratificó, estaba vinculada al desarrollo de una Comunidad Política Europea. El tratado de Roma de 1957 optó por no mencionar el objetivo de una Federación y de inscribir en su Preámbulo el propósito más ambiguo de conseguir a «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» a través de la economía, la manera más inteligente entonces de hacer política europea. Los Consejos Europeos de 1990 y 1991 que impulsaron el Tratado de Maastricht de 1992 utilizaron repetidamente el término Unión Política, aunque esta expresión no se plasmó finalmente en dicho pacto sino en el Acta Final de la Conferencia Intergubernamental en cuyo seno tuvo lugar la negociación⁵. En esos años, el concepto de Unión Política sirvió como cajón de sastre para potenciar aspectos no económicos (ciudadanía europea, cooperación judicial y policial, fortalecimiento del Parlamento Europeo...) en un proyecto de integración que se aceleraba al incluir los planes y condiciones para una futura Unión Económica y Monetaria.

Sin embargo, la pregunta sobre qué Unión Política es muy necesaria en 2017: hoy los ciclos políticos nacionales están seriamente condicionados, y a veces desdi-

⁴ Cfr. los informes «Un Plan Director para una UEM profunda y auténtica. Apertura de un debate europeo», Comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2012 y el Informe de Presidentes «Hacia una auténtica UEM», Consejo de la Unión Europea, 7 de diciembre 2012. Asimismo, el informe «Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea», de Jean-Claude Juncker, 22 de junio de 2015, op. cit.

⁵ Cfr. P. DE SCHOUETTE Y S. MICOSSI, «On Political Union in Europe: the changing landscape of decision-making and political accountability», *CEPS Essay*, nº. 4, 2013.

bujados, por el poder europeo, con todos sus interrogantes sobre la legitimidad y eficacia de la UE. La propia operación de salvamento y rediseño del euro responde a una explicación política, de compromiso a largo plazo de los dirigentes de la eurozona con el proyecto de integración, por encima del análisis coste-beneficio de cada uno de los Estados miembros.

La actual Unión necesita sin mayor dilación reformas jurídicas y políticas que acompañen y sostengan a las económicas. Como ha explicado Simon Hix, el sistema de gobierno europeo no está basado de forma suficiente en una competencia entre distintas opciones por llegar al poder y con distintas visiones políticas⁶. Falta representación, transparencia y rendición de cuentas. Para conseguir estos objetivos no es necesario abrazar el federalismo ni reclamar la centralización de muchas más políticas, algo que en la situación actual incluso sería contraproducente, por la falta de aceptación social de una Unión –o de una eurozona– que expanda de forma acelerada sus competencias.

La primera pregunta para delimitar una Unión Política posible es cómo legitimar mejor lo que se ha hecho hasta ahora: rescates, disciplina fiscal, reformas nacionales dirigidas desde las instituciones europeas o apoyo condicionado del Banco Central Europeo. El siguiente interrogante es cómo añadir legitimidad a la Unión Europea para seguir construyendo una Unión Bancaria, Fiscal y Unión Económica, tres ámbitos en los que de forma directa o indirecta están ya incluidas importantes políticas económicas y fiscales antes reservadas a los niveles nacionales y que condicionan el futuro del Estado de Bienestar en cada Estado miembro de la moneda común.

2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Para poder responder a las preguntas sobre contenido y límites de una Unión Política es preciso entender el nuevo contexto de la integración una vez han transcurrido sus primeros sesenta años. Es difícil negar que el proceso de unificación europea ha sido un ejercicio de pragmatismo exitoso⁷. A pesar del desconcierto y de las divisiones que han causado la crisis del euro y la crisis de refugiados, hoy el valor normativo de la Unión sigue siendo elevado. Es el ejemplo más avanzado de integración económica regional y un paradigma a la hora desarrollar instituciones

6 S. Hix, «What is wrong with the European Union and how to fix it», *Polity Press*, 2008, p. 180.

7 Cfr. la explicación de este proceso en J.M. DE AREILZA, *Poder y Derecho en la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas y Fundación A. MARTÍN ESCUDERO, 2014, p. 217 y ss.

capaces de gestionar problemas comunes a un grupo de Estados en un contexto de globalización.

Se puede argumentar que a finales del siglo XX, Europa completó la utopía inspirada por los ideales de paz y prosperidad compartida, puesta en marcha por Jean Monnet y los demás padres fundadores en los años cincuenta. La reconciliación entre los antiguos enemigos se materializó en el mercado y las políticas comunes, sostenidos por una Comunidad de Derecho, basada en valores tan fundamentales como la no discriminación por razón de la nacionalidad. Los equilibrios entre las instituciones comunitarias funcionaron como límites al nuevo poder europeo, junto con los pesos y contrapesos entre el nivel de gobierno europeo y las democracias nacionales. Las instituciones de Bruselas establecieron límites eficaces al proteccionismo económico y al nacionalismo exacerbado.

Cuando empezaba el siglo XXI, una Unión exitosa desde un punto de vista histórico se quedó sin utopía. Comenzó a darse por supuesta, a formar parte del paisaje. Los viejos ideales de paz o prosperidad compartida se habían conseguido y ya no movilizaban. La Unión, fatigada y a la defensiva, no encontraba los resortes para reinventarse como proyecto, relanzar la integración sobre nuevas bases y volver a ser una utopía merecedora de trabajar en pos de ella.

La realización y el agotamiento del proyecto de integración diseñado en la posguerra mundial han tenido lugar sin que la Unión haya logrado a tiempo un cambio político cualitativo para establecerse como una democracia paneuropea, que no tiene como punto de partida un único demos y que no aspira explícitamente a crearlo. Se trata de una operación de gran calado constitucional⁸. Es cierto que desde la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, comenzó un debate necesario sobre cómo justificar desde un punto de vista democrático europeo el creciente ejercicio del poder en Bruselas. De hecho, una de las maneras de entender la integración europea desde entonces es afirmar que ha llegado a lo que Kalypso Nikolaidis llama su «momento Tocqueville»⁹. Siguiendo las huellas del ilustrado francés, los europeos habrían empeñado a hacernos las preguntas difíciles de toda democracia, en nuestro caso para transformar un proyecto supranacional llevado a cabo por unos pocos, la integración económica y política nacida en 1950, y orientado sobre todo a rescatar a los Estados de sí mismos.

8 J.H.H. WEILER, «Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, K. NICOLAIDIS y R. HOWSE (eds.) Oxford University Press, 2001, p. 54-73.

9 K. NICOLAIDIS, «UE: un moment Tocquevillien», *Politique Etrangère*, 3,3, 2005.

La Unión debe abordar más a fondo los retos políticos e institucionales de este «momento Tocqueville» para legitimarse como nuevo poder una vez que los contratos sociales basados en el Estado del Bienestar se han resquebrajado y el continente europeo ha sufrido una mutación profunda por la aceleración del proceso de globalización económica. Desde Bruselas y las capitales nacionales, se han tomado decisiones como la puesta en marcha de la moneda única o las ampliaciones al Este, dos mutaciones que transforman su ser y que hacen más necesario fortalecer el proceso político europeo. Pero todavía no se han dado suficientes pasos para lograr una Unión de la que sean dueños sus ciudadanos. Las élites nacionales y europeas, protegidas en exceso por la opacidad con la que operan en las distintas instituciones de la Unión, no han llevado hasta sus últimas consecuencias el debate democrático de la Unión.

Como explicaba Francisco Rubio Llorente, el proyecto de integración europea se ha justificado típicamente como una función del poder nacional: «de lo que se trata no es tanto de la aparición de un poder nuevo y libre, como de la creación de un límite a los poderes ya existentes. Esa creación necesita ser justificada o, si se quiere, legitimada, pero se trata de una necesidad nueva: no de la necesidad de legitimar democráticamente un nuevo poder, sino la de legitimar la existencia de unos límites a la democracia»¹⁰. Pues bien, en nuestros días dicho cambio de paradigma se ha hecho del todo necesario por las transferencias de poder que conlleva el rediseño del euro. La Unión fortalecida de este modo, mantendría su influencia positiva sobre la vida política y económica y de sus Estados al mismo tiempo que se legitimaría un nuevo poder europeo como tal.

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA EUROZONA

La larga crisis financiera y económica que comenzó 2008 encontró a la Unión atravesando otra crisis, de naturaleza política, que se manifestaba por una situación de creciente indiferencia ciudadana hacia las instituciones de Bruselas, las cuales no acababan de formular una nueva utopía europea.

Durante estos años plagados de titubeos en las instituciones comunitarias y celos mutuos entre gobiernos, se ha evitado que los mercados mundiales retiraran la confianza a la moneda única de una Europa en recesión. Con mayor o menor acierto, el rediseño de la unión económica y monetaria para hacerla más sólida y creíble

10 F. RUBIO LLORENTE, «El futuro político de Europa: Espacio, fines y método», *Claves de Razón Práctica*, nº. 89, 1999, p. 2-9.

está en marcha. No es el resultado de una gran estrategia, pero sí de un compromiso político de fondo con la integración.

No obstante, el carácter excepcional de estos últimos años, en los que la moneda común ha estado al borde de su desaparición, ha llevado a intensificar todavía más el elitismo que había marcado la primera etapa de la integración europea, así como la orientación tradicional de justificar la integración por sus resultados. El carácter elitista del proceso incluso ha empeorado, ya que la crisis del euro ha dado un papel preponderante a la política de algunas capitales nacionales.

Alemania ha adquirido un protagonismo novedoso. A lo largo de una crisis que no ha padecido en toda su crudeza, ha proyectado al resto de los miembros de la eurozona su propio contrato social, basado en la austeridad, el sacrificio, el ahorro y una clara desconfianza hacia los mercados financieros y la transferencia de competencias a la Unión. El imperativo categórico alemán ha sido «resolver la crisis europea conforme a reglas», lo que inevitablemente ha dado lugar a una abstracción peligrosa del contexto social de cada país y a una proyección hacia los demás desde el gobierno de Berlín de sus normas propias y de la identidad constitucional alemana. Los pasos que proponen los expertos alemanes se pueden resumir en este orden: reformas nacionales para ganar competitividad, supervisión común de los bancos, estrechar y hacer más aplicables las reglas sobre disciplina fiscal y dotar al nivel europeo de mecanismos para garantizar la estabilidad financiera, condicionando siempre la solidaridad a las reformas y el respeto por las reglas del juego. Tras el referéndum sobre la permanencia o salida de la UE celebrado en el Reino Unido el 23 de junio de 2016, Alemania ha pedido un período de pausa y reflexión en la integración europea y ha desacelerado el desarrollo institucional, político y económico de la eurozona, con la justificación de que la hoja de ruta podía alentar el populismo. En la cumbre informal de Bratislava entre jefes de Estado y de gobierno de 27 Estados miembros en septiembre de 2016 las prioridades europeas giraron claramente hacia el terreno de la seguridad interior y el control de fronteras¹¹.

En estos años de salvamento del euro con demasiada frecuencia la integración se ha entendido como una disciplina jurídica y económica impuesta no tanto por el nivel europeo, sino por algunos Estados miembros sobre otros. Se ha creado una división aguda entre países acreedores y deudores, con tensiones y agravios, y se han debilitado las instituciones europeas y la Comunidad de Derecho que constituye la UE, así como se han cuestionado importantes consensos que sostienen la democracia a nivel nacional. Esto se debe en parte a que durante los primeros años de la crisis

11 Cfr. Declaración y Hoja de Ruta de Bratislava de 16 de septiembre 2016.

se ha pensado que el problema eran los países rescatados, un error de diagnóstico que retrasó seriamente una respuesta conjunta de la UE. La crisis del euro no ha sido una crisis de deuda de algunos países, sino que se ha debido a un diseño defectuoso de la unión monetaria, que no era una zona monetaria óptima. Sus instituciones centrales carecen de los instrumentos necesarios para garantizar la estabilidad, la corrección de los desequilibrios o la supervivencia en caso de crisis¹².

Durante esta etapa convulsa de la integración, la Comisión ha perdido capacidad de iniciativa y voz a favor tanto del Consejo Europeo como del Consejo y del Eurogrupo, en donde las posiciones alemanas han sido determinantes¹³. El Parlamento no ha tenido ninguna función directora y su deliberación política no ha sido central. El contrapeso a Berlín ha estado sobre todo en el Banco Central Europeo, reforzado en su capacidad ejecutiva, y no en otras instituciones.

A pesar de ello, en todas las capitales de la eurozona ha pesado la inercia pro-europea. En 2011 el Pacto Euro-plus (2011), estableció la supervisión comunitaria de la agenda de reformas económicas de los Estados miembros en asuntos como mercado laboral, pensiones o fiscalidad. Dicho importante paso incluye la supervisión europea de los presupuestos nacionales, a través del llamado Semestre europeo, por parte de la Comisión Europea¹⁴. Ese mismo año el paquete legislativo conocido como «Six Pack» (2011), cinco reglamentos y una directiva, se aprobó para prevenir y controlar los déficits fiscales y los desequilibrios macroeconómicos nacionales¹⁵.

12 J. TORREBLANCA y J.M. DE AREILZA, «Spain's salvation in the euro», *The New Political Geography of Europe*, ECFR, Londres, 2012, p. 71-77.

13 L. TSOUKALIS, «The Shattering of Illusions –And What Next?», *Journal of Common Market Studies*, 49, 2011, p. 19.

14 Las normas contenidas en los dos reglamentos del llamado *Two Pack*, otorgan verdadero poder a la Comisión para establecer recomendaciones y condicionar la elaboración de los presupuestos nacionales. Asimismo, crean un marco jurídico permanente para la asistencia a los Estados miembros en dificultades financieras, cfr. Reglamento (UE) número 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades y Reglamento (UE) número 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre 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.

15 Los dos principales instrumentos de este paquete legislativo fueron el Reglamento (UE) número 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre el

En la misma línea y con ciertos solapamientos de la legislación mencionada, en 2012 se adoptó el Pacto Fiscal o Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, un acuerdo intergubernamental ratificado por 25 Estados miembros, que llevó a alguno de ellos a la codificación en sus constituciones nacionales de la regla de oro de estabilidad presupuestaria (en España supuso la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución) y la aceptación del control y las eventuales sanciones por parte del Tribunal de Justicia de la UE de estos nuevos límites.

Asimismo, los primeros dos fondos de rescate creados en 2010 para hacer frente a los problemas de deuda y las amenazas sobre la estabilidad financiera del conjunto de la eurozona dieron paso en 2012 a un fondo de rescate permanente o Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), operativo desde ese año. Por su parte, el Banco Central Europeo aprobó en septiembre de 2013 la posibilidad de realizar operaciones monetarias no convencionales («Outright Monetary Transactions»), para garantizar la estabilidad financiera de la eurozona.

Sobre estas bases se ha ido construyendo una Unión Bancaria, Fiscal y Económica. El primer y decisivo paso de la Unión Bancaria se ha dado ya con la nueva regulación bancaria europea aprobada en 2013 (el paquete CRD IV) y con el sistema de supervisión común en manos del BCE logrado en 2014.

A pesar de esta enumeración tan extensa de iniciativas y medidas, queda mucho por hacer: el reto es superar el diseño defectuoso de la unión económica y monetaria y no simplemente abordar un incumplimiento de sus reglas básicas¹⁶.

En el fondo, en el Tratado de Maastricht (1992) no figuraban dos elementos esenciales que configuran una unión monetaria: un Banco Central que fuera prestamista de última instancia y garante de la deuda, y un Tesoro que respaldase tanto la deuda pública como la privada mediante mecanismos de resolución bancaria. Por tanto, sin un rediseño sustancial, en sentido centralizador, la UEM difícilmente puede sobrevivir. En concreto, a medio plazo sin una política fiscal, un presupuesto propio y un banco central, la unión monetaria es un sistema de tipos de cambio fijos sin posibilidad de salida.

establecimiento de medidas de refuerzo para corregir desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro y Reglamento (UE) número 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, para prevenir y corregir desequilibrios macroeconómicos.

16 J.M. DE AREILZA, «La Unión Bancaria y la Unión Fiscal en el rediseño del euro», *Revista El Notario*, noviembre-diciembre 2012.

Hay sin embargo grandes diferencias en lo que se entiende por Unión Fiscal. En un extremo, estaría la visión centralizadora inspirada en federaciones de trayectoria probada como EEUU o Canadá. En el otro extremo, un modelo sui generis, pragmático y de mínimos, en el que en el fondo las transferencias europeas son entre Estados y no de la UE, se producen de forma limitada y condicionada a reformas nacionales, presididas por una nueva cultura de austeridad y una política económica de ajuste a través de una dolorosa devaluación interna.

El modelo escogido hasta ahora es el de una Unión Fiscal de mínimos. Sea cual sea el diseño a medio plazo de la unión fiscal, éste debe dotar a la UE de capacidad para estabilizar su moneda y su economía ante amenazas sistémicas y shocks asimétricos como los sufridos estos años. Se trata de ir mucho más allá de lo que se hizo los primeros diez años de Unión Económica y Monetaria basada en unas reglas fiscales para los Estados que se podían incumplir y la confianza en el poder de los mercados para disciplinar el gasto público y el endeudamiento soberano.

Nadie puede anticipar si los fondos provisionales de rescate o el nuevo fondo permanente, el Mecanismo Europeo de Estabilidad o MEDE, serán el embrión de un futuro Tesoro europeo, ni cuál será la función del presupuesto europeo en un diseño más avanzado de Unión Fiscal¹⁷.

Pero lo que parece seguro en el contexto político europeo actual es que la creación de mecanismos de solidaridad federales tardará tiempo. Sabremos que hemos llegado a una unión fiscal cuando se empiecen a mutualizar riesgos, con la creación de euro bonos u otros instrumentos comunes. Los dirigentes alemanes son conscientes de que para que la moneda común funcione hay que crear una garantía de liquidez para Estados y bancos. Pero una vez aceptada a regañadientes el activismo del Banco Central Europeo y puesto en pie el MEDE como fondo de rescate permanente, prefieren la vía lenta y la condicionalidad en las reformas europeas, tanto por razones domésticas, democráticas y electorales, como a su estrategia de mantener la presión sobre los Estados miembros en proceso de ajuste. Es lo que S. Dullien y J. I. Torreblanca llaman un «federalismo económico limitado», basado en mecanismos de control inter-gubernamentales. La pregunta que se hacen estos autores acertadamente es si la legitimidad indirecta de este enfoque minimalista, preferido por Alemania, es suficiente¹⁸.

17 Cfr. M. POIARES MADURO, «A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice», *RSCAS Papers 2012/11*, European University Institute, 2012, p.10-16.

18 S. DULLIEN Y J. TORREBLANCA, «What is Political Union?», *Policy Brief, European Council on Foreign Relations*, ECFR/70 December 2012, p. 6.

Al mismo tiempo, desde Berlín y otras capitales, se advierte que la crisis más difícil de atajar en la eurozona es la de confianza ciudadana, compuesta de falta de apoyo a la idea europea, en un contexto de desempleo todavía elevado, falta de crecimiento económico y una crisis migratoria que afecta desigualmente a los Estados miembros y que no ha sido abordada con una visión de conjunto.

En definitiva, la transferencia de nuevos poderes y recursos a la Unión, sin la cual la moneda única no es viable, se ha hecho más necesaria y al mismo tiempo más difícil. El problema no es reducible a aplicar las políticas económicas adecuadas, sino que tiene raíces más hondas, relacionadas con la necesidad de renovar en términos jurídicos y políticos la utopía europea.

A través de una extraña gobernanza, con medidas de diversa índole jurídica y no siempre bien coordinadas entre sí, durante la crisis del euro se ha comprado un tiempo muy valioso, en el que se deben emprender nuevas reformas institucionales, políticas y económicas. Para ello es esencial saber adónde se quiere ir. La crisis de la moneda única ha acelerado y a la vez ha complicado el imprescindible debate político para relanzar la integración.

A diferencia de la situación de la postguerra hace setenta años, el rompecabezas actual no es ya transformar los Estados-nación en Estados miembros de una Unión. Se trata de encajar ese nuevo poder europeo, legítimo, limitado y eficaz, y hacerlo plenamente compatible con las democracias nacionales, sujetas a su vez a los efectos beneficiosos de una disciplina jurídico y económica europea.

El reto de reemplazar la arquitectura fallida del euro sigue siendo de proporciones gigantes, no obstante los pasos muy importantes que ya se han dado en la resolución de la crisis de la moneda única. La Unión Económica y Monetaria no puede sobrevivir sin una centralización política y fiscal mayor que la prevista inicialmente, porque en las condiciones actuales introduce importantísimas tensiones y agravios entre sus miembros. Pero las condiciones políticas, económicas y sociales en muchos Estados miembros de la actual Unión Europea no hacen nada fácil esta transferencia de nuevos poderes a Bruselas.

4. UNIÓN POLÍTICA LIMITADA Y RECUPERACIÓN DEL MÉTODO COMUNITARIO

El principal desafío de la Unión Europea de nuestros días es justificar todo el poder que se ejerce desde Bruselas y la ausencia de límites claros a su expansión continuada de competencias. Este reto es todavía mayor que el de poner remedio a sus omisiones en ámbitos tan importantes como la unión económica y monetaria o

la política exterior, de seguridad y defensa, como hemos visto ante las crisis de Libia, Siria o Ucrania. Los problemas de legitimidad y de eficacia del sistema institucional europeo hacen más preocupante el hecho de que se dejen de tomar decisiones en los Estados miembros para convertirlas en políticas europeas.

La Unión, y antes las Comunidades Europeas, han ido expandiendo progresivamente su ámbito competencial desde el principio de la integración hasta hoy, primero con más cautelas y luego con más velocidad. El elemento más decisivo en esta transformación ha sido el paso a la toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo cada vez en más ámbitos, lo cual ha permitido acelerar la europeización de políticas económicas y sociales¹⁹.

Antes de la crisis de la moneda única, la Unión se había vuelto algo más reticente en su labor legislativa. Su prioridad era profundizar en los ámbitos existentes y no tanto extenderse a nuevas materias. Las instituciones de Bruselas se habían puesto a la defensiva ante las reclamaciones desde algunas capitales nacionales de repatriar competencias europeas y han perdido capacidad de justificar plenamente la necesidad de actuar desde el nivel europeo.

El problema de fondo reside en que las consecuencias constitucionales y democráticas de la expansión competencial de la Unión no han sido debatidas de modo suficiente desde una perspectiva constitucional netamente europea. En la mayor parte de las ocasiones, la expansión de poderes ha dependido de decisiones del proceso político caso por caso, en las que la discusión se centraba en el contenido sustantivo de una hipotética actuación europea.

La crisis del euro ha hecho emergir un tipo de crítica distinta de los excesos y las omisiones en la actuación de las instituciones europeas. Las convulsiones financieras y económicas han obligado a ir más allá del ámbito competencial tradicional de la Unión para entrar, desde Bruselas, en materias antes reservadas a la toma de decisiones nacionales como la formulación de presupuestos nacionales, la supervisión bancaria, las políticas de empleo o las reformas económicas y sociales para la sostenibilidad del Estado de Bienestar. Estas iniciativas han desatado las invocaciones unilaterales a la identidad nacional, exacerbado las reclamaciones de repatriación de competencias europeas en algunos países –no solo en el Reino Unido– en un contexto de predominio político de Alemania, una hegemonía ni buscada ni querida por los germanos.

19 J.M. DE AREILZA, «El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea», REDC, año 15, nº. 45, Septiembre-Diciembre 1995, p. 53-93.

Al mismo tiempo, en este período desde países muy endeudados se ha argumentado la necesidad de rediseñar el gobierno europeo mediante un salto cualitativo hacia una federación económica. Esto supondría la transferencia de competencias y recursos a la Unión y la reorganización de las instituciones responsables de la política monetaria y económica, incluyendo la creación de nuevas instituciones en el nivel europeo (por ejemplo, un Tesoro, un Fondo Monetario, una Reserva Federal o un Presupuesto común que supere el límite actual del 1% del PIB europeo). Desde los países acreedores se ha reclamado precisamente lo contrario: poner límites a las transferencias hechas desde sus gobiernos para rescatar las economías de los países deudores y a las nuevas tareas que deben asumir las instituciones europeas y someter en adelante a los miembros de la eurozona a reglas muy estrictas en el terreno presupuestario y de reforma económica.

La falta de límites claros desde el punto de vista jurídico, institucional o político a la expansión continuada de competencias europeas ha aportado flexibilidad en la solución de la crisis, pero también ha alimentado los temores a una transferencia masiva de poderes al nivel europeo. Tras muchos titubeos y la negación de que se estaba ante una crisis de la moneda en su conjunto –de forma errónea, el diagnóstico inicial fue que se estaba ante una serie de países con problemas–, se ha llegado a un consenso muy genérico: la resolución de la crisis exige una Unión Bancaria, Económica y Fiscal, así como una Unión Política. Se trata, no obstante, de un pacto de mínimos y lleno de ambigüedades: distintos Estados miembros definen de modo diferente los elementos de esta nueva gobernanza, los ritmos para ponerlos en pie y la distribución de los costes.

A la hora de transferir nuevos poderes al nivel europeo existen, al menos, dos obstáculos serios, relacionados entre sí. En primer lugar, la creación de la eurozona y su crisis ha llevado a un cuestionamiento del llamado método comunitario, basado en la toma de decisiones entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento y en un derecho europeo tutelado por los tribunales europeos. En segundo lugar, en estos años se ha percibido más que nunca hasta qué punto la UE condiciona las políticas económicas y sociales, pero no se ha creado una nueva cultura de debate político y de deliberación sobre las distintas visiones del bien común europeo, ni un sistema competitivo para llegar a gobernar la Unión a partir de elecciones europeas. Por el contrario, se ha experimentado un deterioro preocupante de la legitimidad de la UE. En el contexto actual, no es fácil dar con las bases para proponer un nuevo europeísmo, explicar la relevancia de la integración europea en nuestro tiempo y mostrar la centralidad que en dicho proyecto político tiene el rediseño de una moneda común.

Durante estos años de salvamento y rediseño del euro, la canciller Ángela Merkel ha formulado el llamado «método de Unión» como alternativa al «método comunitario»²⁰. Este nuevo modus operandi se basa en pactos entre Estados fuera del marco comunitario, en nuevos ámbitos económicos relacionados con la moneda común, con lo que se otorga el control de las decisiones a los gobiernos, se acelera la toma de decisiones y se evita ampliar las competencias europeas y tener que reformar los tratados. Así el llamado Tratado Fiscal, y los fondos de rescate EFSF y MEDE. Aunque el ulterior desarrollo de los principios acordados no se basa siempre en la toma de decisiones por unanimidad de los gobiernos participantes y las instituciones europeas deben desarrollar y aplicar sus decisiones, se trata de una manera de actuar que hace disminuir enormemente la racionalidad y la eficacia de la toma de decisiones europeas²¹. Al mismo tiempo, dicho «modus operandi» otorga a parlamentos nacionales y tribunales constitucionales (en especial y por razones políticas, a los alemanes) la última palabra sobre nuevas decisiones europeas, no sólo para darles luz verde sino también, en el caso de los Estados más poderosos, para determinar la mayor parte de sus contenidos.

El «método de Unión» significa que, en el fondo, el método comunitario plantea problemas jurídicos, por falta de competencia material de la actual UE o problemas políticos, por las resistencias de algunos Estados miembros a permitir el ejercicio de nuevas competencias a nivel europeo. Algunos lo interpretan como un período transitorio en el que el inter-gubermentalismo se ha impuesto debido a una situación de emergencia económica, y que desembocará en su momento a una reforma de los tratados para ordenar de forma coherente la unión bancaria, fiscal, económica y política en el ámbito comunitario. Pero la actual dialéctica entre países acreedores y deudores ha creado una división peligrosa que hace más descarnada la defensa de los intereses propios de cada Estado y más difícil la solidaridad entre ellos, una situación nada propicia para abordar una reforma de los actuales Tratados constitutivos.

En el fondo, la actual Alemania al impulsar el «método de Unión» entiende la utilización del Derecho comunitario como una opción más en el cuadro de mandos. Las reformas legislativas para crear una supervisión macro-prudencial, reglas comunes y supervisión europea sobre la elaboración de presupuestos nacionales y también

20 Discurso de la canciller federal Angela Merkel en la ceremonia de apertura del 61 curso académico del Colegio de Europa, 2 de noviembre, 2010.

21 C. CLOSA, «La gobernanza fiscal y macroeconómica europea y sus limitaciones democráticas», Revista Aranzadi Unión Europea XXXVIII, 12, 2012, p. 51-65.

sobre reformas se han impulsado a través de canales comunitarios. El gobierno de Berlín reconoce las dificultades de su socio francés para aceptar legislación europea que le obligue a emprender reformas profundas de su economía o a perder el control sobre decisiones financieras importantes. Además, otorga la última palabra en el desarrollo de la nueva moneda común a su parlamento nacional y a su tribunal constitucional, y anticipa en el futuro la falta de colaboración de un Parlamento europeo que gira hacia posiciones más nacionalistas y populistas. Por eso, el «método de unión» se entiende como una opción igual de viable y, en ocasiones, más que la tradicional vía del Derecho comunitario.

De este modo, al abordar los problemas de la moneda común en buena medida desde fuera del sistema institucional comunitario, se ha inaugurado una cultura política nueva, basada en la improvisación y la gestión a corto plazo de la crisis, con pactos políticos entre gobiernos muchas veces difíciles de aplicar a través instrumentos europeos vinculantes. Asistimos no sólo al predominio del Consejo Europeo sino, sobre todo, a la influencia alemana dentro y fuera del mismo. Este embrión de «jefatura de Estado colectiva», que reúne a jefes de Estado y de gobierno de los 28 Estados miembros²², ha visto como un Consejo Europeo informal de miembros de la eurozona aspiraba a convertirse en un serio competidor. El anterior presidente francés, Nicolás Sarkozy, promovió que los países de la Eurozona se reuniesen en este tipo de cumbres ad hoc durante 2010 y 2011, hasta que se ha formalizado como una reunión periódica, a partir de una serie de principios organizativos inspirados en el funcionamiento del Consejo Europeo y por ahora poco desarrollados.

Alrededor de este inestable centro, sin una visión política de conjunto, se ha establecido una competencia informal y desordenada entre una constelación de órganos unipersonales: presidencias de instituciones, representantes del Fondo Monetario Internacional, algunos jefes de gobierno y los ministros de economía de la eurozona que componen el Eurogrupo.

Esta formación, apoyada en el llamado grupo de trabajo sobre el euro, ha adquirido renovado poder y autonomía frente al Consejo de Economía y Finanzas (ECOFIN) en el que están representados todos los Estados miembros, y ha intentado también despegarse de la Comisión. Ha dado pasos para crear sus propias estructuras, aprovechando su reconocimiento jurídico por el Tratado de Lisboa y el apoyo francés para consolidar una Unión de dos velocidades. En esta división, basada en

22 R. DEHOUSSE Y P. MAGNETTE, «Institutional Change in the European Union», en *The Institutions of the European Union*, PETERSON, J.; y SHACKLETON, M.; (eds.), Oxford University Press. 2006, p. 20 y ss.

los que están dentro y los que quedan fuera del euro, el núcleo director queda en manos de un mecanismo intergubernamental. Igualmente, ha adquirido relevancia especial la llamada troika, formada por el FMI, el BCE y la Comisión, encargada de diseñar y gestionar las difíciles operaciones de rescate de países a través de «programas» y de un control exhaustivo de las decisiones de los gobiernos sometidos a estas condiciones.

La forma improvisada, informal y poco transparente en la que se han tomado muchas decisiones urgentes, unida a la dureza de las mismas desde el punto de vista de sus resultados a corto plazo, ha deslegitimado más el nivel europeo. La Unión no consigue salir de cierto círculo vicioso: el rediseño de la moneda común exige la transferencia de nuevas competencias y recursos al nivel europeo, en un momento de creciente desconfianza hacia la Unión Europea, generada tanto por la ausencia de límites claros a su actuación como por su falta de capacidad a la hora de resolver los problemas económicos y sociales causados por la crisis. Muy limitados en su capacidad de decidir sobre sus propias políticas económicas y sociales, algunos Estados ya no confían en que la Unión vaya a ser capaz de abordar con éxito los problemas que, estructuralmente, tan solo ella puede resolver y para afrontar los cuales necesitaría actuar a partir de grandes consensos. Todo indica que será complicado salir de este bucle.

La mejor manera de conseguirlo es tomarse en serio la reclamación de muchos Estados miembros, no solo de Alemania, a favor de una cierta limitación material de los poderes de la Unión Europea, como modo de proteger las democracias nacionales. Los mecanismos jurídicos y políticos para conseguir este propósito han de ser organizados en un esquema de toma de decisiones europeo que sea comprensible para los ciudadanos.

Es fundamental que esta iniciativa sirva para desincentivar la utilización sobre todo por el Tribunal constitucional alemán de la noción de «respeto a la identidad nacional», una garantía presente en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, que se añade a sus anteriores exámenes de la «garantía de los Derechos Fundamentales» y el «principio de subsidiariedad», para controlar las normas europeas desde la perspectiva de una constitución nacional²³. Lo que subyace en esta visión constitucional alemana es la carencia de legitimidad propia de la Unión Europea y la voluntad de subordinar el desarrollo de la integración al respeto de las decisiones

23 D. MURSWIEK, «ECB, ECJ, Democracy and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014», *German Law Journal*, vol. 15, 2, 164-165.

del alto tribunal caso por caso, en vez de formular dichas pretensiones legítimas en el campo de la política europea²⁴.

Al mismo tiempo, para superar la visión restrictiva del tribunal constitucional alemán sobre la naturaleza de la integración europea como una Unión de Estados soberanos no es necesario ni acertado re-introducir en los discursos europeos el recurrente debate sobre el federalismo. Cada experiencia federal es distinta, los rasgos comunes del federalismo son pocos y no existe un paradigma o tipo ideal de federación²⁵. La Unión ya tiene algunos rasgos federales, propios y limitados. En primer lugar, su Derecho, aplicado por los jueces nacionales con preferencia sobre el nacional. También, su toma de decisiones, en buena medida basada en el principio de mayoría, tanto en el Parlamento Europeo, como en el Consejo de Ministros²⁶. Asimismo, cabe hablar de federalismo en su flexible reparto competencial. Casi todos los poderes de la Unión o de sus Estados miembros son compartidos y su extensión real es negociable, día a día, por representantes de los Estados y la Unión, como en cualquier sistema contemporáneo de federalismo cooperativo.

Sin embargo, la Unión no es ni debe aspirar a ser una Federación de corte estatal. Le falta legitimidad social y la lealtad directa de sus ciudadanos. La Unión ha emergido como una federación jurídica sobre la base de una confederación política. El modelo comunitario define esta originalidad organizativa y política europea: una arquitectura institucional y jurídica creada a lo largo de sesenta años, con una combinación dinámica de elementos políticos supranacionales e intergubernamentales y bajo la influencia creciente de la toma de decisiones más tecnocrática que hemos llamado «infranacional». Es cierto que el rediseño de la moneda única exige incluir nuevos elementos propios de una federación económica –supervisión bancaria, unión fiscal, mecanismos para garantizar la estabilidad financiera, presupuesto reforzado. Pero la Unión del futuro debe contrapesar esta centralización con mejores mecanismos de representación y de rendición de cuentas, así como con la descentralización en áreas en las que la acción europea ya no es demandada por la ciudadanía.

24 Cfr. las dos sentencias principales del Tribunal constitucional alemán sobre el Tratado de la Unión Europea, Maastricht (BVerfGE 89, 155, de 12 de Octubre 1993) y sobre su reforma por el Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267, de 30 de junio 2009).

25 K. NICOLAIDIS, «The Federal Vision Beyond the Federal State», *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, op. cit., p. 439.

26 J. WEILER, «The Constitution of Europe», Cambridge University Press, 1999, p. 68 y ss.

El riesgo de caminar solo por inercia hacia «más Europa» es tan cierto como el de la inacción²⁷. Por contraste, la concepción de una «Unión Política limitada» descansa en unas instituciones europeas y nacionales capaces de responder desde la democracia a demandas ciudadanas, de deliberar entre distintas visiones del bien común y de dialogar entre ellas. El punto de partida no es un artificial demos europeo que de manera más o menos tenue se superponga a los *demoi* o sujetos constituyentes nacionales y que otorgue legitimidad directa a las actuales instituciones de la Unión.

Se trataría de crear mejores mecanismos jurídicos y políticos para limitar desde la propia UE el ámbito material de ejercicio del poder europeo, dejando suficiente flexibilidad al proceso de integración a la hora de conseguir sus objetivos. Este equilibrio se podría conseguir, por ejemplo, con un mandato más explícito al Tribunal de Justicia de la UE sobre los límites legales a la expansión de competencias o con la instauración de nuevos procedimientos en el Consejo para «hacer sonar la alarma» por parte de un grupo de Estados que piden no decidir por mayoría en un asunto concreto. El objetivo sería conseguir un equilibrio de poderes enumerados entre la Unión y sus Estados miembros, porque partiría del reconocimiento de que ambos niveles de gobierno están sujetos a una limitación material de competencias, como punto de partida para comprender y modificar la distribución de competencias entre ellos y decidir sobre la necesidad de su ejercicio, una condición necesaria para el éxito político de la integración europea en las próximas décadas. Su puesta en práctica es uno de los elementos básicos para relanzar el proyecto europeo y permitiría regresar al método comunitario y evitar la proliferación de pactos intergubernamentales sobre cuestiones económicas²⁸.

5. REFORMAS INSTITUCIONALES

La crisis del euro ha puesto de relieve la necesidad de actuar para transformar la gobernanza europea actual y legitimar un nuevo espacio público europeo por medio de la política. No basta con avanzar una vez más hacia una «Europa de los resultados», como se ha hecho a lo largo de los últimos sesenta y cinco años de integración. La transferencia de nuevas competencias a la UE solo se puede justificar por una mejora de su sistema de gobierno en términos democráticos y por la acep-

27 N. SCICLUNA, «EU Constitutionalism in Flux: Is the Eurozone Crisis Precipitating Centralisation or Diffusion?», European Law Journal, vol. 18, no. 2, 2012, p. 501.

28 J.M. DE AREILZA, «Poder y Derecho en la Unión Europea», op.cit, p. 124.

tación de un nuevo contrato social entre los europeos que resuelva las tensiones y los desequilibrios políticos y económicos que tanta incertidumbre han introducido en el proyecto europeo. Koen Lenaerts ha subrayado en este sentido que junto con el binomio «solidaridad financiera y cumplimiento de reglas europeas» surgido como resultado de la nueva gobernanza del euro es preciso asegurar que la puesta en pie de una autoridad fiscal europea esté basada en una legitimidad democrática apropiada y en la rendición de cuentas de la toma de decisiones, en todos los niveles en los que los ciudadanos se sienten representados²⁹.

El anterior presidente de la Comisión expresaba igualmente esta necesidad en términos muy claros: «la estabilidad y la credibilidad de una moneda como el euro se basan en la credibilidad y sostenibilidad del conjunto de instituciones políticas detrás de ella»³⁰. El pacto de fondo es intercambiar nuevas cesiones de poderes nacionales al ámbito comunitario, imprescindibles en el rediseño del euro, por un reforzamiento democrático y político de las instituciones de la UE y de su toma de decisiones³¹.

Las instituciones de Bruselas tienen que conseguir hacer política de forma más visible y explícita, y no solo ser el ámbito desde dónde cada vez más se formulan políticas. El objetivo es mejorar la calidad del debate democrático europeo, con más transparencia, inteligibilidad, rendición de cuentas y, progresivamente, competencia entre distintas visiones europeas del bien común. Como Miguel Poiares Maduro indica «el verdadero déficit democrático europeo se encuentra en la excesiva dependencia de la política nacional, donde no se ha internalizado las consecuencias de la interdependencia europea y global»³².

La politización del nivel europeo llevaría a deliberar desde el nivel comunitario sobre la Europa que queremos. Fritz Schärf ha advertido que en buena medida el proceso de integración responde a un modelo político liberal y no republicano (en el sentido de la filosofía política comunitarista). De este modo, la prioridad de la UE ha sido la protección de algunos derechos económicos individuales y sigue orientada a establecer límites al ejercicio mismo del poder europeo, mediante un sistema institucional basado en múltiples vetos, que consagra así un modelo de pluralismo

29 K. LENERTS, «EMU and the EU's Constitutional Framework», *European Law Review*, vol 39, 6, 2014, p. 753.

30 J. M. DURAO BARROSO, *The Political Implications of European Economic Integration*, European Commission, DG Education and Culture, Publications Office, 2014, p. 10.

31 J. TORREBLANCA Y J.M. DE AREILZA, «Spain's salvation in the euro», op. cit., p. 76.

32 M. POIARES MADURO, «A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice», op. cit. P. 18.

y no de gobierno de una mayoría paneuropea³³. Con las actuales reglas del juego y a falta de un mandato electoral claro, la Unión, sostiene Scharpf, no puede promover el bien común, ni atender a muchos problemas que los Estados son incapaces de solucionar por su cuenta.

Este análisis es particularmente lúcido para describir los contornos generales el modelo político europeo, pero encierra una visión demasiado exigente hacia el grado de identidad común necesaria. En el fondo no deja de proyectar un modelo estatista al plano europeo³⁴. En nuestra opinión, la Unión solo puede afirmar su condición de «democracia fuera del Estado», reconociendo la ausencia de un demos, sin pretender improvisar un sentimiento de identificación común equiparable al de un Estado unitario. Por ello, el esfuerzo de imaginación constitucional en el campo de la política debe ser mayor, para respetar las identidades nacionales preexistentes y a la vez profundizar en la creación de una nueva polis de ámbito europeo, que refleje tanto la diversidad como los rasgos comunes de la sociedad europea.

La pregunta más acuciante sigue siendo: cómo puede llegar a ser esta Unión un día una democracia de calidad, que goce de legitimidad, incorpore en el plano europeo todos los avances democráticos de los sistemas políticos occidentales y sin que tenga que evolucionar hacia un Estado europeo.

Hay que reconocer que el tamaño de la comunidad política europea dificulta alcanzar esta calidad democrática. La actual Unión sufre una lejanía estructural respecto a sus más de 500 millones de ciudadanos europeos, tanto por su tamaño como por las múltiples crisis que la asedian y la falta de medios para gestionar la mayoría de ellas.

No hay un ejemplo en todo el mundo de una democracia con mecanismos bien establecidos de rendición de cuentas, deliberación y transparencia y con una gestión eficiente de los asuntos públicos con una población tan extensa y de tanta diversidad. En el plano europeo cuesta más dar sentido a las nociones de representación y participación ciudadana; y es ímproba la tarea de crear opinión pública sobre los asuntos que se discuten ahí. Nos encontramos con una cierta dificultad estructural para avanzar en la puesta en marcha de una democracia avanzada.

Por eso se ha hecho necesario abordar algunas reformas una vez pasadas las mayores urgencias de la crisis del euro. El sistema institucional europeo todavía no permite hablar de mandato electoral ni de gobierno responsable. La Comisión Eu-

33 F.W. SCHARPF, «Legitimacy Intermediation in the Multilevel European Polity and Its Collapse in the Euro Crisis» MPIfG Discussion Paper, 12/6, 2012.

34 J. WEILER, «Europe in crisis», op. cit., p. 256.

ropea, en su Comunicación de noviembre de 2012³⁵, no se atrevió a defender este planteamiento y solo reclamó la recuperación del método comunitario, frente a la improvisación de pactos intergubernamentales.

La Comisión propuso entonces la creación de un Tesoro de la UEM a partir de la integración del MEDE en los tratados europeos. El responsable del Tesoro sería el comisario de Asuntos Económicos, con el apoyo del comisario de Presupuestos. Este aumento de poderes de la Comisión llevaría a dotar al Parlamento Europeo de más capacidades para controlarla en sus decisiones sobre la moneda común, evitando en cualquier caso la tentación de un Parlamento de la eurozona. La Comisión también rechazó la formalización de un Consejo de la eurozona, a partir de la reunión de los miembros del ECOFIN de países del euro y sugirió una posible evolución del papel del Banco Central Europeo, para evitar que camine en la cuerda floja y bordee los límites de su mandato cada vez que tenga que hacer el papel de garante de la estabilidad financiera.

Por su parte el Informe de Presidentes (Van Rumpoy, Barroso, Draghi y Juncker) y los Consejos Europeos de Octubre y de Diciembre de 2012³⁶ insistieron en la necesidad de establecer «mecanismos sólidos que garanticen la rendición de cuentas y la legitimidad democrática». Sin embargo, este objetivo central de una Unión Política se traduce más adelante en el mismo texto en una explicación poco clara de cómo el Parlamento europeo debe participar en las decisiones sobre la Unión Económica y Monetaria (sobre todo el día que hay una nueva capacidad presupuestaria en torno a la UEM), pero también los parlamentos nacionales. Todos los parlamentos intervendrían en las decisiones relacionadas con el Semestre europeo (control sobre la elaboración de presupuestos nacionales y puesta en marcha de reformas económicas en el ámbito nacional) o en los «acuerdos contractuales» entre la Comisión y los gobiernos para concretar estas reformas. Los jefes de Estado y de gobierno delegan la coordinación de la cámara europea y las nacionales a la propia iniciativa de los parlamentarios de uno y otro nivel, algo poco realista. Asimismo, se insiste en la necesidad de integrar los pactos intergubernamentales a los que han llegado en el Consejo Europeo durante los años de crisis en el marco comunitario y avanzar hacia la unificación de la representación exterior del euro, aunque sin explicar de qué manera se proponen alcanzar estos objetivos ni en qué plazos.

35 «Un Plan Director para una UEM profunda y auténtica. Apertura de un debate europeo», Comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2012 COM (2012) 777 final/2.

36 Informe de Presidentes «Hacia una auténtica UEM», Consejo de la Unión Europea, 7 de diciembre 2012, SN 4577/12, así como las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de octubre de 2012 y Conclusiones del Consejo Europeo de 13 y 14 de diciembre de 2012.

En el informe Juncker de 2015, que desarrolla algunas ideas sobre Unión Política anticipadas en 2012, se proponen reformas institucionales para fortalecer al Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales en la toma de decisión en la Unión Económica y Monetaria. También se aboga por otorgar un nuevo papel del Eurogrupo, como foro de debate, promoción y representación de la zona euro, dotando de nuevos medios a la presidencia del Eurogrupo. Con mucha cautela se refiere a la posibilidad de tener una presidencia permanente (a más largo plazo, entre 2017 y 2025), con el objetivo de «desempeñar un papel aún más importante en la representación de los intereses de la moneda única, dentro de la zona del euro y fuera de ella».

El informe se refiere también a la creación de un Tesoro de la zona euro, sin especificar sin embargo cuando se podría o debería producir, ni las características que podría tener. La única condición a su creación parece ser que para las decisiones tomadas colectivamente, se garantice «responsabilidad democrática y legitimidad»³⁷. Antes de proponer la creación de ese Tesoro, este informe Juncker advierte que «los Estados miembros de la zona del euro seguirían decidiendo en materia de tributación y sobre la asignación de los gastos presupuestarios en función de las opciones políticas y preferencias nacionales».

Desde un punto de vista puramente legal, propone que antes de junio de 2017 se integre en el marco de la Unión Europea, «el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, los apartados pertinentes del Pacto por el Euro Plus y el Acuerdo Intergubernamental sobre el Fondo Único de Resolución»³⁸ y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) antes de 2025.

Estas propuestas son positiva pero insuficientes en el avance hacia una Unión Política. La gestión de la moneda común lleva a tratar en el nivel europeo asuntos económicos y sociales de enorme envergadura, incluyendo el futuro del Estado del Bienestar. Se trata de nuevos ámbitos sobre los que es más complicado obtener consensos que cuando el proyecto central europeo se centraba en el mercado y las políticas comunes. Como ha explicado Peter Lindseth, la Unión ha desarrollado legitimidad de resultados («output legitimacy»), incluso durante la crisis del euro, y ha mejorado sus mecanismos para fortalecer su legitimidad de origen («input legitimacy»), con sucesivas reformas de los Tratados desde 1985. Quedan no obstante mejoras por hacer en ambos sentidos, pero sobre todo en una tercera dirección, la consecución de una legitimidad social mayor, equivalente a la expresión del pre-

37 Ibid. P. 20.

38 Ibid. P. 22.

sidente Lincoln «government of the people» (y no sólo «for the people» y «by the people»), basada en la identificación de la sociedad europea con las instituciones que gobiernan la UE³⁹.

La solución pasa por identificar mejor quién gobierna la Unión, conforme a qué intereses y valores, y facilitar la rendición de cuentas del poder ejecutivo europeo, hoy una realidad difusa al estar conformada por distintos procesos y actores, tanto europeos como nacionales⁴⁰.

Pensando a medio plazo, una reforma institucional futura debería contemplar la transformación de la Comisión en un Gabinete europeo⁴¹. Dicho Gabinete podría estar encabezado por un jefe de gobierno resultante de la fusión de ambas presidencias actuales, la de la Comisión y la del Consejo Europeo (este primer paso se podría dar sin la reforma mencionada), y como tal Gabinete sería plenamente responsable ante el Parlamento europeo.

La Cámara propondría el nombre del presidente del Gabinete, de acuerdo con la interpretación ya prevalente desde las elecciones europeas de 2014 del artículo 17.7 del Tratado de la Unión Europea: «teniendo en cuenta el resultado de las elecciones europeas»⁴². A su vez, éste debería poder nombrar a todos los miembros de su equipo, en vez de hacerlo a través de un acuerdo previo con el Consejo, según estipula hoy en día para la formación del colegio de comisarios el artículo 17.7 del Tratado de la Unión Europea⁴³. Una vez nombrado el Gabinete, sería refrendado en bloque por el Parlamento Europeo y por el Consejo Europeo.

39 P. LINDSETH, «The Eurozone Crisis, Institutional Change and Political Union» en ALLEN, F.; CARLETTI, E.; GRAY, J. (eds.), «Political, Fiscal and Banking Union in the Eurozone?», European University Institute, Florence and Wharton Financial Institutions Center, FIC Press, 2013.

40 J. TORREBLANCA, «¿Quién gobierna en Europa? Reconstruir la democracia, recuperar a la ciudadanía», Ed. Catarata, 2014.

41 M. ORTEGA, «La Comisión Europea y el gobierno de la Unión», Fundación Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2012, p. 114 y ss.

42 Cfr. el detallado análisis de cómo se negoció una interpretación amplia del texto del artículo 17.7 del TUE, con el fin de que el Parlamento europeo en tras los comicios europeos de mayo de 2014, pudiera designar por primera vez al nuevo Presidente de la Comisión, a pesar de las resistencias del Consejo Europeo, en N. PEÑALVER Y J. PRIESTLEY, «The Making of a European President», Palgrave Macmillan, 2015.

43 Cfr. la propuesta en este mismo sentido, encaminada a fortalecer el poder ejecutivo del Presidente de la Comisión de Y. BERTONCINI Y A. VITORINO, «The Commission Reform: between efficiency and legitimacy», Policy Paper 115, Notre Europe, Jacques Delors Institute, July 2014, p. 14.

La Comisión de este modo evolucionaría hacia un verdadero gobierno europeo y dejaría atrás la perniciosa práctica de permitir la nominación de «un comisario por Estado». Desde el origen de la integración europea todos los Estados miembros han designado al menos a un miembro de la Comisión. Pero con el tiempo esta regla ha hecho menos eficaz a dicha institución (porque crece en número de miembros con cada ampliación) y le ha restado independencia (por la tendencia de los gobiernos nacionales, cada vez más abiertamente, a entender como «representantes» a los comisarios que nominan, a pesar de la prohibición de los tratados en este sentido).

El nuevo Gabinete europeo mantendría todas las atribuciones, funciones y competencias de la Comisión actual, pero sería un gobierno reducido en tamaño y capaz de actuar bajo una sola dirección. Pondría en práctica un programa refrendado por los representantes elegidos en las elecciones europeas y combinado con las orientaciones para los siguientes cinco años emanadas del Consejo Europeo.

El Gabinete debería poder disolver la cámara, convocar elecciones y ser cesado por el Parlamento a través de un mecanismo más operativo que el actual sistema de censura previsto en el artículo 234 del TFUE, que no permite proponer una nueva Comisión mediante un procedimiento constructivo de censura.

Es cierto que las más recientes propuestas informales hechas por Alemania van en sentido contrario al expuesto, porque reclaman la limitación de poderes de la Comisión, apostando a cambio por la coordinación entre gobiernos como «modus operandi» preferido en el desarrollo de la Unión Económica y Monetaria. Pero la propia doctrina constitucional alemana sobre la exigencia de democracia europea, fundada en un Parlamento con plenas potestades, debería llevar a medio plazo a avanzar hacia este modelo de Gabinete europeo, surgido de la Cámara y refrendado por el Consejo Europeo⁴⁴.

El Parlamento Europeo, por otro lado, es parte de la solución para politizar las actividades de la UE, aunque tiende a arrogarse una representatividad y legitimidad social mayor de la que realmente tiene y una capacidad de cooperación con los parlamentos nacionales aún no demostrada⁴⁵. No obstante, es necesario seguir dando

44 Cfr. las sentencias del tribunal constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155, de 12 de Octubre 1993) y sobre el Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267, de 30 de junio 2009).

45 Cfr. las resistencias del Parlamento Europeo a tratar en pie de igualdad a los parlamentos nacionales a la hora de abordar cuestiones europeas relacionadas con el desarrollo de la Unión Económica y Monetaria bien patente en el Informe de la Cámara «Report on constitutional problems of a multilayer governance in the European Union» (2012/2078 (INI)), European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, Rapporteurs: R. GUALTERI Y R. TRZASKOWSKI, November 7, 2013.

pasos para que el Parlamento se desarrolle como la institución que representa directamente a todos los ciudadanos europeos y más dotada para debatir sobre distintas ideas para formular una serie de valores que representen el bien común europeo⁴⁶. La reducción de sus tres sedes a una sola y el derecho de iniciativa legislativa serían dos medidas que ayudarían a conseguir este objetivo. Ambas innovaciones exigen reforma de los Tratados, al igual que la reforma que más mejoraría el debate europeo y la rendición de cuentas sería una nueva composición de la cámara, a partir de una fórmula mixta, una mitad de diputados elegidos en elecciones europeas y otra mitad de diputados nacionales, delegados de sus parlamentos para servir también como representantes europeos. Sería una manera de reconectar en el día a día las democracias nacionales con la europea.

Un tercer ámbito de reforma, en este caso sin la necesidad de modificación de los Tratados, es la politización de la toma de decisiones europea, la cual se ha hecho más difícil por el impacto de la globalización económica, que ha acentuado el carácter tecnocrático y la complejidad de la política a todos los niveles. El proceso de globalización económica ha fortalecido el poder de las llamadas «comunidades de intereses», pobladas por expertos que se reconocen entre sí por compartir y hablar un mismo lenguaje altamente tecnificado. Desde la década de los setenta, hemos asistido al ascenso en la Unión Europea de estos actores de tipo infranacional, integrados en comunidades de expertos que deciden sin suficientes controles políticos ni debates públicos⁴⁷. De este modo, muchas políticas europeas son decididas por sujetos con lealtades sectoriales que no se guían por la noción de interés europeo o de interés nacional. La crisis del euro ha acentuado esta visión en exceso tecnocrática y fragmentada de los términos del debate público europeo. En buena parte de las negociaciones comunitarias, los actores decisivos no defienden más que de modo retórico lealtades nacionales o europeas y lo que realmente buscan es hacer avanzar proyectos concretos, envueltos en consideraciones técnicas y especializadas. Esta «infranacionalidad» florece en Bruselas, igual que en las capitales de todos los países occidentales y permite resolver con cierta eficacia problemas de ámbito transnacional, relacionados con la extensa regulación del mercado interior o del comercio exterior.

46 Cfr. el estudio sobre el impacto de la co-decisión del Parlamento Europeo en los últimos veinte años sobre el equilibrio institucional y el fortalecimiento de la democracia en la UE de C. BURNS, A. RASMUSSEN Y C. REH, «Legislative codecisión and its impacto in the political system of the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 20, 7, 2013.

47 J. WEILER, U. HALTERN, F. MAYER, «European Democracy and its Critics; Five Uneasy Pieces», Harvard Jean Monnet Working Paper, 1/95 y J.M. DE AREILZA., «The Dual Character of the EC's Dual Supranationalism –Revisited», Harvard Jean Monnet Working Paper, 2/95.

Se trata de comunidades nada transparentes y no inclinadas a rendir cuentas. De ahí la sensación de que tanto la europeización como la globalización limitan severamente el poder de los Estados y los debilitan pero no lo transfieren a instituciones y procesos políticos por encima de ellos. Es como si el poder se quedase en los entresijos de los comités y las agencias, que como agujeros negros absorben visiones, energías y aspiraciones políticas. Por otro lado, sus debates, fragmentados alrededor de problemas concretos, normalmente versan sobre materias complejas y reservadas a verdaderos expertos.

La solución no es esgrimir la legitimidad nacional como contrapeso a las comunidades de expertos a nivel europeo, para frenar su tendencia a presentar decisiones de gran contenido político en lenguaje técnico. El objetivo debería ser que la necesaria contribución de los cientos de comités forme parte de un sistema de pesos y contrapesos propio de la Unión e inteligible, que combine instituciones representativas capaces de trabajar con otras no basadas en el principio mayoritario y que ambos modelos de ejercicio del poder estén sujetos a una rendición de cuentas eficaz. Para regular mejor estos procesos y hacerlos más transparentes y con mayor igualdad de acceso de titulares de intereses, no son necesarias reformas de los tratados, sino de procedimiento administrativo europeo, que garanticen igualdad de acceso, transparencia y rendición de cuentas⁴⁸.

Otro asunto central que se plantea cada vez que se piensa en las siguientes reformas políticas e institucionales en la Unión es la creación de una eurozona más integrada, incluso un núcleo duro federal en torno a los países del euro, para conseguir una integración más estrecha entre sus miembros. El gobierno francés se ha manifestado en ocasiones recientes favorable incluso a la creación de un Parlamento europeo solo para la eurozona. Jean Claude Piris ha sugerido dar el primer paso en esta dirección al sugerir la creación de una «Eurozona plus» (los miembros del euro más otros Estados de la UE que quisieran unirse)⁴⁹, como un modo de mejorar el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria. Estaría basado en un acuerdo intergubernamental similar al del Tratado Fiscal de 2012 adoptado por 25 Estados miembros, sin reforma previa de los tratados ni grandes alteraciones del marco institucional existente. No obstante, con el tiempo, esta «Eurozona plus» quedaría regulada por los tratados europeos.

48 J.A. FUENTETAJA, «Derecho Administrativo Europeo», Civitas UNED, 2014, p. 82 y ss.

49 J.C. PIRIS, «The future of Europe: towards a two-speed European Union?», Cambridge University Press, 2011, p. 6.

La Canciller alemana se ha mostrado partidaria de hacer a medio plazo una reforma de los tratados para incorporar los pactos intergubernamentales que han sido parte del rediseño del euro. Como ha explicado Fernando Fernández, «la magnitud de los retos a los que se enfrenta el diseño de una nueva unión monetaria hace muy complicado seguir con interpretaciones flexibles de los textos actuales; interpretaciones que dan lugar a soluciones particularmente complejas y sujetas a su constante cuestionamiento legal ante cualquier Tribunal Superior»⁵⁰.

En este sentido, la citada propuesta de Jean-Claude Piris ofrece algunas soluciones jurídicas al reto de reforzar la eurozona con normas propias e introduce la flexibilidad suficiente para gestionar la diversidad de intereses y agendas nacionales presente en la Unión de veintiocho Estados miembros⁵¹. Pero conviene sugerir que el proyecto de un núcleo duro debe respetar la peculiaridad jurídica y política de la Unión Europea, formulada por Joseph Weiler como un orden constitucional sin un demos constitucional, una realidad que funciona mientras la centralización sea menor que la de un Estado federal aunque su Derecho haya sido internalizado como parte del orden doméstico⁵².

La reforma de los tratados para dotar de mayor definición jurídica y política a la eurozona no está exenta de riesgos, por las tensiones que se generaría en un esquema de Europa a dos velocidades entre los miembros del primer círculo concéntrico y los del siguiente, y la amenaza a la integridad del mercado interior y al derecho comunitario compartido por todos, las dos redes que crea interdependencia y unidad europea. Eduardo Chiti y Pedro Gustavo Texeira han advertido que el «inter-gubernamentalismo reforzado» resultado de las reformas adoptadas para rediseñar el euro no debería dar paso a una concepción autónoma de la eurozona que podría poner en riesgo la unidad jurídica e institucional de la UE⁵³.

Cabe recordar que el mercado interior sigue siendo el gran proyecto europeo, con más potencial de crecimiento económico y más consenso que ninguna otra tarea común. El crecimiento y la prosperidad futura no vendrán de la moneda, sino de mejorar las reglas del mercado interior y hacer reformas para ser más competitivas.

50 F. FERNANDEZ, «Anuario del Euro 2014», dir. F. FERNÁNDEZ, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2014, p. 34.

51 K. DERVIS, «Visions for Europe: Democratic Legitimacy and EU Institutions», en Europe's Crisis, Europe's Future, K. DERVIS & J. MISTRAL (eds.), Brookings Institution Press, 2014, p. 185

52 J. WEILER, «Dialogical Epilogue», en The Worlds of European Constitutionalism, J. WEILER, G. DE BÚRCA (eds.), Cambridge University Press, 2012, p. 269.

53 E. CHITI & P. G. TEXEIRA, «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis» Common Market Law Review, vo. 50, 2, 2013, p. 705.

vos. En áreas como la energía, los servicios, la economía digital o el libre comercio con terceros queda mucho por hacer. La ventaja añadida no son solo los resultados económicos potenciales, sino que éste es el proyecto que mayor consenso político genera entre todos los Estados miembros. La eurozona no requiere una Europa a dos velocidades, ni tampoco la creación de una nueva entidad política, como han sugerido entre otros Giorgio La Malfa, antiguo ministro de Asuntos Europeos italiano⁵⁴, sino mejores instrumentos propios, incluido una revisión del papel del Banco Central Europeo, y más política y deliberación en torno a los valores que guían y explican sus decisiones⁵⁵.

Sería conveniente comenzar este proceso con una reforma previa del método de reforma, para evitar que la exigencia de la unanimidad que sigue presente hoy en día en el procedimiento ordinario el artículo 48 del TUE (párrafos 2 al 5) haga extremadamente difícil las modificaciones sugeridas de los Tratados⁵⁶.

6. CONCLUSIONES

La UE ha ganado un tiempo precioso para avanzar hacia una Unión Política más explícita, en el marco de la puesta en marcha de la Unión Bancaria, Económica y Fiscal, los elementos centrales de la moneda común reformada. No obstante, la situación actual está marcada por la paradoja de que se hace más necesario que nunca este refuerzo del nivel político europeo y tal empresa es más ardua que en otros momentos de la integración, por el auge del populismo, el nacionalismo exacerbado y la dureza de la crisis económica, unidos a las tendencias desintegradoras del llamado «Brexit» y de la crisis migratoria, un contexto general que confluye en una mayor desconfianza hacia la gobernanza de Bruselas.

Las medidas y propuestas para definir los contornos y condiciones de una Unión Política que se han descrito y propuesto permitirían avanzar hacia tal objetivo, en sucesivas fases, despejando las incógnitas sobre el modelo de Unión Política. Al mismo tiempo, se trataría de combinar la puesta en marcha inmediata de iniciativas para mejorar el funcionamiento democrático de la UE con una modificación

54 G. LA MALFA, «The Euro: Hopes Betrayed», *Aspenia Review*, Aspen Institute Italia, vol. 67, 2015, 197-214.

55 J.M. BENEYTO «Unidad y Flexibilidad en el futuro de la Unión Europea», Biblioteca Nueva e Instituto Universitario de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, 2010.

56 B. BECERRIL, «Proposals for the future of Europe: The road to an Economic and Political Union», University Institute for European Studies, San Pablo CEU University, CEU Ediciones, 2014.

de los Tratados europeos, de una complejidad política mayor pero que permitiría configurar con más claridad las nuevas reglas del juego.

Las reformas del poder horizontal de la Unión Europea –Comisión, Parlamento, nuevos mecanismos de control sobre las comunidades de expertos, limitaciones a la configuración de la Unión en dos velocidades– estarían acompañadas por una reforma del poder vertical (la distribución de competencias UE-Estados miembros y las decisiones sobre el ejercicio de las mismas), de modo que no se proyectara la imagen de una Unión sin límites materiales en su capacidad de actuación, que aspiraría a sustituir a las democracias nacionales.

La reinención de la Unión en términos políticos es imprescindible para dejar atrás los efectos negativos de la crisis del euro. Como ha comentado Mark Leonard más que nunca los dirigentes europeos deben tener como punto de partida cómo votan los ciudadanos y cuáles son sus preocupaciones principales⁵⁷. El hilo conductor de todos estos cambios propuestos supone un cambio en el paradigma tradicional de la integración: dejar atrás el elitismo y la justificación por los resultados y formular una nueva narrativa sobre la integración así como un nuevo ideal, «la política y la democracia a nivel europeo», que guíen los siguientes pasos de la Unión y permita medir de nuevo el progreso en esta gran tarea colectiva.

Resumen

Las reformas introducidas para hacer frente a la crisis del euro deben incluir medidas que configuren una Unión Política limitada y más explícita, que legitimen mejor la puesta en marcha de la Unión Bancaria, Económica y Fiscal. Tal imperativo es más difícil de atender hoy por los gobiernos de la UE debido al contexto creado por las divisiones y tensiones tras el anuncio de «Brexit», el débil crecimiento económico tras la crisis del euro, la crisis migratoria y las amenazas a la seguridad. Pero el objetivo de una mejor comprensión y aceptación social del proyecto europeo, tras la nueva configuración de su gobierno económico, es esencial para seguir avanzando en la integración.

Esta reflexión propone combinar la puesta en marcha inmediata de iniciativas para mejorar el funcionamiento más democrático de la UE con una modificación de los Tratados europeos, una operación de una complejidad política mayor pero que permitiría configurar con más claridad las nuevas reglas del juego. Las reformas del llamado «poder horizontal» de la Unión Europea –Comisión, Parlamento, nuevos mecanismos de control sobre las comunidades de expertos, limitaciones a la configuración de la Unión en dos velocidades– estarían acompañadas por una reforma del «poder vertical» (la distribución de competencias UE-Estados miembros y las decisiones sobre el ejercicio de las mismas), de modo que no evitase

57 M. LEONARD, «Introduction, The New Political Geography of Europe», N. WALTON y J. ZIELONKA (eds.), *European Council on Foreign Relations*, ECFR, Londres, 2012.

proyectar la imagen de una Unión sin límites materiales en su capacidad de actuación que vaciase de contenido a las democracias nacionales.

Palabras clave: *Unión Política, reforma institucional, Unión Económica y Monetaria.*

Abstract

The different reforms introduced to deal with the euro crisis should include measures to move towards a limited and more explicit political Union, in order to give legitimacy to the Banking, Economic and Fiscal Unions in process. Such goal has become more difficult to attain today because of the context created by divisions and tensions following the announcement of «Brexit», weak economic growth following the euro crisis, migration crisis and threats to security. But the objective of increasing the social acceptance of the European project, following the new configuration of its economic government, is essential for further progress in integration.

This article proposes to combine the short-term implementation of initiatives to improve the more democratic operation of the EU with a modification of the EU Treaties, an operation of high political complexity but needed to allow a clearer definition of the new rules of the game. It describes first reforms of the so-called «horizontal power» of the European Union –on the Commission, the Parliament, new control mechanisms over the communities of experts, limitations on the configuration of the EU in two speeds– and secondly advocates for a reform of «vertical power», the allocation of EU-Member State competences and the mechanisms to decide on the necessity to act at the EU level. Only such combination of horizontal and vertical reforms would lead to a Union with stronger democratic credentials that avoids projecting the damaging image of a European polity without material limits in its ability to act that continuously weakens national democracies.

Keywords: *Political Union, Institutional reform, Economic and Monetary Union.*

Recibido: 11 de mayo de 2016
Aceptado: 11 de diciembre de 2016

ESTABILIDAD FINANCIERA EN ENTORNOS FEDERALES: LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL RIESGO

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Profesor Contratado (Acreditado como Titular). Departament de Ciència Política i de Dret Públic Àrea de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El Derecho económico del riesgo: la estabilidad financiera como bien público protegible.
3. La estabilidad financiera del sector privado: la nueva regulación internacional y su prolongación a Europa y Estados Unidos.
4. Riesgos soberanos: cuando los estados y su deuda se convierten en un peligro para la estabilidad.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En una reciente entrevista a un diario español, el presidente del Banco Central Europeo (BCE), Mario Draghi, respondía a la pregunta del periodista sobre si podía prever turbulencias en los mercados de deuda en un futuro próximo, con un «no puedo comentar acontecimientos que aún no han sucedido»¹. Podría parecer que el personaje clave de todo el diseño institucional de la moneda única, estuviera reivindicando la vieja filosofía keynesiana, que haciendo gala de las capacidades ilimitadas del hombre y la política moderna, requería la utilización de todos los instrumentos disponibles con el objetivo de combatir los efectos perversos de las crisis económicas. Eso sí, tal exigencia se hacía sin pensar mucho en el mañana, porque como dijo alguna vez el gran intelectual británico, «a largo plazo estamos todos muertos».

Draghi está lejos de la filosofía económica de Keynes. Además, por el momento han regresado con fuerza las tesis económicas neoclásicas que expresan una impor-

1 El País, miércoles, 30 de noviembre de 2016, pp. 36 y 37.

tante preocupación por las consecuencias que en el futuro puedan tener las decisiones políticas del presente. Si se repasa el contenido de la prolífica estructura jurídica que ha ido apareciendo tras las sucesivas crisis acumuladas desde el año 2007 a nivel mundial, puede identificarse la emergencia de una nueva perspectiva general que expresa una inquietud profunda por la escasez de recursos, la imprevisibilidad de los procesos económicos y, sobre todo, la interiorización colectiva de la noción de límite, que desde luego no estaba presente ni en la época del buen gobierno económico del Estado del bienestar, ni en el tiempo del frenesí financiero vivido desde mediados de la década de 1980².

Así las cosas, «los acontecimientos que aún no han sucedido» a los que aludía el enigmático presidente del BCE, deparan por el contrario un escenario desconocido y no siempre halagüeño, que obliga a las autoridades del llamado gobierno global a reconstruir todo el sistema económico internacional y estatal, en base a la noción de estabilidad. La estabilidad es el nuevo bien jurídico a proteger por el derecho público de la economía, tanto a nivel constitucional como propiamente legal. Se identifican una serie de riesgos, esencialmente de carácter financiero y presupuestario, y se articula un sistema institucional y normativo que trata de limitar las posibles consecuencias negativas en forma de daños. Es este un esquema esencialmente técnico, que solo encuentra cierta conexión con la anterior lógica «principial» y axiológica, en la idea de justicia intergeneracional, incorporada con fuerza desde el ámbito medioambiental al propiamente económico en los últimos años³.

El presente trabajo tiene una pretensión conceptual y descriptiva. Se trata en una primera parte de ofrecer una serie de pautas analíticas, aún poco consolidadas, con el objetivo de contextualizar teóricamente la arquitectura jurídica que ha surgido para intentar contener los efectos indeseados del funcionamiento del sistema financiero⁴. En la segunda parte, intentaremos explicar cómo esas reformas financieras se han concretado en entornos de carácter federal: porque la gobernanza global no deja de ser un embrión de federalismo, eso sí, con importantes dosis de liquidez organizativa y normativa⁵. Desde una perspectiva comparada, teniendo en cuenta

2 W. STREECK, *Buying time. The delayed crisis of democratic capitalism*, Verso, Londres, 2014.

3 M. SCHRÖDER, «The Concept of Intergenerational Justice in German Constitutional Law», *Law Journal*, nº 28, 2011, pp. 321-330.

4 J. FRIEDMAN, «A Crisis of Politics, Not Economics: Complexity, Ignorance, and Policy Failure», *Critical Review*, Vol. 21, nº 2-3, 2009, pp. 127-183.

5 La expresión «federalismo líquido» la tomamos del trabajo de M.Á. GARCÍA HERRERA y G. MAESTRO BUELGA, «Del federalismo competitivo al federalismo global de mercado», *Revista de Derecho Político*, nº 88, 2013, p. 42. Hemos abordado las distintas teorizaciones del federalismo en la era de la

las experiencias americana y sobre todo la europea, que es al fin y al cabo la que nos afecta directamente, se abordarán los mecanismos que los distintos ordenamientos jurídicos han previsto para prevenir las consecuencias de los posibles peligros financieros. Tales peligros se concretan en un doble nivel: comienzan por lo general en el ámbito privado, y después terminan contagiando a los Estados, pudiéndose entonces producir quiebras soberanas que ponen en cuestión la viabilidad social y económica de naciones enteras.

2. EL DERECHO ECONÓMICO DEL RIESGO: LA ESTABILIDAD FINANCIERA COMO BIEN PÚBLICO PROTEGIBLE

En el título del trabajo aludimos a la constitución económica del riesgo. Es necesario advertir que se trata de una licencia doctrinal. Para empezar, es más correcto hablar, como se ha hecho en otras sedes, de «orden económico fundamental» o de derecho público económico en general⁶. En este estudio la constitución económica se presenta como una noción amplia, que hará referencia al conjunto de fuentes de diversa procedencia que han servido para construir, desde el comienzo de la crisis en 2007, la arquitectura jurídica que se encarga de regular los aspectos fundamentales del sistema financiero⁷. Se hará referencia aquí a los acuerdos del G-20, que aunque se traducen en «soft law» tienen una gran peso sustantivo, a las normas legislativas que por lo general sirven para trasponer el contenido de los acuerdos supraestatales y, por supuesto, a aquellas normas constitucionales que han ido incorporándose a

globalización, en J. TAJADURA y J.M. DE MIGUEL BÁRCENA, «Estudio preliminar. El federalismo en la era de la globalización», en J. TAJADURA, y J.M. DE MIGUEL BÁRCENA, (Eds.): *Federalismos del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 70-74.

6 Sobre la evolución del concepto «constitución económica», ver M. GARCÍA-PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979; M. ARAGÓN, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; G. DE VERGOTTINI, «La constitución económica italiana: pasado y actualidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 2012, pp. 339-354; S. CASESSE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2015 y G. BOGNETTI, «La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario», en *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè Editore, Milán, 2015.

7 Por ejemplo, en el ámbito europeo, ver este proceso en R.M. LASTRA, y J.V. LOUIS, «European Economic and Monetary Union: History, Trends, and Prospects», *Yearbook of European Law*, Vol. 32, nº 1, 2013, pp. 57-206.

los distintos ordenamientos con el objetivo de contener los problemas financieros soberanos antes citados.

En cuanto al término riesgo, es de todos conocido que aparece en la sociología reflexiva del recientemente desaparecido Ulrich Beck. El pensador alemán detectó a mediados de la década de 1980 la generalización de una serie de contingencias producidas por los avances de la modernidad científica y el desarrollo del capitalismo avanzado, susceptibles de producir daños que iban más allá de las clases sociales y se podían encuadrar en dinámicas supranacionales⁸. Como se sabe, el riesgo ha tenido y tiene en el derecho, sobre todo el administrativo, un gran predicamento y proyección, por ejemplo cuando se han tratado de regular procesos o situaciones que desde un punto de vista energético, alimentario o medioambiental, podían suponer un daño o perjuicio colectivo contrastado⁹. Si tal eventualidad no es segura, aparece el principio precautorio con el objetivo de afrontar los perjuicios de las decisiones que toman los actores políticos bajo condiciones de ignorancia o incertidumbre¹⁰. La cuestión es inabarcable y por ello no es posible extenderse más, aunque resulta necesario enfatizar la idea de que la responsabilidad de los poderes públicos en la detección de los riesgos y su gestión conlleva importantes consecuencias jurídicas: la teoría de la decisión se tiene que acomodar a la despolitización técnica y la mera amenaza puede considerarse excepcionalmente como un daño a reparar, lo que supone una transformación dogmática importante¹¹.

Lo que aquí queremos destacar es la creciente asociación entre riesgo y actividad financiera. Un análisis meramente formal y poco exhaustivo de los textos normativos lleva a resultados concluyentes. Por ejemplo, si tomamos las importantes conclusiones de la reunión del G-20 en Pittsburgh, celebrada en septiembre de 2009, y vamos al apartado relacionado con el reforzamiento del sistema internacional de regulación financiera, nos encontramos con que la palabra riesgo aparece veinte veces, en muchos casos vinculada a peligros sistémicos. En la Ley Dodd-Frank para

8 U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2010.

9 La relación entre riesgo, teoría de la decisión y el derecho, es muy amplia. Algunas referencias, en R. DE GIORGI, *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*, Fabris Editor, Porto Alegre, 1998; J.L. SERRANO, *Principios de Derecho ambiental: (y ecología jurídica)*, Trotta, Madrid, 2007 y C.R. SUNSTEIN, *Riesgo y razón*, Buenos Aires, Katz, 2006.

10 J.B., WIENER, «Precaution in a Multirisk World», en PAUSTENBACH, D. (Ed.): *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, John Wiley and Sons, New York, 2002, pp. 1509-1527.

11 Ver por ejemplo la STC 62/2007, FJ 3, destacada por AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «Epílogo. Konrad Hesse en el siglo XXI», en HESSE, K.: *Escritos de derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2012, p. 267.

la reforma de Wall Street y la protección de los consumidores (2010), del Congreso de los Estados Unidos, el riesgo financiero es citado en 198 ocasiones, mientras que en el Reglamento nº 575/2013 de la Unión Europea (UE) sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y empresas de inversión, más de 270 veces. El Tratado del Mecanismo de Europeo de Estabilidad (MEDE), firmado en febrero de 2012, tiene como objetivo «prevenir el riesgo de contagio financiero» (considerando nº 3), previendo asistencia financiera precautoria a los Estados miembros que la soliciten.

El riesgo financiero trasciende así la lógica financiera meramente contractual, y pasa a ser una categoría jurídica autónoma dentro del derecho público económico¹². En el contenido de los acuerdos alcanzados en el G-20 y de las principales normas que en los Estados Unidos y la UE tratan los aspectos esenciales de las garantías de capitalización de los bancos, la supervisión de los distintos sectores y los mecanismos de resolución, puede detectarse claramente una identidad de circunstancias, actores y decisiones que condujeron a la crisis financiera en septiembre de 2007. Como la historia es de todos conocida, la resumiremos de la siguiente forma: la tensión financiera surgida en Estados Unidos, circunscrita inicialmente al mercado de hipotecas «subprime», se trasladó progresivamente hacia los mercados interbancarios de las economías avanzadas, socavando la solidez de las principales entidades y desencadenando una contracción económica de dimensiones mundiales¹³. Con el tiempo, lo que parecía una simple crisis de liquidez, dio paso a la inquietud por la solvencia, lo que implicó la intervención de los poderes públicos mediante distintas estrategias de capitalización. La afectación a sectores económicos completos, como fue el caso del inmobiliario en España, provocó el aumento desmedido del desempleo y la inestabilidad fiscal de algunos países, que entraron en serias dificultades para hacer frente a la deuda soberana.

Es decir, se advierte claramente que cierta configuración y algunos elementos del sistema financiero internacional, suponen un riesgo y pueden producir daños concretos para la marcha de la economía capitalista, como es el caso de la expansión de los derivados o el exceso de apalancamiento. Esta situación se produce por una desregulación que según todos los indicios comienza en Estados Unidos en la década

12 J. CHOI, G. MITU GULATI, y E.A. POSNER, E.A., «The Evolution of Contractual Terms in Sovereign Bonds», *New York University Law Review*, Vol. 88, nº 1, 2013, pp. 2-36.

13 Aproximaciones iniciales, en M. AGLIETTA y S. RIGOT, *Crise et rénovation de la finance*, Odile Jacob, París, 2009 y D.W. ARNER, «The Global Credit Crisis of 2008: Causes and Consequences», *The International Lawyer*, Vol. 43, nº 1, 2009, pp. 91-136.

de 1980 y culmina con la eliminación de la Ley Glass-Steagall de 1933, que transforma por completo el negocio bancario¹⁴. Por este motivo, a partir de 2008, una vez concretados los menoscabos que han producido los fallos del mercado financiero, comienza una era de regulación que tiene como objetivo central la búsqueda denodada de la estabilidad a través de la limitación de riesgos¹⁵.

La estabilidad pasa a ser entonces un bien jurídico a proteger desde prácticamente todo el espectro de las fuentes del derecho internacional y estatal. Se trata, en cualquier caso, de una estabilidad económica, cuya concreción varía según el segmento material que se esté abordando. Si especificamos dentro del sector financiero, que es lo que aquí básicamente nos preocupa, la estabilidad puede ser definida desde distintos planos de la realidad. Por ejemplo, con respecto al sector privado, el BCE viene señalando que la estabilidad es la condición donde el sistema es capaz de resistir los choques y los desequilibrios financieros, mitigando así la probabilidad de interrupciones en el proceso de intermediación financiera, que pueden ser lo suficientemente graves como para afectar la asignación del ahorro a las oportunidades de inversión rentables. Entendida de esa manera, la salvaguardia de la estabilidad financiera requiere identificar las principales fuentes de riesgo y vulnerabilidad, así como las ineficiencias en la asignación de los recursos financieros de los ahorradores a los inversores y la manipulación de los precios o la mala gestión de los negocios financieros¹⁶.

Hay una estabilidad financiera que inquieta desde otro ámbito, el público, y es la que hace referencia a la capacidad que tienen las administraciones (Estados centralizados y federales y entes subestatales), para hacer frente al pago de la deuda adquirida para cumplir con obligaciones muchas veces de carácter constitucional¹⁷. Hagamos hablar a algunos textos jurídicos, en este caso de carácter fundamental. Por ejemplo, la Exposición de Motivos de la reforma constitucional del art. 135 CE, se-

14 J.R. BARTH, J. BRUMBAUGH, R. DAN y J.A. WILCOX, «The Repeal of Glass-Steagall and the Advent of Broad Banking», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, nº 2, 2000, 191–204.

15 E. MOSTACCI, «Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 1, 2009, p. 305 y ss.

16 Banco Central Europeo: *Financial Stability Review*, diciembre de 2009. La autoridad monetaria europea realiza análisis sobre la estabilidad financiera dos veces al año. El contenido de los informes puede consultarse en la siguiente página: <http://www.ecb.europa.eu/pub/fsr/html/index.en.html>

17 La renovación conceptual en torno a la deuda pública, en A. JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, «La crisis de deuda pública y la renovación de los conceptos del derecho público: notas para un debate», en M. ESTEPA MONTERO y J.E. SORIANO GARCÍA, (Dir.), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Vol. II. (Garantías del ciudadano en el régimen administrativo)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1151-1160.

ñala que «[l]a actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia (estabilidad presupuestaria) a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo»¹⁸. El art. 3 del MEDE antes citado, establece que la finalidad del mismo será «movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros».

El cambio de parámetro parece claro por abundancia terminológica: vayamos con su aplicación concreta, en este caso privilegiando lo que hemos decidido denominar en el título como entornos federales. La elección de este ámbito de estudio obedece a la idea de que los cambios regulatorios que afectan al diseño financiero, presentan más problemas jurídico-constitucionales allí donde hay un reparto de poder político entre distintos niveles de gobierno, que en Estados que por ejemplo solo cuentan con formas de descentralización administrativa.

3. LA ESTABILIDAD FINANCIERA DEL SECTOR PRIVADO: LA NUEVA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y SU PROLONGACIÓN A EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

El problema esencial del sector financiero privado no fue solo la des regulación pública aludida con anterioridad, perfectamente documentada en trabajos más concretos sobre el tema¹⁹. Más bien, fue la creencia de que una parte del negocio, dedicado a comercializar productos con un escaso reflejo en la economía real, podía gobernarse simplemente mediante fórmulas de autorregulación²⁰. Por ejemplo, las

18 El carácter existencial y funcional –para el Estado– de la reforma del art. 135 CE, queda muy bien reflejado en el excelente trabajo de J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013.

19 J. RIPOLL I ALCÓN, «Un análisis sincrético de los efectos de la liberalización financiera», *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, nº 846, 2009, pp. 175-192.

20 Hemos llevado a cabo una aproximación teórica al fenómeno de la autorregulación aplicado al ámbito periodístico, en J. DE MIGUEL BÁRCENA, «El control judicial de la autorregulación en el sector de la comunicación audiovisual», en J.C. GAVARA DE CARA y J. DE MIGUEL BÁRCENA, (Eds.): *La autorregulación de los medios de comunicación como sistema de control*, Bosch Editorial, Barcelona, 2013, pp. 89-108.

agencias de calificación crediticia, a pesar del importante peso que siguen teniendo en la generación de confianza económica, no fueron capaces de detectar los peligros vinculados con la expansión financiera incontrolada. Es cierto que tanto a nivel europeo como norteamericano, se han elaborado normas comunes para controlar el acceso al mercado de tales agencias, pero opiniones solventes sobre la materia han señalado que dicho control apenas influye en el ejercicio mismo de una actividad sujeta a un oligopolio técnico y empresarial desde hace décadas²¹.

El nuevo impulso regulatorio del sector financiero comienza en sede internacional antes de trasladarse al ámbito estatal. Sin embargo, los actores estatales no llevaron a cabo dicho impulso en el «locus» institucional tradicional: ni la Organización de Naciones Unidas, cuya mayor contribución fue celebrar una conferencia sobre la crisis financiera y económica en Nueva York en 2009, ni otros órganos más técnicos, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional (FMI), fueron considerados ámbitos propicios para generar acuerdos con alcance global y una cierta vinculatoriedad²². Dado que el G-8 ya no se consideraba por su composición limitada, un foro representativo de la economía global, se eligió finalmente el G-20 para comandar la recomposición política del sector financiero. El G-20 había sido creado en 1999 como una reunión informal para hacer frente a la por entonces crisis asiática, y agrupaba a los ocho países del G-8 (Estados Unidos, Canadá, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Rusia), a los once Estados con las economías emergentes más importantes y a la propia UE²³.

A partir del 15 de noviembre de 2008, cuando se realiza la primera reunión en Washington, el G-20 se va conformando como un órgano estable, con cumbres anuales de Jefes de Estado y de Gobierno y reuniones ministeriales de distinta índole, donde se va discutiendo en cada ronda asuntos que no solo inciden en la

21 Estas y otras cuestiones en F.J. TAPIA HERMIDA, *Las agencias de Calificación Crediticia. Agencias de «rating»*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010 y J.I. CUBERO MARCOS, «Control y regulación de las agencias de calificación crediticia en los mercados de deuda pública: cuestiones controvertidas y propuestas de solución», *Revista de Administración Pública*, nº 188, 2012, pp. 279-314.

22 Ello no quiere decir que el FMI no tenga una gran importancia en la resolución de crisis financieras particularmente en el ámbito de la deuda soberana, como demuestra su participación formalizada en algunos de los instrumentos más sobresalientes desarrollados en el seno de la UE. Sobre el papel del FMI en las últimas décadas, ver M. LÓPEZ ESCUDERO, «Crisis y reforma del Fondo Monetario Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 59, nº 2, 2007, pp. 527-562.

23 Además del Banco Mundial y el FMI. Los 11 países a los que hacemos referencia son: Argentina, Australia, Brasil, China, India, Indonesia, Méjico, Arabia Saudita, Sudáfrica, Corea del Sur y Turquía.

regulación financiera y económica: ahí están las alusiones a la desigualdad creciente, a la seguridad alimentaria, al clima, a la corrupción política, a la protección de los consumidores o a la cooperación energética²⁴.

En cuanto a la regulación financiera, el G-20 ha traído importantes novedades. En lo institucional, la cuestión más relevante ha sido la Creación de un Consejo de Estabilidad Financiera, tras la Cumbre de Londres de 2009, en el seno del Banco de Pagos Internacionales de Basilea, cuya función esencial es el fomento de la estabilidad financiera internacional mediante la mejora del intercambio de información y de la cooperación en el ámbito de la supervisión administrativa. El Consejo en cuestión es ahora la factoría principal de creación de normas internacionales de carácter financiero, y tiene la misión de ejecutar las decisiones del propio G-20. En lo normativo, dicho órgano tiene la función de homogeneizar y articular con cierto sentido las directrices técnicas que en el ámbito financiero realizan los numerosos «standard-setting bodies» del G-8, el FMI o el Banco Mundial, que abordan la resolución de las crisis transfronterizas, la ordenación de los mercados de derivados, el estatuto de las agencias de calificación o la realización de normas de contabilidad comunes²⁵. La naturaleza «soft law» de dichas reglas ha provocado hasta el momento una altísima fragmentación regulatoria a nivel nacional, lo que permite fenómenos de deslocalización que desafían el equilibrio fiscal de numerosas economías. Sin embargo, haríamos mal en desdeñar su efectividad, ya que los países y las entidades que no aplican las normas de Basilea con una mínima homogeneidad, pueden quedarse al margen del negocio bancario²⁶.

Si nos vamos al contenido de la nueva regulación financiera salida de las distintas cumbres del G-20, hay que dar cuenta mínimamente de los cambios normativos introducidos en el sistema que ya se conoce como Basilea III²⁷. Tales novedades

24 N. MICHELSSEN, «On Institutions: G20 summits and agendas», en C. CRESPO PALOMARES, D. SILANDER, D.L. WALLACE, I. ALBELLA (Eds.), *Global Challenges to the Transatlantic World*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, pp. 113-123.

25 Sobre esta y otras cuestiones es altamente recomendable ver el trabajo de M. LÓPEZ ESCUDERO, «Estabilidad económico-financiera y derecho internacional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 16, 2012, p. 401 y ss.

26 C. BRUMMER, «Why Soft Law Dominates International Finance-and not Trade?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 13, nº 3, 2010, pp. 623-643.

27 J.M. GÓMEZ DE MIGUEL, «La solvencia de los bancos», en S. MUÑOZ MACHADO y J.M. VEGA SERRANO (Dir.): *Regulación Económica. Vol. X. Sistema Bancario*, Madrid, Iustel, 2013, pp. 523-597 y E. RODRÍGUEZ DE CODES ELORRIAGA, «Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital», *Revisita de Estabilidad Financiera*, nº 19, 2010, pp. 9-20. Sobre el sistema de Basilea II, ver G.A. WALKER,

implican, como ya hemos visto, una trasformación de los sistemas de supervisión financiera y una mayor clarificación de los elementos del negocio bancario que puedan suponer riesgos para el sistema. En todo caso, las novedades más importantes vienen del aumento de los requerimientos de capitalización para hacer frente a las posibles crisis: las entidades tendrán que ser capaces de afrontar pérdidas tanto si éstas no ponen en peligro su propia viabilidad (Tier 1), como si abocan a una posible liquidación (Tier 2). Se introduce en todas estas garantías, además, lo que se ha venido denominando como enfoque macroprudencial, que obliga a todas las instituciones de regulación a valorar los riesgos no solo teniendo en cuenta la situación de cada una de las entidades vigiladas, sino las interacciones que se producen entre la economía real y el sistema financiero²⁸.

3.1. Primer intento para afrontar la crisis: la Ley Dodd-Frank para la reforma de Wall Street y la protección de los consumidores (H. R. 4173, 2010)

Estados Unidos fue el primer país en incorporar las exigencias del G-20 y la gobernanza de Basilea III a su ordenamiento. Lo hizo porque como de todos es conocido, la crisis financiera se fraguó allí a partir de un sistema que permitía ingentes actividades de productos tóxicos exentos de cualquier control incluso meramente informativo²⁹. Podría haber dudas sobre la laxitud institucional, pero lo cierto es que ya había signos de la debilidad del sistema financiero en sí mismo: si entre 1933 y 1980, la autoridad federal destinada a garantizar los depósitos de los consumidores de productos bancarios (FDIC), había actuado en 624 ocasiones, entre 1980 y 2007 se vio obligada a intervenir 3200 veces. Había señales claras de que el sistema financiero podía convertirse en un riesgo para el conjunto de la economía real, otro tema distinto que aquí no puede ser abordado es por qué los poderes públicos no tomaron medidas para regularlo o intentar mitigar daños que podían alcanzar una dimensión sistémica³⁰.

La Ley Dodd-Frank es la continuación de otra norma de especial trascendencia, aprobada en el año 2008 por el Congreso e impulsada por el Presidente Bush: la

International Banking Regulation. Law, Policy and Practice, Kluwer, Londres, 2001.

28 Todas estas cuestiones, en E. HELLEINER y S. PAGLIARI, «Towards a New Bretton Woods? The First G20 Leaders Summit and The Regulation of Global Finance», *New Political Economy*, Vol. 14, nº 2, 2012, pp. 275-288.

29 Un enfoque divulgativo pero muy certero de todo el entramado financiero norteamericano previo a la crisis, en M. LEWIS, *La gran apuesta*, Debate, Madrid, 2013.

30 M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2008, p. 88 y ss.

Ley de Emergencia para la Estabilización Económica (H.R. 1424). Con esta iniciativa se impulsa un plan de rescate general de bancos, planes de pensiones y gobiernos municipales a través de la compra de activos tóxicos y se ponen en marcha una serie de medidas públicas para incentivar la actividad económica ante una posible recesión. Se destinan para ello más de 700.000 millones de dólares³¹. De nuevo, el poder federal actúa en Estados Unidos desplegado al máximo sus capacidades competenciales, tal y como ha sucedido en otras crisis anteriores. Dicha actuación, que algunos llegaron a denominar como la repetición del New Deal de Roosevelt tras la gran recesión de 1929, fue indirectamente avalada por el Tribunal Supremo al rechazar el examen del caso Indiana State Police Pension Trust v. Chrysler LLC (diciembre de 2009)³².

El breve preámbulo de la Ley Dodd–Frank señala que su objetivo fundamental es alcanzar la estabilidad financiera. Para ello, se propone actuar en tres ámbitos diferenciados, tal y como venían indicando las distintas cumbres del G-20: la prevención de ciertas actividades, la supervisión del negocio bancario y la intervención de las entidades en caso de insolvencia.

La arquitectura de vigilancia falló antes de 2007, en gran medida por la fragmentación de las autoridades de supervisión y las dificultades para articular una visión global desde una perspectiva territorial y material³³. En principio, esta frag-

31 El impacto económico de esta norma ha sido analizado por R.A. POSNER, *La crisis de la democracia capitalista*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

32 En junio de 2009, el tribunal de quiebras de Nueva York aprobó la venta de la mayor parte de los activos de Chrysler en Estados Unidos a un grupo liderado por el fabricante italiano de automóviles Fiat, sólo horas antes de que General Motors presentara la suspensión de pagos. Diversos fondos de pensiones de Indiana, que gestionaban los derechos de jubilación del cuerpo de policía y de los profesores del Estado y que contaban con participación en Chrysler con el 1% de las acciones, recurrieron al Tribunal Supremo. Estos fondos, que eran acreedores por 42 millones de dólares de los 6.900 millones de dólares en préstamos garantizados de Chrysler, pedían una mayor compensación por su deuda. Además, consideraban inconstitucional (Quinta Enmienda) que, sin la autorización previa del Congreso, Chrysler recibiera 8.000 millones de dólares del Programa de Alivio de Activos Depreciados (TARP) que puso en marcha el Gobierno estadounidense a través de la Ley de Emergencia para la Estabilización Económica antes citada. El Tribunal Supremo no entró en el fondo de la cuestión y rechazó oír el caso porque los actores de la demanda no justificaron la trascendencia constitucional de la misma (por decirlo en términos que nos son cercanos).

33 S. PELLERIN, JR. WALTER y P.E. WISCOTT, «The consolidation of Financial Regulation: Pros, Cons, and Implications for the United States», *Economic Quarterly*, Vol. 95, nº 2, 2009, p. 125 y ss. y V.V. ACHARYA y M. RICHARDSON, *Restoring Financial Stability: How to Repair a Failed System*, J. WILEY & Sons, New York, 2009.

mentación pretende superarse con la creación del Consejo de Estabilidad Financiera («Financial Service Oversight Council»), órgano federal con la misma denominación que el creado en el seno del G-20, en el que participan quince representantes de distintas agencias reguladoras del país. Para llevar a cabo sus funciones, estará ayudado por la Oficina de Investigación Financiera, dependiente del Tesoro, y que se encargará de fijar estándares y suministrar al Consejo la información necesaria.

Las funciones principales del Consejo de Estabilidad Financiera son las siguientes: identificar los posibles riesgos (además de su dimensión y posibles consecuencias), recomendar medidas regulatorias a los poderes públicos y designar cuáles son las entidades sistémicas, es decir, los holdings bancarios que tienen más de 50.000 millones de dólares en activos. La Reserva Federal seguirá teniendo importantes competencias de supervisión, aunque es cierto que la Ley reduce su grado de discrecionalidad (y de la FDIC antes citada) a la hora de dar financiación extraordinaria en caso de que una entidad bancaria entre en crisis: a partir de ahora, este tipo de ayudas solo podrán otorgarse en el marco de programas generales autorizados previamente por el Tesoro norteamericano. Al margen de esta apreciación, parece claro que fragmentación institucional antes aludida no ha sido superada: la Oficina de Control Monetario (OCC), la propia Reserva Federal, la FDIC, el Instituto Nacional de Crédito (NCUA) y la Agencia Federal Hipotecaria (FHFA), tienen asignadas importantes competencias de supervisión dependiendo de si las entidades reguladas tienen carácter federal o estatal y de si llevan a cabo actividades bancarias, aseguradoras o relacionadas con la titulación hipotecaria³⁴.

La prevención en la Ley Dodd-Frank tiene dos objetivos: el primero, acomodarse a los requisitos de capitalización de Basilea III. En este ámbito, se incrementan en términos generales los requisitos de apalancamiento, capital y liquidez y se exige la obligación de poner en marcha pruebas de resistencia («stress test»), que serán realizados dos veces al año de modo interno y, una vez al año, por la Reserva Federal. Todas estas medidas se aplican a entidades pequeñas, medianas y sistémicas. Además, será necesario elaborar planes para posibles resoluciones («living wills»), cuya credibilidad deberá ser avalada por la propia Reserva Federal y la FDIC.

El segundo de los objetivos del ámbito preventivo de la Ley tiene que ver con la limitación de los riesgos prácticos y morales que se derivan de la existencia de enti-

34 Véase al respecto E. GONZALEZ MOTA y J.M. MARQUES SEVILLANO, «Dodd-Frank Wall Street Reform: un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos», *Estabilidad Financiera. Banco de España*, nº 19, 2010, p. 78.

dades «demasiado grandes para caer» («too big to fail»)³⁵. Estados Unidos ha optado por no reducir el tamaño actual de las entidades sistémicas, aunque en el contenido de la Ley Dodd–Frank se aprecia un importante esfuerzo por impedir su crecimiento para mantener las condiciones de competencia. Ello se intenta condicionando los procesos de adquisición, obligando a comunicar toda compra de entidades con valor superior a 10.000 millones de dólares y prohibiendo las fusiones que acaparen más del 10% de los pasivos agregados del sector financiero norteamericano. Así mismo, la «Volcker rule» trata de limitar las actividades de riesgo entre todas las entidades propiamente bancarias (el resto solo quedan sometidas a posibles intervenciones administrativas «ad hoc» por parte de la Reserva Federal), impidiendo la realización de operaciones por cuenta propia («property trading») y el apadrinamiento de fondos de capital-riesgo («hedge funds»).

Por último, el esfuerzo regulatorio se centra en prever mecanismos de resolución de entidades, teniendo en cuenta el problema que supone para los contribuyentes la liquidación de grandes entidades. Se crea así un procedimiento nuevo de resolución para evitar que los bancos sistémicos se adhieran a la legislación general de quiebras, ámbito que la crisis mostró insuficiente y problemático desde varios puntos de vista³⁶. A partir de la Ley Dodd–Frank la Reserva Federal puede encomendar la intervención de cualquier entidad que se encuentre en peligro de quiebra al Tesoro y la FDIC. Esta última podrá acordar distintos tipos de ayuda financiera, obligar a sufrir pérdidas a los tenedores de deuda y destituir a los gestores de la entidad. Además, la Ley crea un fondo para la liquidación ordenada, al que contribuirán las entidades financieras con más de 50.000 millones de dólares en el activo del grupo consolidado.

La Ley Dodd–Frank supone el paso de una legislación financiera orientada al mercado, a una regulación enfocada a la identificación de riesgos y la búsqueda de

35 El concepto «too big to fail» ha sido analizado teniendo en cuenta sus intenciones políticas, en I. Moosa, «The myth of too big to fail», *Journal of Banking Regulation*, Vol. 11, nº 4, 2010, pp. 319-333.

36 La mayoría de las entidades bancarias en Estados Unidos se encuentra englobada en un *holding* bancario, que es el que realiza las emisiones de deuda con la que se financia la entidad y, frecuentemente, es el que participa en mercados mayoristas de financiación. En caso de quiebra, se producía antes de la reforma una disociación, ya que la entidad bancaria podía ser intervenida por la FDIC, mientras que el *holding* bancario debía ser intervenido y liquidado mediante la ley general de quiebras. Esto generaba que todos los pagos debían ser aprobados por la corte de quiebras, lo que creaba una serie de limitaciones y plazos difíciles de asumir para entidades muy activas en mercados financieros de muy corto plazo. Esta situación explica que en ciertas situaciones se tuviera que apoyar a determinadas entidades (y, por tanto, a sus accionistas y bonistas) para evitar la inestabilidad de esos mercados.

estabilidad³⁷. Es un tipo de intervención ya conocida en otros sectores materiales, donde se busca ejercer un control de las actividades privadas a través de autoridades y normas de carácter administrativo: una intervención pública al fin y al cabo, que trata de reducir el peso de la competencia como criterio de reparto de bienes y servicios en un sector especialmente importante para el buen funcionamiento de la economía capitalista³⁸. La doctrina especializada en el tema ha advertido que al día de hoy, pese a todas las prevenciones tomadas, resulta difícil conocer con certeza en Estados Unidos (y otros lugares del mundo) la verosimilitud de los balances bancarios, lo que puede hacer inútil tanto la capitalización precautoria, como las actividades de supervisión posteriores. Pero sobre todo, ha apuntado la potencial ineeficacia de normas territoriales incapaces de contener una actividad muy compleja y cada vez más vinculada a los avances tecnológicos³⁹.

3.2. La unión bancaria europea: abordar la crisis mientras se improvisa un modelo regulatorio común

Como en otros aspectos, la crisis económica sorprendió a la UE con una arquitectura jurídica y organizativa a medio hacer. La formalización de la unión monetaria se realizó, de todos es conocido, con una débil profundización en la unión fiscal y presupuestaria, lo que aún hoy sigue siendo una rémora para superar los desequilibrios económicos comunitarios⁴⁰. En el tema financiero existe una situación parecida: mientras que con el Acta Única la libre circulación de capitales alcanzó la categoría de libertad fundamental, constitucionalmente garantizada, se ha eludido durante dos décadas la necesidad de regular la actividad financiera y bancaria de acuerdo a criterios y órganos comunes. Estamos, como ya hemos señalado en otro

37 P. ARESTIS y E. KARAKITOS, *The Post Great Recession US Economy: Implications for Financial Markets and the Economy*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2010 y A. PIERINI, «Crisi economico finanziaria e reforma delle regole negli Stati Uniti d’America: il Dodd Frank Act», en G. CERRINA FERONI y G. FRANCO FERRARI (a cura di): *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli Editore, Turín, 2012, pp. 129-174.

38 Este paradigma, en V.R. ROMANO, *The Advantage of Competitive Federalism for Securities Regulation*, The AEI Press, Washington, 2002.

39 S.T. OMAROVA, «The Dodd-Frank Act: A New Deal for a New Age?», *Cornell Law Faculty Publications*, Paper nº 1023, 2016. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1023>, última visita 25/11/2016.

40 M. DAWSON y F. DE WITTE,: «From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU», *European Law Journal*, Vol. 22, nº 2, 2016, pp. 204-224.

lugar, ante una indeterminación institucional que afecta esencialmente a la tarea de gobernar con cierta eficacia los aspectos básicos de la economía⁴¹.

En lo que respecta a la necesidad de afrontar la regulación del sector financiero, la UE sigue los pasos de Estados Unidos, con sus propias particularidades, aunque siempre teniendo en cuenta las exigencias derivadas de la intensa actividad del G-20 y la nueva gobernanza global. Obviamente hay una diferencia esencial con respecto al federalismo norteamericano: en el caso europeo, no existía más que un embrión relativo a las exigencias de capital de las entidades financieras, todo lo demás ha tenido que innovarse de forma precipitada, poniendo sobre la mesa todo el arsenal normativo disponible, lo que incluye una panoplia de fuentes del derecho que va desde los reglamentos y directivas tradicionales, a las normas puramente internacionales y los acuerdos interinstitucionales. Además, aunque no se ha hecho uso del art. 352 TFUE, que permite la asunción por parte de los órganos comunitarios de nuevos poderes por decisión unánime del Consejo de Ministros, en la regulación bancaria ha tenido especial importancia la base jurídica que históricamente ha servido para centralizar competencias de forma implícita⁴². De esta forma, junto al art. 127.6 TFUE, embrión constitucional de la unión bancaria, el art. 114 TFUE aparece como título habilitador para crear la mayor parte de los órganos que en dicha unión tienen tareas asignadas en el ámbito supervisor o de resolución de entidades financieras⁴³.

3.2.a. *El Sistema Europeo de Supervisión Financiera*

A diferencia de la unión fiscal, donde las reglas numéricas tienen un papel esencial en la credibilidad del sistema, en la unión monetaria los Estados miembros han preferido jugar la baza de la institucionalización completa con el objetivo de conjurar riesgos y lograr la ansiada estabilidad (cosa distinta es que se alcance). El Informe Larosière de 25 de febrero de 2009 señaló que el principal riesgo para la estabilidad financiera en la UE era la falta de cooperación administrativa entre los órganos de

41 J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El gobierno de la economía en la Constitución económica. Crisis e indeterminación institucional*, Bosch Editorial, Barcelona, 2011.

42 R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 80 y ss.

43 Este asunto ha sido objeto de varias sentencias por parte del Tribunal de Justicia de la UE (ver, por ejemplo, el asunto C-270/12). N. MOLONY, «EU financial market regulation after the global financial crisis: More Europe or more risks», *Common Market Law Review*, Vol. 47, nº 5, 2010, p. 1341.

supervisión nacionales y la posibilidad de que cada Estado miembro tomara decisiones unilaterales contradictorias⁴⁴. Las conclusiones del Informe proponen construir un mecanismo único para ejercer las funciones macro y micro prudenciales apuntadas en las primeras cumbres del G-20. Surge de este modo el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), cuyo objetivo principal es preservar desde una perspectiva global la estabilidad económica y recuperar la confianza de los consumidores y empresas hacia los servicios financieros⁴⁵.

El SESF está compuesto de distintos órganos, cuya naturaleza, composición y funciones no podemos describir ahora detalladamente. Solo realizaremos una breve aproximación: las tareas macroprudenciales se reservan en el SESF a la Junta de Riesgos Sistémicos (JERS), creada a través del Reglamento nº 1092/2010, sobre la que el BCE ejerce un importante control⁴⁶. La JERS recopila información y la analiza para evaluar el alcance de las posibles perturbaciones. Lo hace con carácter general, es decir, su competencia comprende a todos los sectores que integran el mercado financiero. Para ello debe cooperar intensamente con el Consejo de Estabilidad Financiera creado en el ámbito de Basilea y con el propio FMI.

Las funciones microprudenciales, centradas en las distintas parcelas del mercado financiero, son asignadas a la Autoridad Europea de Supervisión (AES), que está integrada a su vez por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESP) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM)⁴⁷. La finalidad de dicho organigrama, que esencialmente tiene un carácter consultivo, es contribuir a la reducción de riesgos financieros mediante la aplicación uniforme de la normativa comunitaria y la garantía del funcionamiento del mercado interior⁴⁸.

44 Sobre estas cuestiones, ver M. ANDENAS, y I.H-Y. CHIU, I «Financial stability and legal integration in financial regulation», *European Law Review*, Vol. 38, nº 3, 2013, p. 337.

45 Una primera valoración sobre el SESF, en M. LOPEZ ESCUDERO, «La Unión Europea ante la crisis económica y financiera» (nota editorial), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, p. 356.

46 Ver en este sentido el Reglamento del Consejo nº 1096/2010, por el que se encomienda al BCE una serie de tareas específicas en relación a la JERS. Sobre esta última, en general, ver J.-V. LOUIS, «Le Comité Europeén du Risque Systémique (CERS)», *Cahiers de Droit Europeén*, nº 5-6, 2010.

47 Ver en cada caso los Reglamentos del Parlamento Europeo y el Consejo nº 1093/2010, 1094/2010 y 1095/2010, por los que se crean de manera simultánea la ABE, la AESP y la AEVM.

48 Una descripción detallada, en A.J. TAPIA HERMIDA, «El sistema europeo de Supervisión Financiera», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 121, 2011, p. 59.

Una vez creada la estructura orgánica destinada a vigilar los riesgos sistémicos del sistema financiero en su conjunto, los Estados miembros y las instituciones comunitarias pasaron a articular la unión bancaria propiamente dicha. La unión bancaria se sustenta sobre tres pilares ya conocidos: el establecimiento de requisitos prudenciales de capital, la supervisión común y la formalización de un sistema de resolución de entidades con problemas⁴⁹. Analicemos cada uno de los ámbitos de la manera más sintética posible.

3.2.b. Requisitos prudenciales de las entidades de crédito

Los requisitos en materia prudencial se han incorporado al sistema comunitario mediante un Reglamento y una Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo (nº 575/2013 y 36/2013, respectivamente). El Reglamento incluye la casi totalidad de las exigencias prudenciales que deben cumplir las entidades de crédito que operan en la UE: definición de capital regulatorio, riesgos de crédito, de liquidez, operacional y de mercado, además de las normas referentes a los grandes riesgos y a la disciplina de mercado. La Directiva incluye por su parte las disposiciones relativas a las condiciones de acceso de las entidades de crédito al mercado, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como determinadas normas prudenciales: criterios sobre gobierno corporativo y la remuneración de los empleados, colchón de capital sistémico y colchón para otras entidades sistémicas globales⁵⁰. La regulación prudencial se completa además con normas técnicas vinculantes que tendrán que ser desarrolladas por la ABE y la Comisión conjuntamente en el contexto del novedoso procedimiento normativo previsto en el art. 290 TJUE⁵¹.

En cuanto a lo que son propiamente requisitos técnico-financieros, en el Reglamento nº 575/2013 se asimila el capital regulatorio al capital ordinario de máxima

49 En general, sobre la unión bancaria europea, ver J.C. TEJEDOR BIELSA y I. FERNÁNDEZ TORRES (Coords.): *La reforma bancaria en la Unión Europea y en España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2014 y T.F. HUERTAS, «Banking Union», *Revista de Estabilidad Financiera. Banco de España*, nº. 24, 2013, pp. 31-44.

50 J. URBANEJA CILLÁN, «Novedades en la regulación prudencial de las entidades de crédito. El nuevo marco normativo europeo y español», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 34, 2014, p. 12 y R.M. LASTRA, «Banking Union and Single Market: Conflict or Companionship?», *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, nº 5, 2013, pp. 1190-1224.

51 Nos hemos ocupado de la naturaleza de las normas derivadas del art. 290 TFUE en J. DE MIGUEL BÁRCENA, «Creación y aplicación del derecho comunitario», en A. LÓPEZ CASTILLO (Dir.): *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 92-172.

calidad, que sin embargo no es un concepto equivalente en todos los Estados miembros⁵². Para garantizar la absorción de posibles pérdidas, se obliga a las entidades a tener un colchón de capital regulatorio del 7% (antes era del 2%), teniendo en cuenta la ponderación derivada de la asunción de riesgos financieros. Además, el posible apalancamiento ya no se calcula sobre los productos que puedan considerarse de riesgo, sino sobre la exposición total de la entidad correspondiente: Basilea III ha apostado por un máximo de apalancamiento del 3%, aunque en el Reglamento citado (art. 340) se señala que dicha cifra tendrá que ser establecida por la ABE con posterioridad. Al margen de otras cuestiones importantes, como los ratios de liquidez⁵³, el régimen prudencial europeo se cierra con medidas específicas para las denominadas como «entidades sistémicas» (según el Consejo de Estabilidad Financiera de Basilea, Europa cuenta con 14 de las 28 entidades sistémicas que existen en el mundo). Para éstas últimas se establecen un aumento de recursos anticílicos en los períodos de bonanza económica, con el objetivo de que sean liberados en caso de que se produzca una contracción del crédito en momentos de desconfianza entre los consumidores.

3.2.c. *El Mecanismo Único de Supervisión*

El Reglamento del Consejo nº 1024/2013 establece un Mecanismo Único de Supervisión (MUS), que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la vigilancia prudencial de las entidades de crédito. Ciertamente, si existe un solo código normativo que establece entre otras unas exigencias de capitalización para todos los bancos que prestan servicios en la UE, parece lógico que el control del cumplimiento de dicho código se asigne a una entidad centralizada con competencia para operar en todo el territorio comunitario. Sin embargo, en esta decisión también se encuentra la desconfianza de las autoridades europeas hacia el papel que algunos reguladores nacionales han tenido en el desarrollo de la crisis,

52 El art. 26 del Reglamento nº 575/2013 identifica el capital ordinario de máxima calidad con los siguientes productos: instrumentos de capital, cuentas de primas de emisión, ganancias acumuladas, resultado integral acumulado, otras reservas y fondos para riesgos bancarios generales.

53 La *ratio de cobertura de liquidez* es una medida a corto plazo, que exige a las entidades disponer de un colchón de activos líquidos, suficiente para poder hacer frente a las necesidades previsibles de liquidez en un plazo de 30 días. La *ratio de financiación estable neta* opera a largo plazo, obliga a las entidades a contar con una variedad de instrumentos de financiación estable, tanto en situaciones normales como de tensión.

particularmente a la hora de minimizar los problemas y esconder las ineficiencias de los sistemas financieros que vigilaban⁵⁴.

El MUS atribuye al BCE y los reguladores bancarios nacionales (en nuestro caso el Banco de España) la vigilancia de las distintas entidades financieras que operan en la UE, de acuerdo a si éstas tienen o no carácter significativo. Los criterios alternativos para determinar si una entidad es significativa están en el art. 6.4 del Reglamento nº 1024/2013 y son los siguientes: ostentar un valor total de activos superiores a 30.000 millones de €, que la ratio de activos supere el 20% del PIB de un Estado miembro (y ser superiores a 5.000 millones de €), tener actividades transfronterizas especialmente relevantes o haber recibido ayuda financiera del MEDF⁵⁵. En la actualidad, el BCE ejerce la supervisión prudencial directamente sobre 127 bancos comunitarios, lo que supone más de un 80% del total de activos bancarios de la zona euro⁵⁶. Las autoridades nacionales ejercen la vigilancia directa sobre el resto de entidades, que en el momento de escribir estas líneas alcanzan las 3.700, pero siempre teniendo en cuenta las directrices, reglamentos o instrucciones que pueda realizar el BCE⁵⁷.

La articulación final del MUS fue difícil de alcanzar porque algunos Estados miembros consideraron que las definiciones del Reglamento nº 1024/2013 para determinar el carácter sistémico de las entidades beneficiaba principalmente a Alema-

54 A. OLESTI RAYO, «La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, p. 428, citando además el memorándum de entendimiento del rescate financiero a España de 2012.

55 La importancia significativa de una entidad bancaria, se extiende en el Reglamento nº 1024/2013 también a otros dos supuestos menos objetivables: el lugar ocupado en las ordenaciones nacionales y la propia decisión discrecional del BCE, que puede determinar libremente si considera necesaria ejercer la supervisión sobre una entidad para garantizar la aplicación coherente de las normas prudenciales.

56 Evaluación anual actualizada por el BCE el 21 de noviembre de 2016. Obviamente, el BCE no cuenta con suficientes medios materiales y humanos para llevar a cabo esta ingente tarea, por lo que tiene que contar con la colaboración de las autoridades bancarias independientes de los Estados miembros, en el contexto de lo que el Reglamento 1024/2013 denomina como Equipos Conjuntos de Supervisión. Las formas de cooperación entre el BCE y las autoridades nacionales están perfectamente detalladas en el Reglamento nº 468/2014 del Banco Central Europeo.

57 Es importante resaltar que según los arts. 4, 6, 14 y 15 del Reglamento nº 1024/2013, el BCE también tiene la última palabra para que una entidad financiera pueda acceder al mercado comunitario. Los bancos centrales del país donde vaya a establecerse adoptarán una propuesta de decisión al respecto, que se considerará efectiva si el BCE no opone objeciones en un plazo de diez días hábiles desde que se presente la misma.

nia, país con mayor número de bancos que por su tamaño escapan a la supervisión directa del BCE⁵⁸. También se ha planteado la hipótesis de que los bancos busquen sujetarse a una entidad de supervisión u otra y por lo tanto al marco normativo más beneficioso, siguiendo las estrategias de arbitraje regulatorio que más les convengan, aunque esta es una cuestión que deberá ser verificada con el tiempo⁵⁹.

Globalmente considerado, el MUS supone un importante reforzamiento de la posición constitucional del BCE, que desde que comenzó la crisis financiera y económica se ha presentado como el principal actor político de la UE a través de los distintos programas monetarios para contener los riesgos soberanos de algunos Estados miembros y garantizar el flujo de crédito («Securities Markets Programme y Outright Monetary Transactions»).

El BCE pasa a tener un gran abanico de tareas, que podrá ejercer sin la ambigüedad que parece deducirse de otros mandatos previstos en los Tratados o normas derivadas: evalúa la adquisición y venta de participaciones cualificadas de crédito, vigila la cobertura adecuada de los riesgos de las entidades (lo que incluye la posibilidad de realizar pruebas de resistencia), establece criterios macroprudenciales para guiar la actividad de las autoridades nacionales en la materia e investiga y sanciona directamente a las entidades que supervisa (de crédito, sociedades de cartera o sociedades mixtas). Sin lugar a dudas, todas estas nuevas competencias aumentarán el grado de información a la hora de llevar a cabo las funciones relacionadas con la política monetaria⁶⁰. No obstante, persisten ciertas dudas con respecto a posibles conflictos de intereses entre la necesidad de liquidez de las entidades y la estabilidad de los precios, dos tareas que pueden resultar contradictorias: en el momento de escribir estas líneas, diversos medios de comunicación advierten que el BCE podría cambiar su política de compra de activos en el mercado secundario, si tuviera que

58 A. ESTELLA, «¿Hacia una unión bancaria europea? El Mecanismo Único de Supervisión (MUS)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 33, 2014, pp. 14-24.

59 J.L. GARCÍA DE CAL, «El Mecanismo Único de Supervisión: un paso más en el largo camino hacia la Unión Bancaria», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013, p. 9.

60 Aunque se ha estudiado y destacado poco, uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la centralización europea de cualquiera de las dimensiones del gobierno económico, es la falta de información contrastada de los órganos comunitarios para tomar decisiones eficaces. Al respecto, ver T. BEUKERS, «The new ECB and its relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank intervention», *Common Market Law Review*, nº 6, Vol. 50, 2013, p. 1580 y ss.

hacer frente a una crisis del sistema bancario italiano, como consecuencia de los problemas de solvencia arrastrados por Monte dei Paschi⁶¹.

3.2.d. *El Mecanismo Único de Resolución (MUR)*

La Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo nº 59/2014, determina por último las normas y los procedimientos para el rescate y la resolución de las entidades del sistema financiero. Con ello se pretende armonizar las legislaciones nacionales que regulan el rescate y la resolución de las entidades de crédito y de inversión. Tal armonización parte de un principio general: las entidades financieras gozan de una posición central en el funcionamiento del sistema capitalista, motivo que obliga a los poderes públicos a intervenir con dinero de los contribuyentes, en caso de que su insolvencia ponga en peligro la estabilidad económica. A diferencia de la Ley Dodd-Frank, el legislador comunitario quiere que las quiebras de las entidades financieras se asemejen a los procesos de liquidación de cualquier otro actor empresarial no bancario. Se trata, por tanto, de invitar a las entidades de crédito a que adopten criterios prudentes a la hora de tomar riesgos en sus actividades⁶².

La Directiva aludida establece de este modo que el coste del saneamiento debe corresponder principalmente a las entidades, sus accionistas e inversores. Para ello, las autoridades nacionales pueden imponer pérdidas a los pasivos de la entidad siguiendo el orden de prelación por el que los primeros en asignarse pérdidas serán los accionistas y a continuación los acreedores. Los depósitos cuyo importe no supere los 100.000 € están además cubiertos por los fondos de garantía de los Estados miembros⁶³. Por supuesto, los poderes públicos ostentan una gran discrecionalidad a la hora de tomar decisiones en el marco de cualquier resolución bancaria: pueden exigir adoptar medidas para hacer creíbles los planes de restructuración o pueden incluso nombrar administradores provisionales que se hagan cargo de la dirección de la entidad. Estas dos intervenciones deben respetar el principio de proporcionalidad

61 Pese a la separación organizativa que establece el art. 25 del Reglamento nº 1024/2013. Ver igualmente el Reglamento del Banco Central Europeo nº 673/2014, por el que se crea la Comisión de Mediación para resolver las diferencias entre el Consejo de Gobierno y el Consejo de Supervisión del MUS.

62 Sobre el riesgo moral en la actividad de las entidades financieras en los últimos años, ver A. CALVO HORNERO, *Organización monetaria y financiera de la Unión Europea*, Fundación Ramón Areces-UNED, Madrid, 2014, p. 73 y ss.

63 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo nº 49/2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

y la libertad de empresa reconocidas en los arts. 52 y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, respectivamente.

El MUR resultaría incompleto si no se previera un procedimiento uniforme para aquellas entidades financieras que estás sujetas globalmente, por su significancia, a la supervisión del BCE. Con este objetivo se aprueba el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 806/2014, que diseña un procedimiento homogéneo para la resolución de todas las entidades de crédito que operen en los Estados pertenecientes a la moneda única o en los Estados que hayan decidido participar en la unión bancaria voluntariamente: de esta manera, se crea una agencia independiente, que es la Junta Única de Resolución, que se encarga de establecer planes de resolución para las entidades significativas arriba mencionadas o para las entidades que hayan tenido que recibir ayuda del Fondo Único de Resolución al que aludiremos más abajo.

El Reglamento nº 806/2014 y la Directiva nº 59/2014 construyen así un sistema de resolución bancaria común que se complementa con las normas de los Estados miembros que regulan la actuación de las autoridades nacionales en la materia, en el caso español, la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito. Dicho sistema prevé la necesidad de que las entidades tengan actualizados planes de recuperación en caso de que su posición financiera sufra un deterioro significativo. Cuando se entienda objetivamente que incumplen alguno de los requisitos de solvencia expuestos con anterioridad, se podrá poner en marcha una actuación temprana por parte de la Junta Única de Resolución (en el caso nacional, las autoridades que correspondan)⁶⁴. Si es necesaria la liquidación, porque la entidad es inviable, se advierten ciertas diferencias entre el nivel comunitario y el propiamente nacional: en el caso español, por ejemplo, el FROB actúa sin necesidad de que sus actuaciones sean ratificadas por otros órganos, mientras que la Junta Única de Resolución requiere la aquiescencia de sus dispositivos de resolución tanto de la Comisión, como del Consejo de Ministros⁶⁵.

64 En el art. 13 del Reglamento nº 806/2014, referido a la actuación temprana de la Junta Única de Resolución no se especifican las medidas que pueden implicar dicha actuación preliminar. En el caso de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, la panoplia de actuaciones es muy invasiva con respecto a la libertad de empresa y el derecho de propiedad (art. 9): puede obligar al órgano de administración a tomar decisiones concretas, sustituir a uno o varios miembros del órgano o nombrar un delegado supervisor con voz, voto y acceso sin límites a la información relacionada con la situación financiera de la entidad. Incluso, llegado el caso, sustituir tempranamente a todos los administradores por el plazo de un año.

65 Art. 18.7 del Reglamento nº 806/2014: «Inmediatamente después de la adopción del dispositivo de resolución, la Junta lo transmitirá a la Comisión. En un plazo de 24 horas a partir de la

Sea como fuere, en ambos casos las funciones de resolución asignadas se realizan con un instrumental muy similar: se podrá vender el negocio de la entidad, transmitir sus activos o pasivos a una entidad puente o recapitalizarla teniendo siempre en cuenta las normas sobre ayudas de estado incluidas en art. 107.1 TFUE⁶⁶. El Reglamento nº 806/2014 prevé de esta forma la creación de un Fondo Único de Resolución (FUR), dotado de 55.000 millones de €, lo que equivale al 1% del importe de los depósitos garantizados de todas las entidades de crédito autorizadas en los Estados miembros participantes en la unión bancaria. Las entidades tendrán que realizar las aportaciones de acuerdo a los cálculos que realice la Junta Única de Resolución para cada una de las mismas⁶⁷. El FUR ha tomado forma de acuerdo intergubernamental, firmado en el Consejo el 21 de mayo de 2014, en gran medida porque el Gobierno alemán temía que su Tribunal Constitucional terminara por considerar que aquél incluía la posibilidad de mutualizar riesgos bancarios y facilitar una trasferencia de recursos entre los Estados miembros⁶⁸.

transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión lo aprobará o lo rechazará teniendo en cuenta los aspectos discrecionales del dispositivo de resolución en los casos que no estén cubiertos por el párrafo tercero del presente apartado. En un plazo de 12 horas a partir de la transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión propondrá al Consejo: a) que rechace el dispositivo de resolución en el caso de que el dispositivo de resolución adoptado por la Junta no cumpla los criterios de interés público mencionados en la letra c) del apartado 1; b) que apruebe o rechace una modificación significativa del importe del Fondo contemplado en el dispositivo de resolución de la Junta. A efectos del párrafo tercero, el Consejo se pronunciará por mayoría simple. El dispositivo de resolución solo podrá entrar en vigor si ni el Consejo ni la Comisión presentan objeciones al mismo en el plazo de 24 horas tras su transmisión por la Junta».

66 La aportación masiva de recursos financieros a las entidades insolventes desde que comenzó la crisis financiera en 2007 ha supuesto una suspensión temporal de la regla constitucional que prohíbe en el art. 107 TFUE las ayudas de estado para salvaguardar la libre competencia. Sobre esta cuestión, A. ASENSI «Las ayudas estatales al sector financiero y su supervisión en el contexto de la unión bancaria europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 23, 2015.

67 Reglamento de ejecución del Consejo nº 81/2015, que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento nº 806/2014, en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al FUR.

68 Consejo de la UE, Doc. 8475/14, Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, 14 de mayo de 2014. El FUR entró en vigor el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que se habían depositado los instrumentos de ratificación de los signatarios que representaban el 90% de los votos ponderados en el Consejo (Protocolo nº 36) de todos los participantes en la unión bancaria.

4. RIESGOS SOBERANOS: CUANDO LOS ESTADOS Y SU DEUDA SE CONVIERTEN EN UN PELIGRO PARA LA ESTABILIDAD

Como señalamos al principio del trabajo, resulta palpable que también ha surgido en los últimos años un derecho público del riesgo para tratar de abordar aquellas situaciones donde el peligro para la estabilidad económica, social y política, deriva de los problemas financieros de entes públicos. Por entes públicos hay que entender a los propios Estados y a los gobiernos subestatales o locales que cuentan con algún grado de autonomía fiscal y capacidad para endeudarse y cumplir así con las distintas obligaciones. Cuando tales administraciones muestran dificultades para hacer frente a la deuda por políticas presupuestarias fallidas o contextos económicos adversos, puede aumentar el «riesgo país» y encarecerse los intereses de los préstamos que sirven en buena medida para garantizar los derechos y las necesidades básicas de una nación y sus ciudadanos.

Para no avanzar por la senda de la excesiva abstracción, conviene recordar en primer lugar que particularmente en Europa, la unión bancaria anteriormente explicada no solo ha tenido como objetivo estabilizar el mercado financiero para permitir que el crédito vuelva a la economía real y que los contribuyentes no tengan que asumir las pérdidas provocadas por la mala gestión de los órganos de dirección empresarial. Una de las lecciones de la crisis consiste precisamente en que la deuda privada, especialmente la correspondiente a las entidades de crédito, se transformó en deuda soberana, provocando déficits gigantescos y una disminución generalizada de los ingresos fiscales. Como consecuencia de ello, Grecia, Portugal, España o Chipre tuvieron que ser rescatados con diferentes instrumentos e intensidades por la UE.

La quiebra de Estados ha sido y seguirá siendo una constante histórica⁶⁹. Por ejemplo, durante este año 2016, el FMI ha tenido que prestar dinero a numerosos países de la periferia económica, para hacer frente a sus necesidades financieras más perentorias (hasta donde nosotros sabemos, Perú, Mozambique, Nigeria, Azerbaiyán, Kenia, Indonesia o Angola). Este tipo de quiebras regidas por el derecho internacional no interesan en este trabajo, solo las que se producen en contextos propiamente internos. En algunos Estados federales, el derecho público se ha encargado primero de establecer mecanismos para prever y contener los riesgos financieros de las administraciones, normalmente subestatales, estableciendo frenos legales o constitucionales al endeudamiento⁷⁰. Con posterioridad, si se produce una posibilidad

69 C. REINHART y K.S. ROGOFF, *Esta vez es distinto: ocho siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

70 Al respecto, ver J. GARCÍA ROCA y M.A. MARTINEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

de impago o quiebra efectiva de las administraciones descentralizadas, excepcionalmente, se pueden articular formas de intervención federal para prestar asistencia financiera a cambio de cierta condicionalidad política si es el caso⁷¹.

4.1. Responsabilidad y mercado para prevenir los riesgos soberanos: la experiencia norteamericana

Estados Unidos tiene una larga tradición en el despliegue de esquemas de responsabilidad fiscal entre administraciones⁷². Ello ha permitido confiar básicamente en el mercado para disciplinar las políticas presupuestarias y de endeudamiento de los Estados. Este enfoque tiene su origen en la propia evolución histórica del país. Concretamente, entre 1837 y 1845 se produjeron una serie de incumplimientos en lo relativo al pago de obligaciones financieras de nueve Estados (Florida, Mississippi, Arkansas, Indiana, Illinois, Maryland, Michigan, Pennsylvania y Louisiana). La gran expansión económica iniciada en Estados Unidos en 1820, propició que las autoridades estatales se endeudaran para realizar numerosas infraestructuras y competir por la actividad y la inversión privada. Sin embargo, las bases fiscales eran débiles y la crisis de 1837 obligó al Gobierno federal a liberar numerosos fondos creados por el superávit acumulado los años anteriores. Agotados todos los recursos, los nueve Estados citados tuvieron que realizar impagos a los tenedores de deuda, principalmente gobiernos extranjeros, lo que sin embargo no provocó un pánico generalizado: a mediados del siglo XIX, la deuda estatal y federal estaba mejor repartida y no era tan dependiente del exterior como en la época de la fundación nacional⁷³.

Ahora bien, los Estados involucrados en la crisis soberana siempre confiaron en que el Congreso legislaría un rescate. En efecto, después de la Guerra de Independencia, la mayor parte de los Estados estaban en una situación precaria que los hacía

71 Evidentemente, el lector atento sabrá que la idea de rescate sujeto a condicionalidad, que es el que recientemente por ejemplo se ha institucionalizado en la UE, tiene su origen en los programas de asistencia financiera del FMI. Ver en este sentido A. MOURMOURAS y W. MAYER, «La condicionalidad del FMI. Un enfoque basado en la teoría de la política con grupos de interés», *Información Comercial Española: ICE. Revista de Economía*, nº 827, 2005, pp. 83-92.

72 C.P. GILLETTE, «Fiscal Federalism as a Constraint to States», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 35, nº 1, 2012, pp. 101-114. Un acercamiento doctrinal entre nosotros, sobre las distintas categorías de la autonomía financiera en Estados Unidos, en E. SAENZ ROYO, *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 105 y ss.

73 C. RANDALL HENNING y M. KESSLER, «Fiscal Federalism: US History for Architects of Europe's Fiscal Union», *Peterson Institute for International Economics*, Working Paper 12-1, 2012, p. 7.

técnicamente insolventes: por ello, el secretario del Tesoro, Alexander Hamilton, ideó un plan que consistía en que el Gobierno federal asumiera las deudas de todos los Estados, expandiendo las capacidades fiscales centrales para pagarlas y creando un Banco de los Estados Unidos con el objetivo de dar solvencia a todo el sistema financiero privado. La asunción federal de deudas implicó también una restructuración de los préstamos, sobre todo en lo relacionado con los tenedores domésticos. A pesar del enfrentamiento con Thomas Jefferson –que también era secretario de Estado en el primer Gobierno de George Washington– y de las dudas constitucionales, el Congreso aprobó una propuesta que ponía en marcha la doctrina de los poderes implícitos⁷⁴.

Pese a este precedente, el Congreso rechazó hacerse cargo de las deudas de los Estados a mediados del siglo XIX, y estos comenzaron a incorporar, a través de sus Constituciones y normas presupuestarias, frenos legales al endeudamiento⁷⁵. Se ye rra el tiro, por tanto, cuando insistentemente se señala que la estabilidad presupuestaria es un principio que solo tiene orígenes e intenciones ideológicas, particularmente relacionadas con el adelgazamiento del gasto público⁷⁶. Entre 1842 y 1857, veinte Estados que estuvieron de una manera u otra vinculados a la crisis soberana iniciada en 1837, habían incorporado este tipo de reformas en sus ordenamientos, siendo el motivo principal las demandas ciudadanas de una mayor transparencia y responsabilidad fiscal de los poderes públicos⁷⁷. Así las cosas, hoy en día solo Vermont no cuenta con ninguna norma relacionada con la estabilidad presupuestaria, teniendo el resto de Estados normas legales o constitucionales que de una u otra manera obligan a aprobar cuentas equilibradas (lo que afecta al envío del proyecto del ejecutivo, la aprobación posterior de las cámaras o el refrendo del gobernador de turno)⁷⁸.

74 Sobre esta cuestión, ver R. SYLLA y J.W. WILSON, «Sinking Funds as Credible Commitments: Two Centuries of US National-Debt Experience», *Japan and the World Economy*, Vol. 11, nº 2, 1999, pp. 199-222 y C.R. MCGRANE, *Forieing Bondholders and American State Debts*, Berad Books, Washington, 1935, pp. 52-72.

75 J. SAVAGE, *Balanced Budgets and American Politics*, Cornell University Press, Ithaca, 1988.

76 El autor de referencia en este ámbito, J.M. BUCHANAN, *Economía constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993.

77 J.J. WALLIS, «Constitutions, Corporations, and Corruption: American States and Constitutional Change, 1842-1852», *Journal of Economic History*, Vol. 65, nº 1, 2005, pp. 211-256.

78 Existen documentos públicos que explican detalladamente los tipos de frenos presupuestarios y su eficacia. Por ejemplo «Fiscal Discipline In The Federal System: National Reform And The Experience of The States», *Advisory Commission on Intergovernmental Relations*, A-107, 1987, p. 40.

En términos generales, la doctrina ha señalado que los frenos normativos al endeudamiento han funcionado correctamente. Aún hoy en día la deuda de la mayor parte de los Estados norteamericanos se sitúa en un nivel razonable. Naturalmente, el grado de eficacia de los frenos varía dependiendo de si están reconocidos a nivel constitucional o legal, los Tribunales Supremos tienen competencia para garantizarlos y si hay un consenso político en torno a su cumplimiento⁷⁹. Pero la mejor muestra de que el freno al endeudamiento cumple su tarea es que desde 1850, apenas han existido quiebras por parte de los Estados: al margen del repudio de deuda de la mayor parte de los Estados sudistas durante el periodo de la reconstrucción tras la Guerra Civil, solo Arkansas ha suspendido pagos en relación a bonos públicos para la realización de autopistas en 1933⁸⁰.

Por lo tanto, la idea básica es que en Estados Unidos, los Estados están sometidos a la disciplina del mercado a la hora de regular los riesgos soberanos. Sin embargo, los municipios pueden realizar impagos de deuda ordenados bajo el paraguas del Capítulo 9 del Código de Quiebras federal (H.R. 8200, 1978), siguiendo las pautas marcadas por la ley estatal correspondiente (el caso más significativo en los últimos años ha sido el de Detroit). Recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido que abordar la constitucionalidad de una ley de Puerto Rico que intentaba reestructurar la deuda municipal debido a la crisis fiscal que sufre desde hace años. En el pronunciamiento Puerto Rico vs. Franklin California Tax-Free Trust (nº 15-233), de 22 de marzo de 2016, el Alto Tribunal ha declarado inconstitucional la Ley de la Asamblea Legislativa del Territorio porque el art. 101 del Capítulo 9 del Código de Quiebras federal, prohíbe expresamente que las instituciones de Puerto Rico definan las condiciones de los deudores con respecto a los bonos municipales.

La sentencia del Tribunal Supremo agravó la situación financiera de Puerto Rico, por lo que el Congreso de los Estados Unidos ha rescatado mediante la Ley PROMESA (H.R. 5278, 2016) a las autoridades de la Isla⁸¹. La Ley PROMESA, dictada al amparo del art. IV, sección tercera de la Constitución, tiene como objetivo lograr la estabilidad económica y financiera del Territorio, estableciendo una Junta de Supervisión de siete miembros, nombrada por el Presidente de los Estados Unidos, con competencia para

79 H.E. BOHN y R.P. INMAN, «Balanced-Budget Rules and Public Deficits: Evidence from the U.S. States», *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, nº 45, 1996, pp. 13-76.

80 La mejor obra hasta su publicación, para analizar los distintos *defaults* en los Estados norteamericanos es la de B.U. RATCHFORD, *American State's Debts*, Duke University Press, Durham, 1941.

81 Ley para la Supervisión, Administración y Estabilidad Económica de Puerto Rico (PROMESA, por sus siglas en inglés).

elaborar planes fiscales y controlar todos y cada uno de los actos presupuestarios de las administraciones de Puerto Rico. Los planes pueden implicar significativos recortes y la reestructuración de la deuda, sometiendo a la autonomía territorial a una profunda condicionalidad mediante la práctica de la certificación de todas las normas y decisiones que impliquen gasto público y su consiguiente ejecución.

El rescate de Puerto Rico quizá no puede ser extrapolado a otras situaciones: en el sistema norteamericano hay una doctrina consolidada sobre los territorios no incorporados, que no permite la generalización de las garantías constitucionales del federalismo en las mismas condiciones que por ejemplo a Alaska o Hawái⁸². No podría afirmarse por tanto, con rotundidad, que la Constitución prohíbe o habilita rescates por parte de la Federación que permitan intervenciones tan claras en la autonomía política y presupuestaria de los Estados. Una ley de este tipo tendría además que contrastarse con la sección cuarta de la Enmienda XIV de la Constitución, que establece que la deuda pública contraída por ley tiene un carácter incuestionable, sin aclarar si es aplicable solo al Gobierno federal o también a los Estados.

En todo caso, la doctrina ha venido señalando que en la práctica, la disciplina del mercado a la hora de neutralizar las indeseadas consecuencias de los riesgos morales soberanos, se ha visto en cierto modo aliviada por la centralización del gobierno económico: en Estados Unidos el «default» de un Estado, en aplicación estricta del principio de responsabilidad fiscal, es posible porque los paquetes de estímulo, los «grants», los programas sociales vinculados con la sanidad o educación y el notable incremento del gasto público federal, actúan como estabilizadores automáticos con gran capacidad para reducir el impacto social de las posibles crisis de deuda parciales⁸³. Este es el motivo por el que en Estados Unidos –como en cualquier otro sistema federal– el rescate de un Estado no es un tema solo jurídico, sino también político que afecta a numerosas variables territoriales, partidistas e institucionales.

4.2. Cuando el mercado falla: la constitucionalización de mecanismos para prevenir los riesgos financieros soberanos en la Unión Europea

Existen otros ordenamientos jurídicos que proclaman la responsabilidad fiscal de las administraciones descentralizadas. Con ello se quiere lanzar una señal muy

82 Sobre esta cuestión, de interés R.A. KATZ, «The Jurisprudence of Legitimacy: Applying the Constitution to U.S. Territories», *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, nº 2, 1992, pp. 779-805.

83 J. RODDEN, «Market Discipline and U.S. Federalism», en P. CONTI-BROWN y D. SKEEL (Eds.): *When States Go Broke: Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

clara: será el mercado el que determine las consecuencias financieras finales de una política presupuestaria y de endeudamiento fallida. Por ejemplo, el art. 8.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establece enfáticamente que «[e]l Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas [...], sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos». El art. 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn señala que «La garantía de la autonomía (de los Länder) abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera». Por último, el art. 125 TFUE establece que «[l]a Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros [...]»⁸⁴.

Estas cláusulas «no-bailout» son sin embargo aparentes. La LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, prevé en su Disposición Adicional 1^a la suspensión temporal del art. 8.2 antes citado, al habilitar la creación de un sistema de financiación adicional para aquellas Comunidades Autónomas con problemas graves. De este modo, el Real Decreto-Ley 17/2014, instaura una serie de fondos de rescate para atender el pago a proveedores o hacer frente a las necesidades más acuciantes del gasto de las Comunidades Autónomas⁸⁵. En el caso alemán, en el año 1992, el Tribunal Constitucional señaló que dada la extremada debilidad financiera de los Länder de Bremen y Saarland, la Federación tenía la obligación de rescatarlos en atención al principio de solidaridad y al deber de garantizar unas condiciones de vida homogéneas en todo el país (art. 106.3 de la Ley Fundamen-

84 Hay una tercera vía, que por cuestión de espacio no podemos desarrollar en el presente trabajo: no expresar formalmente la responsabilidad fiscal de las administraciones descentralizadas y gestionar políticamente los *default* desde las instituciones centrales, sin vincular los rescates financieros a regímenes de condicionalidad. Esto es lo que ocurrió en las décadas de 1980 y 1990 en países como Brasil, México o Argentina, donde la deuda pública impagada de los entes subestatales fue cubierta por los Gobiernos federales, dado que mayormente estaba en manos de bancos públicos de carácter regional. La doctrina viene señalando que al final, en este tipo de prácticas el riesgo soberano se traslada desde la administración descentralizada a la Federación en su conjunto, como ocurrió en México en el año 1995 o en Argentina a comienzos de 2000. Al respecto, ver E. WIBBELS, «Bailouts, Budget Constraints, and Leviathans. Comparative Federalism and Lessons From the Early United States», *Comparative Political Studies*, Vol. 36, nº 5, 2003, pp. 475-508.

85 Los problemas competenciales de esta estructura paralela, en M. MEDINA GUERRERO, «La constitucionalización de la *regla del equilibrio presupuestario*: integración europea, centralización estatal», *Revista de Estudios Políticos*, nº 165, 2014, p. 198 y ss.

tal)⁸⁶. Como veremos a continuación, el caso europeo también prevé un mecanismo jurídico jerárquico, por así decirlo, para intentar reducir los riesgos asociados a la deuda soberana.

Este mecanismo es absolutamente necesario por la escasa madurez federal del sistema constitucional de la UE. Bognetti recuerda que el problema central de nuestro continente y su despliegue constitucional, con respecto por ejemplo al estadounidense, es que los órganos centrales comunitarios no cuentan con las variables tradicionales del gobierno de la economía, en sentido pleno, para hacer frente a una posible quiebra de un Estado miembro⁸⁷. De este modo, si una de las partes entra en crisis como consecuencia de los peligros asociados a la deuda soberana, como ha ocurrido con Grecia, Portugal, Irlanda o España, el sistema puede colapsarse en su conjunto y la construcción de la moneda única, débilmente institucionalizada, venirse abajo. Ciertamente, sería importante hacer una comparación, que aquí no podemos llevar a cabo, sobre la naturaleza del reparto de la deuda pública en el caso norteamericano y en el europeo, otro factor a tener en cuenta a la hora de determinar si el mercado puede ser un mecanismo eficiente para disciplinar los riesgos soberanos.

En la UE el elemento pensado para dar estabilidad a la construcción de la moneda única ha sido la disciplina fiscal de los Estados miembros; se trata así de

86 BVerfGE 86, 148-Finanzausgleich II, 322. Sobre los efectos que la sentencia citada y el posterior acuerdo de rescate tuvieron en el equilibrio económico alemán, ver H. SEITZ, «Subnational Government Bailouts in Germany», *Inter-American Development Bank*, Working Paper R-396, 2000. Es importante hacer notar que el Tribunal Constitucional Federal negó sin embargo en el año 2006 que la decisión de no ayudar financieramente a Berlín vulnerara la Ley Fundamental, porque no se había demostrado de forma fehaciente la vulnerabilidad de las cuentas del Länder y su situación de riesgo. Al respecto, ver K.H. HEPPKE-FALK, y G.B. WOLFF, «Moral Hazard and Bail-Out in Fiscal Federations: Evidence for the German Länder», *Deutsche Bundesbank Discussion Paper Series 1*, nº 7, 2007.

87 G. BOGNETTI, «Mercato unico e esperienze federaliste. Stati Uniti d’America e Unione europea», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, nº IV, 2009, pp. XIX-XXVIII. Evidentemente, esta tesis no funciona siempre *a sensu contrario*: en España, dada la importancia que tiene el Estado en la garantía de la unidad económica y del mercado, se podían haber eludido los distintos instrumentos de estabilidad financiera para rescatar Comunidades Autónomas, dejando que actuara el principio de responsabilidad fiscal y que los distintos Gobiernos autonómicos respondieran igualmente ante sus ciudadanos por las políticas presupuestarias mantenidas durante años. Esta posibilidad puede ser mediada por otras variables de indudable fortaleza política y técnica: la justicia del sistema de financiación autonómica o la afectación a la estabilidad global teniendo en cuenta el peso económico de la Comunidad Autónoma que no pudiera hacer frente a sus obligaciones financieras.

evitar los shocks asimétricos predichos por el nobel Robert Mundell⁸⁸. No hace falta entrar a explicar detalladamente cual ha sido el devenir normativo al respecto desde que se introdujo en el Tratado de Maastricht el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC). La articulación inicial, reconocida con rango constitucional (art. 126 TFUE y Protocolo nº 12) y desarrollada a través de dos Reglamentos que se ocupaban de los planos de la prevención y corrección de las malas prácticas fiscales, dio paso una vez desencadenada la crisis en 2008, a una arquitectura jurídica de una complejidad extrema. En dicha arquitectura, la Comisión y otros órganos intergubernamentales, como el Eurogrupo, han pasado a ocupar el centro de un sistema de vigilancia que se extiende también a los ámbitos macroeconómicos fútilmente coordinados mediante la Estrategia de Lisboa⁸⁹.

Como se ha visto en el verano de 2016, donde la Comisión y el Ecofin se han negado a sancionar a España por incumplimiento del PEC, las reglas de este último, concretadas a través del «six pack» y el «two pack», tienen una función esencialmente disuasoria. Pese al reforzamiento normativo y de poder, el PEC pierde credibilidad política cada vez que alguno de actores involucrados en el mismo incumple con la estabilidad fiscal sin que ello acarree consecuencias jurídicas y económicas. Ello indica probablemente un alejamiento de la ortodoxia económica comunitaria⁹⁰, pero sobre todo el fracaso de una construcción que como en el caso norteamericano, debería haber sido iniciada desde los propios Estados miembros. Los problemas de eficiencia y credibilidad del PEC son el motivo por el que se impulsa en 2013 el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, que anuda la posibilidad de solicitar asistencia financiera al MEDE, a la obligación de incorporar el principio

88 R. MUNDELL, «A Theory of Optimum Currency Areas», en M. KRAUSS, *The Economics of Integration*, George Allen & Unwin LTD, Londres, 1973.

89 Sobre el desarrollo de esta gobernanza económica, recomendamos dos trabajos. El primero, descriptivo pero de gran interés dado su ánimo aclaratorio y explicativo –lo que no es poco en el caso que nos ocupa– de M. LÓPEZ ESCUDERO, «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50, 2015, pp. 361-433. El segundo es crítico, desde la perspectiva de la política económica atravesada por los principios constitucionales; al respecto, ver A.J. MENÉNDEZ, A «El rescate europeo de la Unión Europea», en FUNDACIÓN ENCUENTRO: *Informe España 2015 (Homenaje a José María Martín Patino)*, Madrid, 2015, pp. 285-336.

90 Como se atisba en M. BENVENUTI, «Las medidas anticrisis adoptadas por la Unión Europea: una mirada de conjunto (entre continuidad de las decisiones institucionales, integración negativa y desconstitucionalización del derecho supranacional)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 24, 2015.

de estabilidad presupuestaria a los ordenamientos nacionales, preferentemente con reglas de naturaleza constitucional⁹¹.

La ineeficiencia del PEC, la escasa diversificación de los tenedores de deuda pública y la ausencia de un gasto público estabilizador con porcentajes similares a otros gobiernos federales, hicieron finalmente que la UE formalizara el MEDE, para reducir los riesgos soberanos y ayudar a los Estados miembros con problemas financieros graves. El MEDE llegó después de que se pusieran en marcha dos fórmulas de rescate previas cuyo carácter temporal impidió que pusieran fin a las tensiones en los mercados de deuda: el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (Reglamento del Consejo nº 407/2010) y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, aprobada mediante un Acuerdo Marco que tomaba como referencia competencial el art. 122.2 TFUE⁹². En cualquier caso, el 27 de septiembre de 2012 entró en vigor el MEDE, que dota de un sistema de rescate permanente a la UE con capacidad para realizar préstamos efectivos de hasta 500.000 millones de €⁹³.

Para poder crear el MEDE, los Estados miembros y las instituciones comunitarias pusieron en marcha un proceso simplificado de reforma del art. 136 TFUE. Se trataba con ello de sortear la prohibición de corresponsabilidad fiscal prevista en el art. 125 TFUE, anteriormente aludido. El MEDE es una norma de naturaleza internacional, pero tiene como principal objetivo prestar ayuda directa a los Estados «que experimenten o corran el *riesgo* de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la *estabilidad* financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros» (art. 3). Estamos ante una norma de carácter fundamental, por así decirlo, que pretende salvaguardar la estabilidad económica de la zona euro y sus miembros, tratando de neutralizar los riesgos soberanos y sus posibles consecuencias si la deuda pública se expone únicamente a los vaivenes del mercado⁹⁴.

91 A. ARROYO GIL y I.M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 98, 2013, pp. 149-188.

92 Sobre la adecuación del art. 122. TFUE para realizar normas de rescates de Estados miembros, ver J.-V. LOUIS, «Guest editorial: the non-bailout clause and rescue packages», *Common Market Law Review*, Vol. 47, no 4, 2010, pp. 971-986.

93 Las diferencias entre los mecanismos previos de asistencia financiera y el MEDE, en A. DE GREGORIO MERINO, «Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanism of financial assistance», *Common Market Law Review*, Vol. 49, nº 5, 2012, pp. 1622-1624.

94 Ello se hace mediante los siguientes instrumentos: préstamo o línea de crédito para recapitalizar entidades financieras de un Estado miembro (que recibió España el 25 de junio de 2012), la

A pesar de todo, cuando se trató de verificar la constitucionalidad del nuevo art. 136 TFUE, tanto el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), como el propio Tribunal Constitucional alemán, pusieron énfasis en que el MEDE no suponía una transferencia solidaria de recursos entre Estados ni se abandonaba la disciplina del mercado para contener las políticas presupuestarias descontroladas. El primero, en la sentencia Pringle (C-370/12), matizó las afirmaciones de la Abogada General Kokott que en las conclusiones previas había señalado que las ayudas a través del MEDE expresaban una suerte de solidaridad ya reconocida en el art. 3 TFUE (ap. 142). Sin embargo, para el TJUE, el mantenimiento del art. 125 TFUE garantiza que a la hora de contraer sus deudas los Estados «permanezcan sujetos a la lógica del mercado» (ap. 135), en la medida en que la asistencia financiera del MEDE se vincula a una fuente condicionalidad, ejercida mediante los memorándums de entendimiento (ap. 142). El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG, 2 BvR 1390/12), apuntaló además la idea de que el MEDE no abandonaba «la orientación hacia la estabilidad de la unión económica y monetaria, la independencia del BCE, su deber de atender primordialmente a la estabilidad de precios y la prohibición de asistencia financiera» (ap. 180).

En contraste con esta tesis funcional, cabe señalar, para terminar este apartado, lo siguiente: el MEDE supone una profunda transformación del gobierno económico global de la UE, pues reconoce por primera vez a las autoridades comunitarias la posibilidad de intervenir –y no solo controlar mediante reglas– las economías y los balances presupuestarios de los Estados miembros en caso de rescate⁹⁵. Se advierte, en este sentido, la incorporación de un vehículo de asistencia financiera gestionado federalmente, que genera la suerte de una solidaridad factual entre las naciones europeas. Ahora bien, no deja de ser ésta una estructura que se ampara en la relación privatista del acreedor y del deudor y que tiene profundas consecuencias para el despliegue del pluralismo político en los Estados miembros rescatados, sobre todo cuando están sometidos a regímenes de condicionalidad cuyo contenido está determinado por la voluntad de la Comisión y del BCE y no de una instancia democrática como es el Parlamento Europeo⁹⁶.

concesión de una línea de crédito *precautoria* condicionada, la concesión de préstamos a un Estado miembro con dificultades financieras o la adquisición de deuda pública emitida por un Estado miembro tanto en el mercado primario como secundario.

95 P.A. VAN MALLEGHEM, «*Pringle* : A Paradigm Shift in the European Union's Monetary», *German Law Journal*, nº 1, Vol. 14, 2013, pp. 141-168.

96 Como bien recuerdan en el primer caso M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los confines de la democracia y solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14

5. CONCLUSIONES

Al comienzo de las turbulencias financieras y económicas, Embid Irujo apuntó que estaba emergiendo un nuevo tipo de derecho de la crisis, caracterizado por la utilización masiva de fuentes vinculadas al poder ejecutivo, la centralización de las medidas desde una perspectiva estatal, el protagonismo casi absoluto de los órganos de la UE en la creación inicial de las normas y el manejo de todas las bases competenciales que las Constituciones ponían en manos de los poderes públicos⁹⁷. Hoy pueden añadirse algunos elementos materiales a aquella apreciación, tal y como hemos intentado demostrar en el presente trabajo, donde se han analizado una serie de reformas normativas relacionadas con la estabilidad financiera, en el contexto de lo que hemos denominado como constitución económica del riesgo.

La vinculación entre riesgo y derecho no es nueva. No solo desde una perspectiva puramente administrativa, como ya apuntábamos en la parte metodológica. Acierta plenamente Adrian Vermulen cuando señala que hay una tradición originaria del constitucionalismo, cuya mejor evidencia es la Constitución de Estados Unidos y «El Federalista», que tiene como misión no solo limitar el poder, sino organizarlo de tal manera que sea muy difícil que la democracia representativa termine transformada por ejemplo en una dictadura⁹⁸. Eso también es evitar riesgos políticos. En el ámbito del derecho público económico se ha ido consolidando, en los últimos años, tanto a nivel legal como constitucional, una estructura jurídica de gran magnitud con una importante ramificación territorial, que trata de prevenir riesgos, esta vez de carácter financiero, una vez constatados los daños producidos por la desregulación previa.

Previniendo riesgos financieros se busca la estabilidad económica, que a su vez es el presupuesto esencial para conseguir la estabilidad política. Para alcanzar este objetivo los poderes públicos han actuado en esta parcela en dos direcciones. La primera, el ámbito privado, una vez constatada la conexión que podía producirse entre la inyección de ayudas a entidades y las crisis soberanas. A partir de los acuerdos realizados en el G-20, tanto en Estados Unidos como en la UE, se han llevado a

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*, nº 101, 2014, p. 330 y en el segundo K. FEATHERSTONE, «Conditionality, Democracy and Institutional Weakness: the Euro-crisis Trilemma», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54 (número anual), 2016, pp. 48-64.

97 A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 25 y ss.

98 VERMEULE, A.: *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014.

cabo profundas reformas para regular la actividad bancaria con el objetivo de evitar la proliferación de productos tóxicos, mejorar las tareas de supervisión e impedir que los contribuyentes tengan que cargar con las pérdidas de entidades consideradas sistémicas, cuando éstas se vuelven insolventes.

En el caso norteamericano, la Ley Dodd-Frank no ha supuesto cambios sustanciaivos en el sistema federal: más allá de la importante reordenación de las autoridades independientes encargadas de supervisar, las mutaciones para el reparto de poderes entre el centro y la periferia son más palpables en la Ley de Emergencia para la Estabilización Económica de 2008, que con un gran programa de inversiones no ha hecho más que acentuar las tendencias de lo que algunos venían denominando como «federalismo coercitivo»⁹⁹. En la UE, la regulación financiera muestra un panorama distinto. Se advierte de este modo un movimiento muy amplio de centralización de poderes en sede comunitaria, mediante la utilización de todo el arsenal de fuentes disponibles: directivas, reglamentos, acuerdos intergubernamentales y normas de derecho internacional. La variedad normativa ha conducido además a una variedad institucional, que refuerza dos planos contrapuestos del constitucionalismo comunitario: el intergubernamental, donde hay un mayor protagonismo de los órganos con presencia de intereses estatales (Consejo Europeo y Eurogrupo), y el infranacional, constituido por una pléthora de órganos reguladores y burocráticos (BCE, Junta Europea de Riesgos Sistémicos, Autoridad Europea de Supervisión), sobre los que cabe un control jurídico y democrático de baja intensidad¹⁰⁰.

La otra dirección donde los poderes públicos han actuado buscando la estabilidad financiera ha sido el ámbito de los riesgos soberanos. Hemos analizado aquí los distintos modelos que dentro del federalismo, pueden atisbarse tanto a la hora de prevenir los peligros relacionados con las prácticas fiscales poco sostenibles, como de resolver las tensiones que se producen si una entidad subestatal no puede acceder a los mercados de deuda a un interés bancario razonable. Las conclusiones al respecto indican dos cosas: la primera, que desde una perspectiva comparada parece predominante la idea de que tiene que ser el mercado quien discipline las posibles dificultades soberanas de las administraciones descentralizadas. Con ello, se trata

99 J. KINCAID, «State-Federal Relations: Federal dollars down, federal power up», en *The Book of The States*, Council of State Governments, Lexington, KY, 2006 y P. POSNER, «The Politics of Coercive Federalism in the Bush Era», *Publius*, Vol. 37, nº 3, 2007, pp. 390-412.

100 Hemos explicado los tres niveles de constitucionalismo (y de democracia) existentes en la UE, en la primera parte de nuestro trabajo, J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El Consejo de la Unión Europea. Poder normativo y dimensión organizativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

de evitar el riesgo moral que implica cualquier rescate del gobierno central. Como hemos visto, este *a priori* teórico solo se cumple en Estados Unidos, donde gracias a la maduración histórica del sistema federal en materia económica, la corresponsabilidad fiscal mantiene cierto vigor a pesar de la excepción reciente de Puerto Rico.

La praxis en la UE indica, en segundo lugar, que allí donde el mercado no puede por diferentes motivos consolidarse como parámetro de las relaciones institucionales federales, se articulan mecanismos jurídicos permanentes y centralizados, para tratar de contener los riesgos económicos y políticos derivados de las crisis fiscales soberanas. Tales mecanismos, como el caso analizado del MEDE, establecen fórmulas de condicionalidad donde los memorándums de entendimiento suplantan artificialmente la disciplina del mercado de deuda con el objetivo de fomentar en los Estados miembros políticas presupuestarias equilibradas. Esta forma de neutralizar los dilemas morales asociados a un rescate financiero puede ser legítima, más cuando está ausente una comunidad política auténticamente europea y las experiencias latinoamericanas de la década de 1990 (Brasil, México y Argentina), demuestran que las ayudas financieras sin contraprestación trasladan el riesgo financiero desde los entes descentralizados al conjunto del país. No obstante, supone una gran afectación en la autonomía política y parlamentaria nacional, lo que como estamos teniendo ocasión de comprobar con la proliferación de movimientos antieuropeos y populistas a lo largo del continente, puede tener consecuencias imprevisibles para una democracia supranacional aún en formación. Por lo tanto, convendría que la utilización del MEDE, se realizara sobre la base del equilibrio entre el pluralismo político interno, las garantías constitucionales de los derechos y unos memorandos de entendimiento que deberían estar convenientemente politizados mediante la participación del Parlamento Europeo¹⁰¹.

Resumen

El presente trabajo pretende analizar las reformas legales y constitucionales que en los últimos años han servido para afrontar la crisis financiera internacional. Haciendo uso del derecho comparado, se revisa la forma en la que los sistemas federales de Estados Unidos y la Unión Europea han regulado el rescate de entidades privadas y las quiebras de los sujetos

101 En la sentencia de 20 de septiembre de 2016, el TJUE, asuntos acumulados C-8/15 P (Ledra Advertising/Comisión y BCE), C-9/15 P (Eleftheriou y otros/Comisión y BCE) y C-10/15 P (Theophilou/Comisión y BCE), ha señalado que las decisiones del Eurogrupo no son susceptibles de control jurisdiccional, pero que las actuaciones de la Comisión y el BCE en el contexto de los programas de asistencia financiera a Estados miembros como consecuencia de un rescate, están sujetas a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

territoriales que los integran. El propósito final es comprobar si está surgiendo una «constitución económica del riesgo» donde se protege con especial fuerza el principio de estabilidad.

Palabras clave: Constitución económica; riesgo; sistema financiero; federalismo; rescates públicos.

Abstract

This paper aims to analyze the legal and constitutional reforms that in recent years have served to confront the international financial crisis. Using comparative law, it reviews the way in which the federal systems of the United States and the European Union have regulated the rescue of private entities and the bankruptcies of territorial entities. The final purpose is to see if an «economic constitution of risk» is emerging, where the principle of stability is particularly protected.

Keywords: Economic constitution; risk; financial system; federalism; bailouts.

Recibido: 12 de diciembre de 2016

Aceptado: 19 de diciembre de 2016



GOBERNANZA ECONÓMICA Y RÉGIMEN SANCIONADOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO EN LA EUROZONA

PABLO GUERRERO VÁZQUEZ

Profesor de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Constitucional. Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. El principio de estabilidad presupuestaria en la eurozona antes de la crisis: la ineeficacia de la preventión sin medidas de represión.
2. El reforzamiento del poder sancionador de la UE en el marco de la nueva gobernanza económica y la reforma del pacto de estabilidad y crecimiento (PEC).
3. Reflexiones críticas: supuestos de hecho, sistema de adopción de decisiones y margen de discrecionalidad en el régimen sancionador europeo contra la indisciplina fiscal.

1. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA EUROZONA ANTES DE LA CRISIS: LA INEFICACIA DE LA PREVENCIÓN SIN MEDIDAS DE REPRESIÓN

Los dos pilares fundamentales de la política económica son la política fiscal y la monetaria. Por ello, tras la firma del Tratado de Maastricht, donde se pusieron las bases para establecer una moneda única, sin Estado, para los Estados miembros de la UE, se hizo necesaria una mayor coordinación en la política fiscal y, concretamente, la implementación de medidas que garantizasen el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria¹. El establecimiento de una unión monetaria introducía

1 El artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) atribuye a la UE la competencia exclusiva en el ámbito de la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda sea el euro. Por otro lado, el artículo 2.3 TFUE impone a los Estados la obligación de coordinarse en las políticas económicas, cuestión esta última reiterada en los artículos 5, 119, 121 y, en especial respecto a la política fiscal, en el artículo 126 TFUE. Las competencias de coordinación, en contraposición a las exclusivas (art. 3 TFUE) y compartidas (art. 4 TFUE), son consideradas un

un incentivo perverso para que los Estados expandiesen su política fiscal sin que ello repercutiese, inmediatamente, en un aumento de los tipos de interés de su economía nacional. De forma que si la unión monetaria no era acompañada de una mayor coordinación fiscal, desde el punto de vista de la teoría económica, el llamado equilibrio de Nash² sería un déficit público excesivo en toda la zona euro³.

Para enervar esta tendencia, el artículo 104 C TCE en su redacción dada por el Tratado de Maastricht estableció el mandato dirigido a los Estados miembros de evitar déficits excesivos, si bien no fijó ninguna proporción ni introdujo criterios para definir qué debía entenderse por tal⁴. El Tratado únicamente reguló un proceso

tertium genus en el marco comunitario y responden a una lógica de centralización de las competencias en materia económica propia de los modelos federales. J. DE MIGUEL BÁRCENA. *El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*. Bosch Editor, Barcelona, 2011, pág. 71. Los antecedentes a la Unión Monetaria, que comenzó a fraguarse a partir de 1992, han sido abordados recientemente, con precisión, por S. RUIZ TARRÍAS. Cfr. *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria europea*. Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 39-67.

2 En el marco de la teoría de juegos el equilibrio de Nash se ilustra habitualmente con el llamado dilema del prisionero. Con el mismo se evidencia que en un escenario de decisión colectiva con conflicto de intereses, la solución adoptada finalmente por los agentes implicados es no cooperativa y el equilibrio que alcanzan es subóptimo al que obtendrían de existir coordinación entre ellos. Por todos, H. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, Bosch Editor, Barcelona, 2007, págs. 523 y 543.

3 Aunque el principio de estabilidad presupuestaria nace en el seno de la ideología liberal para reforzar la defensa de una intervención estatal mínima, el control del déficit público, y derivadamente de la deuda, es también un elemento instrumental en una unión monetaria. La estabilidad no es más que la consecuencia, o una consecuencia más, de la coordinación de políticas económicas y constituye un *prius* lógico del establecimiento de una moneda única. En este sentido, V. RUIZ ALMENDRAL. *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, 2008, págs. 27 y 153. Por ello, en un principio, asumir la regla de estabilidad presupuestaria no constituye *per se* un triunfo ideológico o imposición del neoliberalismo, ni una rendición ante los mercados ni un ataque al Estado Social. J. TAJADURA TEJADA. «Reforma constitucional e integración europea», *Claves de razón práctica*, 216, págs. 26-27. Además, desde una perspectiva económica, T. PIKETTY ha señalado recientemente, y con acierto, las perversas consecuencias que el recurso estatal indiscriminado al crédito provoca en la distribución de la riqueza. Cfr. *El capital en el S. XXI*, Fondo de cultura económica, Madrid, 2014, págs. 605-641. No obstante, al haberse producido fundamentalmente el ajuste entre ingresos y gastos mediante la reducción de estos últimos, la repercusión de la estabilidad presupuestaria sobre los derechos sociales ha resultado notoria. Máxime si es tenida en cuenta la correlación existente entre gasto social y gasto autonómico y la evolución de este último.

4 El Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993, modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) e hizo perder a esta organización comunitaria la adjetivación de «Económica» con la finalidad de hacerle

para que la Comisión y el Consejo pudiesen ejercer presión sobre los Estados que incumpliesen una obligación no fijada en el TCE. Y un Protocolo adicional del propio Tratado, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo⁵, se limitó a concretar y especificar los valores de referencia a los que hacía alusión el artículo 104 C TCE: 3% de déficit público *contable* y 60% de deuda pública, en relación con el PIB a precios de mercado⁶. A fin de prevenir la aparición de estos desequilibrios,

asumir un papel más político en el proceso de integración europeo. A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2015, pág. 38-39. Desde entonces, y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, debemos hablar de Comunidad Europea y, consecuentemente, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El Tratado de Lisboa modifica el TCE y lo rebautiza como TFUE de forma que, a día de hoy, las previsiones del antiguo artículo 104 C TCE (artículo 104, si atendemos a la versión consolidada del TCE tras el Tratado de Ámsterdam) se encuentran recogidas en el artículo 126 TFUE.

5 Actualmente, Protocolo Adicional número 12 del TFUE, sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, de 9 de mayo de 2008. Para facilitar la aplicación de este Protocolo fue aprobado el 22 de noviembre de 1993 el Reglamento (CE) núm. 3605/93, del Consejo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En el mismo se reguló, por ejemplo, la obligación de notificar a la Comisión dos veces al año los déficits públicos reales y previstos, así como los niveles de deuda pública reales (art. 4). A pesar de ser objeto de múltiples modificaciones, estuvo en vigor entre el 1 de enero de 1994 y el 29 de junio de 2009, fecha en la que fue reemplazado por su versión codificada (Reglamento (CE) núm. 479/2009, del Consejo). Por otro lado, el Protocolo anejo al TCE remitía al Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas (SEC) para definir los términos «déficit», «público» e «inversión». Este sistema fue modificado en 1996, con la adopción del Reglamento (CE) núm. 2223/96, del Consejo, relativo al sistema europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC 95) y de nuevo en 2013, tras la aprobación del Reglamento (UE) núm. 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al sistema europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010). La modificación ha reducido numéricamente los ratios de deuda y déficit en relación con el PIB, al permitir capitalizar el gasto en I+D e incorporar al PIB, no sin polémica, estimaciones sobre actividades como la prostitución y el tráfico de drogas. Por último, debemos indicar que el SEC 2010 es, actualmente, el sistema empleado para calcular el déficit contable, no el estructural, que se rige por unos criterios distintos tal y como veremos.

6 Al definirse los valores de referencia como una proporción entre el déficit y la deuda con el PIB a precios de mercado, una disminución de este último provoca un aumento de dicho ratio, con independencia de que nominalmente las magnitudes «déficit» y «deuda» permanezcan estables. Lo cual se verá favorecido si atendemos a que la disminución del PIB irá ligada al crecimiento del numerador de dicho cociente, por ser habitual en las fases recesivas del ciclo económico un hundimiento de la recaudación impositiva y un incremento del gasto público, como consecuencia del papel que juegan los estabilizadores automáticos de la economía (v. gr. las prestaciones por desempleo).

complementariamente, el artículo 103 TCE reguló desde 1992 un procedimiento para que el Consejo, con apoyo de la Comisión, coordinase y supervisase la política económica de los Estados miembros⁷.

La puesta en marcha de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, que se inició el 1 de enero de 1999 e implicaba la fijación irrevocable de los tipos de cambio de once divisas, exigía una mayor coordinación fiscal entre los Estados miembros. Por ello en 1997, impulsado por Alemania, fue aprobado el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC en adelante), que arbitró una serie de instrumentos para reforzar la obligación de los Estados de mantener unas finanzas públicas saneadas en torno a dos pilares: la vertiente preventiva tendente advertir y evitar las desviaciones y la vertiente represiva implementada para forzar su corrección.

El fundamento político de dicho Pacto lo recoge la Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, de 17 de junio de 1997, que incorpora orientaciones políticas firmes para la aplicación del PEC por parte de los Estados miembros, la Comisión y el Consejo. Con posterioridad, el 7 de julio de ese mismo año, fueron aprobados dos Reglamentos que regularon normas de carácter preventivo y disuasorio en desarrollo de los artículos 103 y 104 C TCE, respectivamente: en primer lugar, el Reglamento (CE) núm. 1466/97, del Consejo, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; en segundo, el Reglamento (CE) núm. 1467/97, del Consejo, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

En su vertiente preventiva de los desequilibrios económicos y presupuestarios, la regulación contenida en el Reglamento (CE) núm. 1466/97 fue muy ambigua. Tras su entrada en vigor, los Estados miembros de la eurozona debían elaborar un programa de estabilidad que recogiera, entre otros contenidos previstos en su artículo 3, su objetivo a medio plazo en términos de situación presupuestaria próxima al equilibrio o con superávit, así como la trayectoria de ajuste para alcanzarlo. Aunque no se establecía expresamente, parece que el citado artículo se refería a un déficit definido en términos estructurales, no en términos contables. La razón de esta interpretación estribaba en que el artículo 5 atribuía al Consejo potestad para examinar si el objetivo presupuestario establecido en el programa de estabilidad aportaba un margen de seguridad suficiente como para evitar que se produjera un déficit excesivo.

7 Desde el 1 de mayo de 1999, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, estas previsiones quedaron recogidas en el artículo 99 TCE. A día de hoy es el artículo 121 TFUE el encargado de regular estas cuestiones.

vo. Y como este último sí está definido en términos contables, aquél debía estarlo en términos estructurales, siendo esta diferencia la que justificaba la labor examinadora del Consejo para acreditar la compatibilidad entre ambos⁸.

Por su parte, el artículo 6 desarrolló el sistema de supervisión multilateral previsto en el artículo 103.3 TCE. En dicho artículo, el Reglamento atribuía este poder al Consejo para vigilar la aplicación de los programas de estabilidad, a través de un sistema que descansaba en las recomendaciones emitidas por dicha institución comunitaria, de forma que, con base en el artículo 103.4 TCE, el Consejo podía recomendar a un Estado miembro la adopción de medidas correctoras cuando detectara desviaciones importantes de la situación presupuestaria respecto del objetivo presupuestario a medio plazo. Linde Paniagua denunció que este sistema provocaba una mutación en la naturaleza jurídica de la recomendación como instrumento normativo en el marco de la política económica y monetaria pues, a pesar su forma externa, unas recomendaciones con tal contenido se aproximaban más a las directivas o a las decisiones⁹. Y ello a pesar de que en 1997 el marco regulador de la vertiente preventiva del TEC no preveía todavía, como hará más tarde, ninguna sanción en el caso de que el Estado miembro afectado no atendiese al contenido de la recomendación formulada por el Consejo.

Respecto al pilar o vertiente disuasoria, cuyo objeto era corregir el déficit público considerado excesivo conforme a los valores de referencia, el Consejo aprobó

8 Recordemos que para el cálculo del déficit estructural es necesario atender a la diferencia existente entre el PIB real y el potencial, esto es, el nivel de PIB si se utilizasen todos los recursos existentes en la economía sin generar inflación (es decir, cuando la tasa de desempleo es la más baja posible sin hacer subir los salarios: *Non Accelerating Wages Rate of Unemployment –NAWRU–*). Por tanto, como recuerdan P. HERNÁNDEZ DE COS y J.J. PÉREZ, el déficit estructural se obtiene como diferencia entre el déficit cíclico y el déficit observado. Cfr. «La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria», *Boletín económico del Banco de España*, abril de 2013, pág. 66. A día de hoy, la norma de referencia para su cálculo es la Orden ECC 2741/2012, de 20 de diciembre, sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española, que desarrolla el artículo 11.6 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de septiembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEP). La norma fue modificada por Orden ECC 493/2014, de 27 de marzo, que recoge el cambio aceptado por la Comisión Europea precisamente respecto al cálculo del desempleo estructural y que benefició indudablemente a España. Y ha vuelto a ser modificada, si bien con un alcance menor, por Orden ECC/1556/2016, de 28 de septiembre.

9 E. LINDE PANIAGUA. «Las recomendaciones en el marco de la política económica y monetaria: un ejemplo de mutación normativa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 6, 1999, págs. 393-394.

el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Su artículo 3.4 facultaba al Consejo para advertir de la existencia de déficit excesivo y del plazo para corregirlo mediante recomendación dirigida al Estado miembro afectado. De incumplirse la recomendación y persistir el déficit, el artículo 10.2 permitía el Consejo formular una advertencia al Estado afectado, precisando en ella las medidas que a juicio del Consejo debían adoptarse de inmediato. Y de comprobarse posteriormente que el Estado afectado incumplía la advertencia y no implementaba esas medidas, el Consejo podía directamente sancionar el incumplimiento. El artículo 11 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, en desarrollo del artículo 104.11 TCE, contemplaba como sanción la constitución de un depósito sin intereses que comprendería un componente fijo (0,2% del PIB) y otro variable (10% de la diferencia entre el déficit expresado en términos de PIB y el valor de referencia del PEC). Nótese que lo característico de este marco regulador es que el supuesto de hecho que desencadena el momento represivo –en este caso la imposición de una sanción pecuniaria– en el sistema de disciplina fiscal europeo es, como norma general, la inobservancia de las recomendaciones o advertencias del Consejo y no la perseverancia del incumplimiento económico que las provoca; no, en fin, la ineeficacia o inactividad material del Estado, sino el incumplimiento formal de la decisión del Consejo¹⁰.

Como se constató pronto, los valores de referencia del déficit excesivo definidos en términos contables en el artículo 104 C TCE eran de quimérico cumplimiento en un momento recesivo del ciclo económico¹¹. El choque de la norma con la realidad económica era tan previsible que tan solo quedaba aguardar el incumplimiento del Pacto. Y el mismo se materializó en enero del año 2003, cuando el Consejo, con base en el artículo 104.6 TCE, resolvió mediante Decisión 2003/89/CE que en Alemania, principal impulsor del PEC, existía un déficit excesivo. Unos meses después, en junio, por Decisión 2003/487/CE, el Consejo consideró que dicha situación de déficit excesivo también concurría en Francia. Apoyándose en el artículo 104.7 TCE y el artículo 3.4 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, el Consejo recomendó a ambos Estados la aplicación de diversas medidas en un plazo determinado para

10 Así lo evidencia el considerando tercero de la Decisión 2007/154/CE, de 30 de enero, por las que se deroga la Decisión 2003/487/CE, relativa a la existencia de un déficit excesivo en Francia.

11 Si se analizan los veinte ejercicios presupuestarios anteriores a 1992, los valores de referencia del PEC fueron superados en 202 ocasiones, el 50% de las ocasiones. Y solo en cuatro ocasiones, señala M. GARCÍA CRESPO, no hubiese procedido la imposición de sanciones. Cfr. «Los costes de la estabilidad presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, núm. 13, 2003, pág. 20.

corregir sus desequilibrios. La Comisión, considerando que dichas medidas eran insuficientes, recomendó al Consejo que advirtiera a ambos Estados conforme al modelo represivo descrito, pero llegados a este punto el Consejo desoyó la recomendación de la Comisión. Y la advertencia prevista en el artículo 104.9 C TCE, que, de haberse adoptado, habría permitido la imposición de sanciones económicas en caso de que posteriormente se hubiese comprobado, de nuevo, que los Estados miembros afectados no habían adoptado medida alguna o las adoptadas resultaban inadecuadas, no llegó a formularse, por lo que el régimen sancionador quedó inédito, fundamentalmente por falta de previsión y realismo¹².

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, de 13 de julio de 2004, aun sin entrar en el fondo de la cuestión¹³, confirmó la ausencia de repercusiones por dichos incumplimientos, lo que impulsó que se acometiera una reforma del PEC que corrigiese los errores de diseño con los que nació tanto en la vertiente preventiva como en la propiamente represiva, que más clamorosamente había fallado. La reforma llegó en el año 2005, en un periodo de crecimiento económico sostenido, y con ella la UE facilitó una política presupuestaria anti-cíclica, amplió todos los marcos temporales para corregir los déficits excesivos y flexibilizó el

12 En el Consejo (ECOFIN) celebrado el 25 de noviembre de 2003 no se alcanzó la mayoría exigida por el artículo 104.13 TCE para aprobar la pertinente advertencia. Sin embargo, ese mismo día el ECOFIN adoptó dos Conclusiones con similar contenido en relación con cada uno de los Estados miembros afectados. De forma que, sin negarse la oportunidad de las nuevas recomendaciones, el Consejo paralizó el procedimiento de déficit excesivo (PDE) y eludió la posibilidad de imponer sanciones económicas en caso de que se produjese un nuevo incumplimiento. Estas Conclusiones fueron anuladas por el TJCE en su Sentencia de 13 de julio de 2004, por entender que el Consejo no puede modificar sus recomendaciones sin un nuevo pronunciamiento de la Comisión, institución a la que corresponde el derecho de iniciativa.

13 T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI señaló, en un cuidadoso análisis de esta Sentencia, que el TJCE, precisamente, dejó sin resolver el nudo gordiano del problema planteado. A saber, el grado de discrecionalidad del que goza el Consejo a la hora de adoptar recomendaciones y decisiones en las sucesivas fases del proceso de déficit excesivo. En este sentido, el comisario de economía, Pedro Solbes, criticó tras la reunión del Consejo que la decisión tomada en su seno suponía el paso de un sistema basado en las reglas a otro basado en las decisiones políticas. Pero el TJCE para desestimar el recurso, en lugar de razonar en estos términos, esgrimió un argumento procesal, limitándose a señalar que la no adopción de una Decisión por parte del Consejo no es susceptible de impugnarse por la vía del recurso de anulación, sino por la del de omisión. Cfr. «La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004», *Revista de Estudios Políticos*, 126, 2004, págs. 151-176.

criterio de equilibrio introduciendo factores relevantes que exoneraban de responsabilidad en caso de incumplimiento¹⁴.

En este sentido, el Reglamento (CE) núm. 1055/2005, del Consejo, modificó la vertiente preventiva del PEC e introdujo en el Reglamento (CE) núm. 1466/97 un artículo 2 bis que, con precisión, definió en términos estructurales el objetivo presupuestario a medio plazo de los Estados miembros de la Eurozona y del MTC II¹⁵. Desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1055/2005 el saldo presupuestario de dichos Estados debía situarse entre un déficit del 1% y el equilibrio o el superávit «en términos de ajuste en función del ciclo económico y una vez aplicadas las medidas transitorias y temporales». Por otro lado, se dotó de una nueva redacción al artículo 5, de forma que este precepto recoge desde entonces que el valor de referencia para examinar si un Estado miembro observa adecuadamente la trayectoria de ajuste hacia su objetivo presupuestario a medio plazo, en caso de haberse alejado del mismo, es en términos estructurales de déficit el 0,5% del PIB. En la vertiente preventiva del PEC, sin embargo, la reforma continuó sin prever sanción alguna en caso de incumplimiento de estos objetivos.

La vertiente disuasoria del PEC, regulada en el Reglamento (CE) núm. 1467/97, también fue modificada por el Reglamento (CE) núm. 1056/2005, del Consejo. A pesar de que los valores de referencia para determinar si un Estado miembro incurría en déficit excesivo continuaron definiéndose en términos contables, indirectamente se introdujo un elemento estructural al flexibilizar los supuestos en los cuales el exceso en el déficit podía considerarse excepcional¹⁶. Con ello, se dificultaba, en la práctica, la imposición de sanciones, pues aumentaban los supuestos en los cuales las instituciones comunitarias podían no apreciar la concurrencia de un déficit excesivo.

14 M. ESPARZA OROZ. «El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 2012, pág. 158.

15 El Mecanismo de Tipo de Cambio (MTC II) sustituyó el Sistema Monetario Europeo (SME), que quedó obsoleto desde la introducción del Euro.

16 Desde el año 2005 el Reglamento (CE) núm. 1467/97 sí recoge explícitamente en sus artículos 3.4 5.1 el concepto de déficit estructural, al regular la advertencia del Consejo prevista, hoy en día, en los apartados 7 y 9 del artículo 126 TFUE. De modo tal que el Consejo, en dicha advertencia, pedirá al Estado miembro que logre una mejora anual mínima equivalente al 0,5% del PIB del saldo presupuestario ajustado en función del ciclo, tras deducir las medidas excepcionales y otras de carácter temporal. De este modo, se coordina la vertiente disuasoria del PEC con la preventiva pues ese mismo montante es el considerado tras su reforma de 2005 por el Reglamento (CE) núm. 1466/97 para evaluar la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario de medio plazo en los programas de estabilidad y de convergencia (arts. 5 y 9, respectivamente).

Esta mayor flexibilidad se logró mediante una modificación de la redacción del artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1467/97 que, como norma general, se limitaba originariamente a prever que la superación del valor de referencia debido a una grave recesión económica únicamente era excepcional cuando se registrara, como mínimo, una disminución anual del PIB real del 2%. En 2005 esta condición se elimina, y se habilita a la Comisión y al Consejo para considerar excepcional la superación del valor de referencia en situaciones de grave recesión económica cuando la misma se deriva de «una tasa negativa de crecimiento anual del PIB en volumen» (con independencia de su magnitud) o, yendo un paso más allá, cuando se produzca «un periodo prolongado de muy bajo crecimiento anual del PIB en volumen en relación con su potencial». Por ello la Comisión, a la hora de realizar el informe previsto en el artículo 104.3 TCE (art. 126.3 TFUE) debía tomar en consideración la evolución de las situaciones económicas y presupuestarias a medio plazo. Factores a los que también debía atenderse para declarar la existencia de un déficit excesivo (art. 104.6 TCE) siempre que el déficit general se mantuviese cercano al 3% y su superación se considerase temporal (art. 2.4). Sin embargo, los mismos no podían ser considerados a la hora de derogar las decisiones ya adoptadas en el marco de los apartados 7, 8, 9 y 11 del artículo 104 TCE (art. 2.6).

Por otro lado, la reforma amplió la mayoría de los plazos, salvo el previsto para corregir el déficit excesivo en situaciones normales, que debería seguir consiguiéndose en un plazo de un año desde su identificación salvo que concurriesen circunstancias excepcionales (art. 3.4). Además, se dispuso que dicho plazo pudiese ser ampliado cuando el Estado en cuestión hubiese tomado medidas eficaces para ajustarse bien a la recomendación formulada con arreglo al artículo 107.4 TCE, o bien a la advertencia prevista en el artículo 107.9 TCE. Como vemos, de nuevo hay que diferenciar, y aquí de forma más evidente, entre la adopción de medidas eficaces para ajustarse a las recomendaciones o advertencias del Consejo y, por otro lado, la eficacia de las mismas para superar una situación de desequilibrio excesivo. La posibilidad de prorrogar el plazo para superar dicho desequilibrio procede cuando el Estado hace un esfuerzo por adaptarse a las indicaciones del Consejo, a pesar de que las mismas no produzcan el resultado esperado por aparecer factores económicos adversos, e inesperados, que tienen importantes efectos desfavorables sobre la hacienda pública (arts. 3.5 y 5.2).

La crisis económica, que comenzó a manifestarse con mayor violencia a partir de 2008, dejó, sin embargo, un escaso margen para que el PEC reformado fuese aplicado en un escenario expansivo del ciclo económico. El desequilibrio provocado en las cuentas públicas tanto en España como en la mayoría de los países de la UE

fue notorio y, consecuentemente, inevitable el incumplimiento del marco europeo de control del endeudamiento, amén del nacional. Dentro de la Eurozona, en el año 2009, el Consejo, de conformidad con el artículo 104.6 TCE, declaró la existencia de un déficit excesivo en Grecia, Irlanda, Francia, Eslovenia, Portugal y España, y se dirigieron con arreglo al artículo 104.7 TCE recomendaciones para superarlo¹⁷. El 27 de abril de 2009, concretamente, el Consejo declaró la existencia de un déficit excesivo en España (Decisión 2009/417/CE) y adoptó una recomendación para su corrección a más tardar en 2012, considerando que concurrían circunstancias excepcionales suficientes como para ampliar el plazo de un año previsto, como norma general, en el artículo 3.4 del Reglamento (CE) núm. 1467/97¹⁸. En 2010, llegó el turno de Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Finlandia, Holanda e Italia, cuyo déficit superó asimismo los valores de referencia y recibieron sendas recomendaciones para adopción de medidas urgentes. Y lo mismo aconteció en 2013 con Malta.

En este contexto de abierta crisis, se fraguó el nuevo diseño institucional en la gobernanza económica de la UE, implementado en 2011 a través de los Reglamentos (UE) núms. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011 y 177/2011 y de la Directiva 2011/85/UE. Un nuevo diseño restrictivo y riguroso con el gasto excesivo de las Administraciones Públicas, que iba a incidir sensiblemente sobre la soberanía presupuestaria de los Estados miembros y, en el seno de estos, inevitablemente, sobre la autonomía financiera de los entes subcentrales allí donde, como en

17 También en 2009 se declaró su existencia en Letonia y Lituania, si bien por aquel entonces no pertenecían a la Eurozona. Se incorporaron, respectivamente, en 2014 y 2015, habiéndose puesto en 2013 en ambos Estados fin a esta situación de desequilibrio presupuestario.

18 Posteriormente, con base en el artículo 3.5 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, atendiendo a la aparición de factores económicos adversos y a la consideración de que España había adoptado medidas efectivas para adaptarse las recomendaciones formuladas, el Consejo ha adoptado recomendaciones revisadas que han ampliado sucesivamente el plazo para superar la situación de déficit excesivo. El 2 de diciembre de 2009 se amplió el plazo hasta 2013, el 10 de julio de 2012 se hizo lo propio hasta 2014 y, finalmente, el 21 de junio de 2013 el Consejo consideró que el *deadline* para conseguir la corrección del déficit excesivo debía situarse en 2016, ejercicio que debería cerrarse con un 2,8% de déficit contable en términos de PIB. La última previsión de la Comisión Europea, publicada el 5 de noviembre de 2015, cuestiona la consecución de este objetivo pues estima que en 2016 el déficit contable de España será del 3,6% y que será en 2017 cuando se quede por debajo del 3%, al situarse en un 2,6%. Comisión Europea (2015): *European Economic Forecast Winter 2015*. Además de en España, dentro de la Eurozona continúan abiertos procedimientos de déficit excesivos en Grecia, Irlanda, Francia, Eslovenia, Portugal y Chipre.

el caso de España, existe una marcada descentralización del poder político y del gasto público en los entes subcentrales. A su análisis dedicamos los siguientes epígrafes.

2. EL REFORZAMIENTO DEL PODER SANCIONADOR DE LA UE EN EL MARCO DE LA NUEVA GOBERNANZA ECONÓMICA Y LA REFORMA DEL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO (PEC)

El nuevo marco normativo europeo se ha articulado, como es sabido, a través de instrumentos con distinto propósito y diferente naturaleza. Es interesante discernir entre aquellos instrumentos configurados para asistir financieramente a los Estados miembros que atraviesan dificultades económicas, y que no hacen sino constatar las dificultades prácticas que entraña el desarrollo de una cláusula de no rescate¹⁹, y aquellos otros que persiguen vigilar con mayor intensidad la política económica de los Estados, con el propósito de evitar que se produzcan o acrecienten sus desequilibrios presupuestarios y macroeconómicos.

En la presente comunicación nos interesan estos últimos y, fundamentalmente, el denominado «six pack», conformado por cinco reglamentos y una directiva

19 Entre estos instrumentos destaca el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), constituido por un Tratado Internacional cuyo instrumento de ratificación se publicó en el BOE el 4 de octubre de 2012, una vez que las Cortes Generales autorizaron la misma tal y como dispone el artículo 94 CE. Con anterioridad, para que los Estados miembros de la zona euro pudiesen aprobar este instrumento de estabilidad, fue modificado el artículo 136 TFUE por Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011. Sobre la validez de esta reforma es ineludible hacer referencia al Caso *Pringle*, cuestión prejudicial resuelta por STJUE de 27 de noviembre de 2012. En contra de lo dispuesto por el TJUE en dicha Sentencia (párrafo 65), E. LINDE PANIAGUA ha manifestado que, en su opinión, no existía un impedimento jurídico para que la articulación de un mecanismo de estabilidad tuviese lugar al margen del ordenamiento de la UE, cabiendo en última instancia el recurso a la técnica de la cooperación reforzada (arts. 326 y siguientes TFUE). Cfr. «La mutación de la Unión Europea y su Derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 23, 2012, págs. 91-92. También conviene recordar que en el rescate financiero griego, portugués e irlandés jugaron un papel relevante el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF), que desde el 30 de junio de 2013 no puede participar en nuevos programas de auxilio, y el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF). Este último fue regulado por el Reglamento (UE), núm. 407/2010, del Consejo, y modificado recientemente por el Reglamento (UE) 2015/1360, del Consejo, después de que el MEEF fuese utilizado para prestar asistencia financiera a corto plazo a Grecia (*bridge loan*) en julio de 2015.

aprobados en 2011 que constituyen el primer paquete de disposiciones que reforzó la coordinación presupuestaria de los Estados miembros, introdujo nuevas obligaciones a los Estados de la eurozona y facilitó la imposición de sanciones a estos en caso de incumplimiento.

Posteriormente, el «six pack» ha sido completado por el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (TECG o «Fiscal Compact») de 2012²⁰ y el «two pack» de 2013, integrado por el Reglamento (UE) núm. 472/2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre riesgo de experimentar graves dificultades, y por el Reglamento (UE) núm. 473/2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro²¹. Dichas normas entraron en vigor el 30 de mayo de 2013, dando forma al

20 Tratado internacional cuya ratificación exigió, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 CE, la previa autorización de las Cortes por Ley Orgánica (LO 3/2012, de 25 de julio). El Tratado entró en vigor el 1 de enero de 2013 y ha sido suscrito y ratificado por todos los miembros de la UE, con la excepción de Reino Unido y la República Checa. Tampoco ha sido ratificado por Croacia, que se incorporó a la Unión el 1 de julio de 2013. Si bien está prevista su incorporación al ordenamiento jurídico de la UE en un plazo de cinco años desde su entrada en vigor (art. 16 TECG). Los compromisos más relevantes asumidos por estos 25 Estados los desarrollaremos a lo largo de este trabajo, cuando se encuentren estrechamente relacionados con otras cuestiones abordadas. En cualquier caso, autorizada doctrina ha señalado que el TECG no era necesario, en modo alguno, desde un punto de vista legal. Bien porque las obligaciones que el mismo contiene ya eran exigibles conforme a la normativa europea o bien porque podían adoptarse fácilmente a través de modificaciones de ésta dentro del marco de la Unión. Aunque es cierto que la ratificación del TECG permite a los Estados justificar más fácilmente sus contribuciones al MEDE de cara a su opinión pública interna –desde el 1 de marzo de 2013 la recepción de ayudas del MEDE está condicionada a la ratificación del TECG, tal y como dispone el Considerando 5 del TMEDE-. Cfr. PEERS, Steve «The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?». *European Constitutional Law Review*, 8, 2012, pág. 441.

21 El Reglamento (UE) núm. 472/2013, aplicable en aquellos Estados que experimenten graves dificultades desde el punto de vista de su estabilidad financiera o hayan solicitado o recibido ayuda financiera, desplaza la mayoría de previsiones contenidas en el *six pack* y en el Reglamento (UE) núm. 473/2013 (arts. 10 a 13). España, sin embargo, a pesar de haber recibido auxilio financiero del MEDE, no está obligada a presentar el programa de ajuste macroeconómico que regula el Reglamento y solo debe someterse al sistema de supervisión post-programa previsto en el artículo 14 del mismo hasta que reembolse el 75% de la ayuda recibida. Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (UE) núm. 472/2013, de 6 de febrero de 2014. En 2015, una vez finalizados los rescates en Portugal e Irlanda, los únicos Estados miembros

puzle normativo con el que se pretende garantizar, a través del máximo rigor fiscal, el equilibrio presupuestario en los Estados miembros²². Sin embargo, también hay quien ha señalado que se trata de un compendio demasiado amplio de normas, cada vez más sofisticadas, que cambian constantemente y cuya consistencia entre ellas no está siempre garantizada²³.

En las páginas que siguen analizaremos, en primer lugar, las novedosas sanciones previstas en caso de que un Estado miembro se aleje de sus objetivos presupuestarios a medio plazo. Con posterioridad se abordará el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento de una nueva obligación, como lo es la de eludir la aparición de desequilibrios macroeconómicos excesivos. En tercer lugar, estudiaremos las novedades introducidas en el componente disuasorio del PEC, donde quizás las novedades sean menos notorias. Por último, centraremos nuestra atención en una sanción, también innovadora, consistente en una multa de hasta el 0,2% del PIB, pero que responde a una lógica diferente al resto. Y es que mientras el supuesto de hecho de las demás sanciones previstas en la vertiente preventiva y la vertiente disuasoria del PEC es el incumplimiento, por parte de un Estado de la eurozona, de las recomendaciones o advertencias del Consejo relativas a sus compromisos económicos, dicha sanción se impone directamente si dichos Estados tergiversan, deliberadamente o con negligencia grave, sus estadísticas contables.

2.1. Incumplimiento de los objetivos de déficit estructural y sistema represivo

La vertiente preventiva del PEC, desarrollada en el Reglamento (CE) núm. 1466/97, ha sido modificada por el Reglamento (UE) núm. 1175/2011 en lo que respecta a los objetivos presupuestarios a medio plazo y a los programas de estabilidad, incorporándose, además, el conocido como semestre europeo y, en parte, por el TECG.

El objetivo presupuestario a medio plazo fue introducido en la reforma de 2005 del Reglamento (CE) núm. 1466/97, que introdujo un artículo 2 bis en el que

que han debido presentar un programa de ajuste económico han sido Grecia y Chipre. El Reglamento (UE) núm. 473/2013 sí introduce alguna previsión adicional al *six pack* que será comentada llegado el momento.

22 C. CLOSA MONTERO. «Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea». *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, pág. 67.

23 J. L. ESCRIVÁ. «Retos en el marco de gobernanza fiscal de la UE». Conferencia impartida en la IV Jornada de Auditoría del Sector Público, celebrada el 5 de mayo de 2016 en Madrid.

constaba que el saldo presupuestario de los Estados miembros debía situarse entre un déficit estructural del 1% y el equilibrio o el superávit. Aunque la redacción del Reglamento a este respecto se mantiene inalterada tras la reforma de 2011, la entrada en vigor del TECG el 1 de enero de 2013 concretó este intervalo para los 25 Estados que lo ratificaron, de forma que el déficit estructural máximo en el que podrán incurrir las Partes Contratantes del Tratado será del 0,5% del PIB, ampliable al 1% cuando el nivel de deuda, en términos de PIB, esté muy por debajo del 60% (art. 3)²⁴. La reforma del Reglamento (CE) 1466/97 en 2011 sí ha alterado el plazo ordinario para la revisión del objetivo presupuestario a medio plazo, que se ha reducido de cuatro a tres años, y existe la obligación de que dicho objetivo se coordine con los marcos presupuestarios nacionales a medio plazo, de conformidad con otro de los instrumentos normativos del *six pack*: la Directiva 2011/85/UE, del Consejo, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

Como el objetivo de estabilidad presupuestaria se integra en el programa de estabilidad, las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de este objetivo deben ser estudiadas en el marco de dicho programa. En 2011 el contenido de los programas de estabilidad ha sido alterado de modo que la nueva redacción del artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 1466/97 impone contenidos adicionales²⁵ y el artículo

24 El artículo 3.1 c) TECG prevé, adicionalmente, la posibilidad de desviarse temporalmente de objetivo a medio plazo, o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo, en situaciones excepcionales. Es decir, cuando concurre un acontecimiento inusual que esté fuera de control de la Parte Contratante y tenga gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas, o en aquellos períodos de grave recesión económica, siempre que la desviación temporal no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo (art. 3.3 TECG). Dicha previsión consta de forma prácticamente mimética en el actual artículo 6.3 del Reglamento (CE) 1466/97, que permite a la Comisión no considerar en estos supuestos la desviación del objetivo presupuestario a medio plazo. También guarda similitud esta redacción con la prevista desde 2011 en los artículos 3.5 y 5.2 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, regulador de la vertiente disuasoria del PEC. En este cuerpo normativo, sin embargo, la introducción de la «excepcionalidad» está justificada porque el valor de referencia del déficit, en el marco del PDE, está fijado en términos contables. No obstante, los criterios de flexibilidad previstos en el TECG y en el Reglamento (CE) núm. 1466/97, quedan justificados si atendemos a que, para el cálculo del déficit estructural, la única categoría de gasto sensible al ciclo que se tiene en consideración son las prestaciones por desempleo (Anexo II de la Orden ECC 2741/2012, de 20 de diciembre).

25 Los programas de estabilidad, además de recoger el objetivo presupuestario a medio plazo, deben contener desde 2011 información sobre las obligaciones implícitas relacionadas con el envejecimiento de la población y sobre los pasivos contingentes que puedan tener una gran incidencia sobre las cuentas públicas (como las garantías públicas entre los que se encontrarían, por ejemplo, los Esquemas de Protección de Activos suscritos en favor de la banca o los avales otorgados por el Estado español, a

4 incorpora la exigencia de presentación del programa antes del treinta de abril de cada año. Y según el artículo 4 Reglamento (UE) núm. 473/2013, los Estados miembros de la eurozona también deben presentar antes de esta fecha su programa nacional de reforma y su plan fiscal nacional a medio plazo de conformidad con su marco presupuestario a medio plazo²⁶.

Una vez presentado el programa de estabilidad, si el Consejo considera que el mismo es insuficiente, y que es necesario reforzar sus objetivos y medidas, invitará al Estado miembro para que lo ajuste (nuevo art. 5.2 Reglamento (CE) núm. 1466/97). En el caso de no ser atendida esta invitación del Consejo, sin embargo, la reforma no ha incorporado la posibilidad de imponer una sanción, a diferencia de lo previsto, como veremos, en relación a los planes de medidas correctoras [art. 8 Reglamento (UE) núm. 1176/2011 en conexión con el art. 3.1 Reglamento (UE) núm. 1174/2011].

La sanción, en cambio, si podrá imponerse cuando, una vez aprobado el programa de estabilidad, se perciba que el Estado miembro se desvía de forma significativa de su trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo. Como señalamos *up supra*, desde su entrada en vigor, el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1466/97 facultaba al Consejo, en caso de que detectara desviaciones importantes de la situación presupuestaria respecto del objetivo presupuestario a medio plazo²⁷, para formular recomendaciones que tratasen de impedir la aparición

través del FEEF, sobre las emisiones de deuda griega). Especial interés merece la necesidad de informar sobre la coherencia de estos programas con las OGPE y el programa nacional de reformas, a los que nos hemos referido en la nota anterior relativa al semestre europeo.

26 El 30 de abril de 2015 España aprobó su programa de Estabilidad para el periodo 2015-2018 y lo remitió, junto con el Plan Nacional de Reformas, a la Comisión Europea. Como el Programa de Estabilidad es el documento esencial por el que se diseña la política fiscal en el corto, medio y largo plazo, el mismo tiene la consideración de plan fiscal a medio plazo al que hace referencia el artículo 4 del Reglamento (UE) núm. 473/2013, tal y como recoge *in fine* el primer apartado de dicho precepto. Ministerio de Economía (2014): *Actualización del Programa de Estabilidad 2014-2017*.

27 Para valorar si un Estado se ha separado de forma significativa de su objetivo de estabilidad presupuestaria, desde el año 2011, debe tomarse como punto de referencia su saldo estructural y analizarse el cumplimiento de la conocida como «regla de gasto», que vincula la evolución del gasto público a la tasa de crecimiento del PIB potencial a medio plazo (art. 5.1, párrafo tercero, Reglamento (CE) núm. 1466/97). La regla de gasto constituye un complemento útil a la limitación del déficit estructural, por facilitar el ahorro de los ingresos extraordinarios, si bien no garantiza por sí misma un escenario de equilibrio presupuestario. Cfr. P. HERNÁNDEZ DE COS y J.J. PÉREZ. «Reglas fiscales, disciplina presupuestaria y corresponsabilidad fiscal», *Papeles de economía española*, 143, 2015, pág. 178. J.F. BELLÓN REDONDO. «Techo de gasto y estabilidad presupuestaria», *Presupuesto y gasto público*, 65/2011, 2011, págs. 101-102.

de un déficit excesivo en los Estados miembros incumplidores. Sin embargo, como es sabido, el rasgo característico de las recomendaciones ha sido, tradicionalmente, su carencia de obligatoriedad, hasta el punto de que parte de la doctrina les había negado su naturaleza jurídica y otros autores, manteniéndoles su consideración de norma jurídica, no creían que cupiese con fundamento en su incumplimiento la imposición de sanciones directas²⁸.

No obstante estas objeciones, para superar la problemática que acabamos de apuntar, tras la reforma de 2011 la nueva redacción del artículo 6.2 del Reglamento (CE) 1466/97 prevé un sinuoso sistema, similar al previsto en el artículo 126 TFUE en el marco disuasorio del PEC. De forma que, en primer lugar, en caso de que un Estado se desvíe significativamente de su objetivo presupuestario a medio plazo, el Consejo puede recomendarle que adopte una serie de medidas en un plazo de cinco meses, o de tres si la situación es especialmente grave y requiere medidas urgentes. Si dicha recomendación no es atendida, la Comisión –que puede realizar misiones de supervisión «in situ» al amparo del artículo 11 tanto para que el Consejo adopte una recomendación como una decisión²⁹– instará inmediatamente al Consejo para que adopte, por mayoría cualificada, una decisión en que se constate dicho incumplimiento³⁰. Y una vez adoptada esta decisión, si el Estado sigue sin cumplir eficazmente las medidas en ella indicadas, cabe la imposición de sanciones con base en los artículos 4 y 5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro.

28 A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS Cfr. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pág. 385.

29 Medida también prevista en la vertiente disuasoria del PEC, desde 2011, en el artículo 10 bis del Reglamento (CE) núm. 1467/97. La misma procede, sin embargo, para supervisar si se han tomado las medidas efectivas advertidas por el Consejo no por recomendación sino mediante una decisión (art. 6.1 Reglamento (CE) núm. 1467/97).

30 Si no se consigue esta mayoría en el Consejo, la Comisión, transcurrido un mes desde su primera recomendación, recomendará de nuevo al Consejo para que adopte una decisión con el mismo contenido. Si bien ahora la misma se entiende aprobada salvo que sea rechazada, en un plazo de diez días, por mayoría simple [art. 6.2 párrafo quinto del Reglamento (UE) núm. 1466/97]. Como vemos, se ha previsto aquí un sistema de mayoría inversa para la adopción de esta decisión. Tras la reforma de 2011, y con los matrices que estudiaremos, este es el principio general que rige para la adopción de decisiones en los Reglamentos (UE) núms. 1173/2011 y 1174/2011 que hacen referencia, sin embargo, a la imposición de la propia sanción, y no a la aprobación de las decisiones que contienen medidas cuya no observancia abre la puerta al momento represivo.

En efecto, según el artículo 4 del citado Reglamento procederá la constitución de un depósito, si bien remunerado, equivalente al 0,2% del PIB. Adicionalmente, el artículo 5 del Reglamento dispone que si el Consejo decide con posterioridad, conforme al artículo 126.6 TFUE, que existe un déficit excesivo en un Estado miembro que ha constituido un depósito con intereses, la Comisión recomendará al Consejo que dicho depósito deje de estar remunerado. En ambos preceptos (arts. 4.2 y 5.2), el Reglamento (UE) núm. 1173/2011 facilita la imposición de las sanciones en caso de incumplimiento al adoptar un sistema de mayoría inversa, de forma que el depósito solo puede eludirse cuando el Consejo, por mayoría cualificada, decide rechazar en el plazo de diez días la recomendación de la Comisión que exige su constitución.

Tras la reforma, sin embargo, subsisten dudas respecto a si el Consejo, a la hora de rechazar la recomendación de la Comisión por la citada mayoría, puede actuar con discrecionalidad o su actuación está reglada. La misma duda se suscita en la vertiente disuasoria del PEC, y debe recordarse que, a este respecto, el TJCE eludió pronunciarse sobre el fondo del asunto en su Sentencia de 13 de julio de 2004. Sin embargo, en el marco del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 sí encontramos algunos elementos que permiten reducir, si bien indirectamente, el margen de discrecionalidad del Consejo. En primer lugar, la previsión de un sistema de mayoría inversa, además de facilitar la imposición de sanciones, favorece el control de los motivos por los cuales el Consejo decida, en su caso, rechazarlas, puesto que los artículos 4.2 y 5.2 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 exigen pronunciamiento expreso de rechazo por parte de los representantes de los Estados. En segundo lugar, además, por lo que respecta a la sanción consistente en no remunerar el depósito, el artículo 5.4 del Reglamento faculta a la Comisión para que, una vez adoptada la sanción por el Consejo, pueda apreciar si concurren circunstancias económicas excepcionales que justifican su cancelación o reducción, recomendando en ese caso al Consejo que adopte una decisión por la que la cancele o reduzca. Es decir, el Reglamento entiende que el momento procedimental para discutir si concurren circunstancias económicas excepcionales que desaconsejen la sanción es posterior a su adopción y no antes, ya que lo que se discute es si la concurrencia de estas circunstancias aconseja reducir o cancelar la sanción, no si las mismas impidieron al Estado miembro ajustarse a las medidas recomendadas por el Consejo. Y siempre, a propuesta de la Comisión, que es a la institución a la que corresponde aquí el poder de iniciativa, lo que excluiría la toma en consideración de estas circunstancias por el Consejo.

El artículo 8 TECG también prevé la posibilidad de imponer una multa de hasta el 0,1% del PIB, que se destinará al MEDE o al presupuesto general de la UE en función de si la Parte Contratante que la abona pertenece a la zona euro o

no, respectivamente. Sin embargo, la imposición de esta sanción no la provoca la desviación por parte de un Estado signatario de los objetivos presupuestarios, sino la falta de incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de las disposiciones previstas en el artículo 3.1 TECG en normas de rango *preferentemente* constitucional. Además, a diferencia del sistema previsto en el Reglamento (UE) núm. 1173/2011, la imposición de la sanción no corresponde al Consejo sino al TJUE, a través de un procedimiento que, como el previsto en los artículos 258-260 TFUE, exige un doble incumplimiento («manquement sur manquement») por parte del Estado demandado.

Por último, el Reglamento (UE) núm. 1175/2011 incorporó a la vertiente preventiva del PEC el denominado semestre europeo [art. 2 bis del Reglamento (CE) núm. 1466/97], que se desarrolla en los seis primeros meses del año e implica la formulación y supervisión de las orientaciones generales de política económica (OGPE) previstas en el artículo 121.2 TFUE y de las orientaciones en materia de empleo del artículo 148.2 TFUE. Durante su desarrollo se presentan y evalúan los programas de estabilidad y los programas nacionales de reforma, y existe la obligación de coordinar el semestre europeo con la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, en los términos previstos en el Reglamento (UE) núm. 1176/2011, sobre la prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos. Teniendo todo ello en consideración, en el marco del semestre europeo, el Consejo acuerda las recomendaciones definitivas por país, que deben ser observadas por los Estados miembros a la hora de adoptar decisiones sobre los presupuestos nacionales de los siguientes ejercicios³¹. Lo cual supone, sin duda, un intento de federalización del ciclo presupuestario que había sido hasta ahora indudablemente nacional.

2.2. *Un nuevo supuesto de hecho sancionable: la aparición de desequilibrios macroeconómicos excesivos*

En la vertiente preventiva del PEC, el Reglamento (UE) núm. 1174/2011 ha incorporado al sistema de gobernanza económica europea una nueva medida

31 Este sistema de supervisión se vio reforzado con la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 473/2013, que impone en su artículo 6 a los Estados de la Eurozona la remisión a la Comisión y al Eurogrupo de sus planes presupuestarios para el siguiente ejercicio antes del 15 de octubre. La Comisión evaluará anualmente dichos planes antes del 30 de noviembre y, en caso de que constate que se incumplen de forma especialmente grave las obligaciones presupuestarias establecidas en el PEC, solicitará la presentación de uno nuevo (art. 7). En este supuesto no está prevista la aplicación de sanciones en caso de que se produzca un segundo incumplimiento por parte de un Estado.

sancionadora adicional a las previstas en los artículos 4 y 5 del Reglamento (UE) 1173/2011. Su aplicación procede en caso de que un Estado de la eurozona incumpla las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos, regulados en el Reglamento (UE) 1176/2011, que como hemos señalado se encuentra coordinado con el semestre europeo.

El Reglamento (UE) núm. 1176/2011 prevé, en primer lugar, un mecanismo de alerta, que permite a las instituciones europeas conocer detalladamente la situación macroeconómica de los Estados miembros mediante el análisis de una serie de indicadores, tales como el nivel de endeudamiento de la economía –público y también privado–, la evolución del crédito, del saldo por cuenta corriente en la balanza de pagos³², de los tipos de cambio reales, de los distintos elementos de la productividad o de la evolución del mercado financiero (art. 4). Y si bien no procede una lectura mecánica de estos indicadores (art. 3.2), su análisis es ineludible para concluir si en un Estado miembro existe un desequilibrio macroeconómico. Si a juicio de la Comisión, tras su análisis, un Estado miembro presenta desequilibrios macroeconómicos, o está expuesto al riesgo de padecerlos, someterá a dicho Estado a un examen exhaustivo (IDR, «in depth review») para determinar si los desequilibrios son excesivos o no (art. 5)³³.

En el supuesto de que la Comisión considere que en un Estado existe un desequilibrio excesivo, el Consejo, basándose en una recomendación de la Comisión, podrá constatar la existencia de dicho desequilibrio y recomendar la adopción de medidas correctoras (art. 7). La Comisión puede recurrir a misiones de supervisión

32 El desequilibrio también se produce cuando un Estado miembro acumula amplios y continuos superávits, como es el caso de Alemania. En estos casos, la Comisión debería asegurarse de que se aplican medidas que contribuyan a fortalecer la demanda interna, con la finalidad de dinamizar la economía europea en su conjunto. Cfr. Consejo Económico y Social (2016): *Informe 01/2016: Análisis de la gobernanza económica de la Unión Europea*, pág. 46.

33 El artículo 2 del Reglamento (UE) núm. 1176/2011 establece la diferencia entre desequilibrios excesivos y aquellos que no lo son, de forma que será excesivo cuando comprometan, o puedan comprometer, el correcto funcionamiento de la UEM con independencia de que se produzcan en un Estado de la eurozona. En 2015 fueron cinco los Estados en los que la Comisión consideró que existía un desequilibrio macroeconómico excesivo: dentro de la eurozona Francia, Portugal e Italia y, fuera de ella, Bulgaria y Croacia. En febrero de 2015 la Comisión concluyó que en España los desequilibrios macroeconómicos no eran excesivos, pero nuestro Estado sí debía someterse a una monitorización especial y afrontar acciones decisivas en sus políticas. Este especial seguimiento se encuadra en el sistema de supervisión post-programa que, como ya hemos visto, se encuentra previsto en el artículo 14 del Reglamento (UE) núm. 472/2013.

reforzada «in situ» para cerciorarse de que el Estado está adoptando las recomendaciones acordadas por el Consejo con base en el artículo 7 (art. 13.2), pero el incumplimiento de las mismas no lleva asociada ninguna sanción. No obstante, dichas medidas serán tenidas en consideración por el Estado a la hora de elaborar el plan de medidas correctoras, que a su vez deberá ser coherente con las OGPE y con las orientaciones en materia de empleo, a las que ya nos hemos referido en el marco del semestre europeo (art. 8)³⁴.

Si el Consejo, por recomendación de la Comisión, considera insuficientes las medidas o el calendario previsto en el plan de medidas correctoras, dirigirá una recomendación al Estado miembro para que presente un nuevo plan de medidas correctoras en plazo de dos meses. El primer elemento represivo al que debemos hacer referencia en este contexto se produce si dicho Estado pertenece a la eurozona y el Consejo vuelve a considerar insuficiente el programa presentado por el Estado. En tales casos procederá la imposición de una multa del 0,1% del PIB, de conformidad con el artículo 3.2.a) del Reglamento (UE) núm. 1174/2011.

Como indicamos «ut supra», tradicionalmente el rasgo característico de una recomendación ha sido la carencia de obligatoriedad, de forma que anudar una sanción a su mera inobservancia no hace sino confirmar la tesis ya sostenida por Linde Paniagua en 1999, cuando subrayó que en el marco de la política económica y monetaria se había producido una mutación de la recomendación como instrumento normativo, pues, pese a su forma externa, las mismas podían contener medidas y producir efectos que las aproximaban a las directivas o a las decisiones³⁵. En esta línea se ha pronunciado más recientemente De Witte, para quien la crisis del euro

34 Llama la atención que en ninguno de los Estados enumerados en la nota anterior se ha abierto un procedimiento de desequilibrio excesivo. Dentro de los Estados que presentan desequilibrios excesivos, y aunque no se deduzca directamente del tenor literal del Reglamento, la Comisión ha diferenciado entre dos categorías: aquellos que requieren una especial monitorización y la necesidad de adoptar acciones decisivas en su políticas y aquellos en los que, además, procede abrirse el procedimiento de desequilibrio excesivo previsto en los artículos 7 a 12 del Reglamento (UE) núm. 1176/2011.

35 E. LINDE PANIAGUA. «Las recomendaciones en el marco de la política económica y monetaria: un ejemplo de mutación normativa» cit., págs. 393-394. En cualquier caso, de forma más amplia J. DE MIGUEL BÁRCENA ha señalado que esta mayor coordinación macroeconómica se ha convertido en un fuerte mecanismo disciplinante y ha condicionado las políticas que pueden desarrollar los Estados miembros en el ámbito de sus competencias. Cfr. *El Gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional*, cit., pág. 121.

ha provocado una regulación legal híbrida que combina herramientas de «softlaw» con reglas sancionadoras³⁶.

En caso de que el plan de medidas correctoras sea pertinente, será respaldado por el Consejo por recomendación, y la inobservancia de ésta también puede provocar la imposición de medidas represivas, de forma que cuando el Consejo considere que un Estado miembro no ha tomado las medidas correctoras recomendadas, adoptará una decisión en la que se constate el incumplimiento. Además, si el Estado incumplidor lo es de la eurozona, el Consejo adoptará una segunda decisión en la que impondrá a dicho Estado un depósito con intereses del 0,1% del PIB [art. 3.1 Reglamento (UE) núm. 1174/2011]³⁷. Y si el incumplimiento persiste y el Consejo adopta consecutivamente una segunda decisión en el mismo procedimiento por desequilibrio, dicho depósito se convertirá en una multa anual [art. 3.2 b) Reglamento (UE) núm. 1174/2011]. Sin embargo, a pesar de que en estos dos supuestos la sanción se impone tras la aprobación de una decisión por parte del Consejo, la misma se fundamenta en la no adopción, con eficacia, de unas medidas incluidas en la recomendación que resultan, por ello, de obligado cumplimiento. Es decir, también en el supuesto de los artículos 3.1 y 3.2 b) del Reglamento (UE) núm. 1174/2011 se plantea el problema de una posible mutación de la recomendación como instrumento normativo.

2.3. *La reforma de la vertiente disuasoria del PEC*

En la reforma de 2011, la vertiente preventiva del PEC incorporó medidas sancionadoras de las que carecía, pero también fue modificada con dicho objeto

36 B. DE WITTE. «Euro Crisis Responses and EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?», *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, pág. 442. El autor sostiene, no obstante, que la crisis del euro no ha provocado una mutación constitucional profunda en el sistema legal de la UE. Simplemente ha profundizado las diferencias existentes entre la normativa propia de la UEM y el resto de áreas del ordenamiento jurídico comunitario.

37 La adopción de ambas decisiones es simultánea en el tiempo y en ambas rige un sistema de mayoría inversa para su aprobación, de forma que la misma se entiende adoptada salvo que el Consejo lo rechace por mayoría cualificada en un plazo de diez días. Si bien, en las votaciones sobre la imposición de medidas sancionadoras solo participarán los miembros del Consejo que representen Estados cuya moneda es el euro [art. 5 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011]. Y en cualquier caso, como es la tónica habitual, sin tener en consideración el voto del miembro del Consejo que represente al Estado miembro que se trate. Respecto a la discrecionalidad del Consejo a la hora de imponer estas sanciones debe ser señalado, al igual que hicimos al analizar el artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, que es posterior el momento procedural para cancelar o reducir las mismas cuando concurren circunstancias económicas excepcionales [art. 3.6 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011].

la vertiente disuasoria, en este caso por el Reglamento (UE) núm. 1177/2011, del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97³⁸.

Tras la reforma, el modelo de gobernanza económica mantiene una definición flexible a la hora de determinar si un Estado ha incumplido el criterio del déficit contable de cara a la declaración de la existencia de un déficit excesivo. Sin embargo, la reforma de 2011 da una nueva redacción al artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, en el que inserta un apartado 1 bis que completa la indeterminada redacción del artículo 126.2 TFUE respecto al criterio de la deuda en el procedimiento de déficit excesivo (PDE), considerando que la proporción entre deuda pública y PIB se reduce «suficientemente» cuando dicho ratio disminuya a un ritmo de un 5% anual durante 3 ejercicios, bien sea durante los tres años anteriores o bien durante el actual y los dos siguientes siempre que las previsiones presupuestarias de la Comisión indiquen que se producirá dicha reducción. En este mismo orden de cosas, el Reglamento especifica que la Comisión, a la hora de elaborar el informe previsto en el artículo 126.3 TFUE, también tendrá en cuenta la evolución de la situación de la deuda pública a medio plazo, junto con la de la situación económica y presupuestaria (art. 2.3). Además, como ya advertimos, no debe pasarse por alto la modificación del artículo 2.4 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, que ha flexibilizado en mayor medida la apertura de un PDE sobre el criterio del déficit. De suerte que, desde 2011, deben ser tenidos en consideración los factores del artículo 2.3 incluso en situaciones en las cuales el nivel de déficit no se encuentra próximo al 3%, siempre que el nivel de deuda no rebase el 60% del PIB.

Por otra parte, la nueva regulación de los artículos 3.4 bis y 5.1 bis del Reglamento (CE) núm. 1467/97 prevén la obligación del Estado miembro incumplidor de suministrar información sobre las medidas tomadas en respuesta a las recomendaciones del Consejo, previstas en los apartados 7 y 9 del artículo 126 TFUE³⁹.

38 En opinión de alguna doctrina, la reforma del sistema de gobernanza económica de 2011 ha incidido mayoritariamente en los mecanismos preventivos del PEC, en tanto que el componente represivo del mismo solo ha resultado discretamente reforzado. En este sentido, A. WEBER, «Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la unión monetaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 2013, pág. 46.

39 La presentación de este informe coincidirá en el tiempo con la presentación del programa de asociación económica previsto en el artículo 9 del Reglamento (UE) núm. 473/2013. Una norma que completa el PEC y que permite una monitorización más estrecha de aquellos Estados Miembros incursos en un PDE (arts. 9-12). España, que en el momento de aprobarse este Reglamento ya se encontraba incursa en un PDE, presentó el 1 de octubre de 2013 un programa de asociación económica, en el que describía las reformas presupuestarias estructurales para lograr una corrección eficaz y

Consiguentemente, a la hora de que el Consejo decida si se han adoptado o no dichas recomendaciones, tendrá en cuenta los informes del Estado y, en el supuesto de la advertencia del artículo 126.9 TFUE, del resultado de la misión de supervisión «*in situ*» llevada a cabo por la Comisión de conformidad con el artículo 10 bis (arts. 4.2 y 6.1).

De forma previa a que el Consejo decida sobre la observancia de las recomendaciones dictadas en el marco de los apartados 7 y 9 del artículo 126 TFUE, la Comisión podrá realizar una recomendación autónoma, con base en el artículo 11.2 del Reglamento (UE) núm. 473/2013. Cuando la Comisión aprecie la existencia de riesgo de incumplimiento del plazo para la corrección del déficit excesivo, dirigirá una recomendación al Estado miembro en riesgo, bien para que aplique las medidas previstas en la recomendación (art. 126.7) o en la decisión (art. 126.9) del Consejo, bien para que adopte otras medidas, o bien para ambas cosas. El 9 de marzo de 2016 la Comisión, apoyándose en este precepto, realizó una recomendación a España para tratar de garantizar la corrección en plazo de su déficit excesivo, de conformidad con la Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013 a la que ya nos hemos referido⁴⁰.

duradera del déficit excesivo (arts. 9.3 y 17.3). El dictamen del Consejo previsto a este respecto en el artículo 9.4, quedó aprobado el 10 de diciembre de 2013. El artículo 5 TECG también obliga a las Partes Contratantes a elaborar, cuando sean objeto de un PDE, un programa de colaboración presupuestaria y económica. Sin embargo, tanto éste como el programa de asociación económica previsto en el Reglamento (UE) núm. 473/2013 tienen un contenido semejante, pues ambos deben recoger las reformas estructurales que deben adoptarse a fin de garantizar una corrección efectiva y duradera de su déficit excesivo. Por ello entendemos que la previsión contenida en el artículo 5 TECG *de facto* solo obliga a aquellos Estados suscriptores del Tratado y no pertenecientes a la eurozona (en donde será de aplicación el Reglamento antedicho). Por las mismas razones, una vez considerado el artículo 8 del Reglamento (UE) núm. 473/2011, que regula la obligación de los Estados de informar sobre sus planes nacionales de emisión de deuda, creemos de nuevo que el artículo 6 TECG, en la práctica, es aplicable exclusivamente a las Partes Contratantes que no han adoptado el euro como moneda.

40 La Comisión recomendó entonces a España que utilizase plenamente las herramientas, preventivas y correctivas, previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas procedió, en consecuencia, el 1 de abril de 2016, a retener los recursos del sistema de financiación autonómico de Extremadura y Aragón para garantizar el cobro de las facturas de sus proveedores (art. 20.6 LOEPSF). Adicionalmente, el 6 de abril de 2016, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas compelió por vez primera a once CCAA a aprobar la correspondiente retención de créditos, con base en el artículo 25.1.a) LOEPSF, al haber incumplido en el año 2015 los objetivos de estabilidad presupuestaria fijados en sus respectivos planes de ajuste.

Además, en virtud del artículo 12.3 del mencionado Reglamento, la Comisión tendrá en cuenta el cumplimiento de su propia recomendación autónoma a la hora de indicar al Consejo si procede revisar, o no, la advertencia formulada por el propio Consejo con base en los apartados 7 o 9, respectivamente, del artículo 126 TFUE. E igualmente la tendrá en consideración a los efectos de sugerir que el Consejo adopte las medidas previstas en el artículo 126.8 y 11. De forma que la Comisión, teniendo en consideración su propia recomendación autónoma de 9 de marzo de 2016 y la Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013, propuso a su vez al Consejo que adoptase una decisión por la que reconociese que España no había adoptado medidas efectivas para atajar su situación de desequilibrio presupuestario excesivo. Y el Consejo así lo reconoció por Decisión de 12 de julio de 2016, con base en el artículo 126.8 TFUE⁴¹.

Desde el año 2011, cuando el Consejo decide con base en el artículo 126.8 TFUE que un Estado de la Eurozona no ha adoptado las medidas recomendadas en el artículo 126.7 TFUE, se puede imponer al mismo una multa irrecuperable del 0,2% del PIB. Así lo establece el ya mencionado Reglamento (UE) núm. 1173/2011. Recordemos que dicho cuerpo normativo preveía, en su artículo 4, la posibilidad de obligar a constituir un depósito remunerado del 0,2% del PIB a los Estados de la eurozona que no siguiesen las recomendaciones del artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1466/97. El artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 dispone, además, que ese depósito dejará de producir intereses si el Consejo decide, con base en el artículo 126.6 TFUE, que en dicho Estado existe un déficit excesivo. Pues bien, adicionalmente, el artículo 6.1 dispone que cuando el Consejo decida, con base en el artículo 126.8 TFUE, que un Estado de la eurozona no ha adoptado las medidas recomendadas en virtud del artículo 126.7 TFUE, se impondrá al mismo una

41 Cuando el Consejo decide sobre las propuestas o recomendaciones de la Comisión, formuladas en el marco de un PDE por incumplimiento del criterio de déficit, y el incumplidor es un Estado de la eurozona, los Estados de la propia eurozona que han ratificado el TECG deberán apoyar en el Consejo dichas propuestas o recomendaciones formuladas por la Comisión (art. 7 TECG). El propio artículo exceptúa su aplicación cuando la mayoría cualificada de los Estados de la zona euro se opongan por mayoría cualificada a la decisión propuesta o recomendada. Y por tanto, *de facto*, la regla de decisión ordinaria, regida por el principio de mayoría cualificada, trasmuta aquí a un sistema de mayoría inversa para facilitar la adopción de decisiones. A. WEBER. «Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la unión monetaria», cit., pág. 47. Sin embargo, no queda determinado si los motivos por los que cabe dicha oposición son, o no, discrecionales y se sigue sin dar respuesta a los problemas de fondo que quedaron sin resolver en la STJCE de 13 de julio de 2004.

multa, irrecuperable, del 0,2% de su PIB, salvo que el Consejo decida rechazar por mayoría cualificada la pertinente recomendación de la Comisión en un plazo de diez días. Sin embargo, el propio Reglamento introduce dos criterios para flexibilizar esta previsión. En primer lugar, el apartado 3 del artículo 6, prevé que el Consejo, también por mayoría cualificada, modifique la propuesta de la Comisión. En segundo lugar, el apartado 4 del mismo artículo va más allá y permite que, cuando concurran circunstancias económicas excepcionales, sea la propia Comisión la que puede recomendar al Consejo que reduzca o cancele dicha multa y se evita, de este modo, el sistema de mayoría inversa previsto en el apartado primero del artículo.

El 27 de julio de 2016, la Comisión recomendó al Consejo que no impusiese a España ninguna sanción, a pesar de no haber adoptado, como vimos, medidas efectivas para la corrección del déficit. Sorprende que, junto con la concurrencia de una situación de incertidumbre económica, la Comisión justifique su decisión en las reformas estructurales emprendidas por el Gobierno de España desde 2012, cuando pocos días antes la propia Comisión las había considerado insuficientes en relación con la Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013⁴².

En cualquier caso, es importante reseñar que, si bien formalmente la sanción se impone sobre la decisión por la cual se constata la no adopción efectiva de medidas por parte del Estado miembro, dichas medidas habían sido fijadas en una recomendación dictada de conformidad con el artículo 126.7 TFUE. De forma que, de nuevo, y en la misma línea que lo apuntado respecto al sistema represivo regulado en el artículo 3 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, ello puede ser leído como una mutación de la recomendación como instrumento normativo.

Y, evidentemente, cuando un Estado de la zona euro no adopte medidas en respuesta a la advertencia prevista en el artículo 126.9 TFUE, o las mismas se consideren insuficientes, su conducta seguirá siendo sancionable con base en el Reglamento (CE) núm. 1467/97. Desde 2011, sin embargo, la sanción imponible como norma general no será ya un depósito sin intereses, sino una multa irrecuperable que seguirá teniendo dos componentes: uno fijo (0,2% del PIB) y otro variable (10% de la diferencia entre el saldo presupuestario del año anterior y el 3%, que como sabemos

42 Sobre las motivaciones técnicas, morales y en buena medida ideológicas que llevaron a la Comisión a la adopción de esta decisión resulta de interés la consulta de «Así se libró España de la multa: Schäuble al teléfono (y tres largas horas de reunión)», *El País*, 28 de julio de 2016. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2016/07/27/actualidad/1469645437_918944.html?id_externo_rsoc=GO_CC [Consultado por última vez: septiembre 2016].

es el valor de referencia del PEC)⁴³, sin que pueda superar en ningún caso el 0,5% del PIB⁴⁴. Y como novedad no puede obviarse que el sistema por el que se adopta esta decisión del Consejo ha sido alterado por lo dispuesto en el artículo 7 TECG cuando el PDE se sustancia por un incumplimiento del criterio de déficit.

Además, tras la reforma de 2011 se equiparan los sistemas previstos en el Reglamento (UE) 1173/2011 y en el Reglamento (CE) núm. 1467/97 respecto al destino que se da a los fondos recaudados como consecuencia de la imposición de estas sanciones. Si tradicionalmente las multas y los intereses devengados por los depósitos eran repartidos entre aquellos Estados de la eurozona que no tuviesen déficits excesivos, en 2011 se abandona este rasgo confederal y, desde entonces, las multas recaudadas se asignan al Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) o al mecanismo que lo sustituya –es decir, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)– (art. 16 del Reglamento (CE) núm. 1467/97). Un criterio que también es seguido respecto a los ingresos obtenidos en el ámbito del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, tal y como dispone su artículo 10.

2.4. La manipulación de estadísticas: un supuesto de hecho atípico en el sistema represivo de la gobernanza europea

El artículo 8 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 ha incorporado un último supuesto de hecho sancionable consistente en la constatación de que un Estado de la zona euro tergiversa, intencionadamente o con negligencia grave, datos relativos a la deuda o al déficit pertinentes para la aplicación de los artículos 121 y 126 TFUE. La investigación corresponde a la Comisión, quien también en este marco podrá realizar inspecciones «in situ», además de pedir al Estado miembro que le facilite información (art. 8.3). En caso de concluirse la existencia de una manipulación contable, cabe la imposición de una multa de hasta el 0,2% del PIB, montante que será modulable atendiendo a la naturaleza, la gravedad y la duración de la tergiversación. La cuantía recaudada, como es lo común desde 2011, se destina al MEDE, mecanismo que ha sustituido al FEEF (art. 10). Sin embargo, el artículo 8 se separa de la norma habitual del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 respecto al sistema de toma

43 Como ya hemos visto, hasta 2011 lo habitual era la constitución de un depósito sin intereses por este mismo importe, de naturaleza *a priori* reembolsable. Solo si dos años después de haberse tomado la decisión de exigir tal depósito el déficit excesivo no se había corregido, el Consejo convertía el mismo en multa.

44 Es decir, cuando el déficit público llega al 6%, se alcanza la mayor multa posible: $0,2\% + 0,1 \times (6\% - 3\%) = 0,5\%$.

de decisiones pues, al igual que lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 1467/97, se requerirá un pronunciamiento expreso y en positivo del Consejo.

A priori cabría concluir que ello dificulta la imposición de sanciones en aquellos supuestos en los que un Estado manipula deliberadamente o con negligencia grave sus estadísticas, ya que en estos casos tampoco sería de aplicación el artículo 7 TECG por no encontrarnos en el contexto de un PDE. Sin embargo, ha sido este supuesto el que ha desencadenado el primer caso de aplicación práctica de una sanción en el marco represivo del PEC. Y ha sido precisamente nuestro país quien ostenta el dudoso honor de ser el primer destinatario de una decisión del Consejo de este tipo. En efecto, la Decisión (UE) 2015/1289, del Consejo, ha impuesto una multa a España debido a la manipulación de los datos de déficit en la Comunidad Valenciana (DOUE de 28 de julio de 2015). En su informe la Comisión concluyó que dicha Comunidad Autónoma había incurrido en negligencia grave por la ausencia de registro de gastos sanitarios, incumpliendo el principio de devengo en las cuentas nacionales. La multa impuesta a España quedó muy lejos del 0,2% de su PIB, atendiendo al impacto limitado que supuso el desvío en el funcionamiento de la gobernanza económica, al alto grado de cooperación de las entidades españolas implicadas y al hecho de que la notificación de las cifras correctas se produjo poco después de la publicación, en abril de 2012, de los datos incorrectos. La multa podía haber superado los 2000 millones de euros y ha quedado reducida a 18,93 millones. Pero no debe olvidarse que el falseamiento de las cuentas se venía produciendo desde el año 1988, si bien la Comisión solo disponía de poderes para investigar las estadísticas nacionales desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 y, consecuentemente, la misma solo abarcó el ejercicio 2011-2012⁴⁵.

45 Fue la puesta en marcha por parte del Estado del Fondo de Pago a Proveedores (FPP) lo que hizo aflorar una deuda autonómica que, hasta entonces, permanecía «escondida en los cajones». El 3 de septiembre de 2015 el Tribunal General (TG) dictó un auto por el que inadmitía el recurso de anulación interpuesto por España contra la decisión de Comisión, de 11 de julio de 2014, relativa a la apertura de una investigación sobre la manipulación de estadísticas en España. El Tribunal acordó la inadmisión del recurso por ser objeto del mismo un acto de trámite, que no produce efectos jurídicos obligatorios y no puede por tanto afectar a los intereses jurídicos del demandante. Cuando se publicó la decisión del TG, en fecha posterior a la Decisión del Consejo sobre la imposición de la multa, algunos medios de comunicación insinuaron que este Auto confirmaba la sanción, aunque en puridad, como es notorio, no es correcta esta interpretación. Evidentemente, con base en el artículo 8.5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, podía haberse recurrido —y *a priori* habría sido admitida a trámite— la Decisión (UE) 2015/1289. Y en este caso, el Tribunal competente, con base en los artículos 256 TFUE y 51 del Estatuto del TJUE, habría sido el Tribunal de Justicia y no el Tribunal General. En cualquier caso,

Teniendo en cuenta el resto de sanciones previstas en las vertientes preventiva y disuasoria del PEC, el artículo 8 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 ha introducido en el nuevo sistema de gobernanza económica europea un supuesto de hecho desencadenante de sanción totalmente atípico, pues aquí no se sanciona la inobservancia de las recomendaciones o advertencias del Consejo en punto a las medidas a aplicar, sino la manipulación contable, deliberada o con negligencia grave, independientemente de que con la misma se hayan logrado maquillar desequilibrios presupuestarios, macroeconómicos o la concurrencia de un déficit excesivo.

3. REFLEXIONES CRÍTICAS: SUPUESTOS DE HECHO, SISTEMA DE ADOPCIÓN DE DECISIONES Y MARGEN DE DISCRECIONALIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIÓNADOR EUROPEO CONTRA LA INDISCIPLINA FISCAL

En el sistema de gobernanza económica de la zona euro, la mayoría de las sanciones no se imponen propiamente por la existencia de una desviación significativa respecto de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo (Reglamento (CE) núm. 1466/97), ni por un déficit excesivo (Reglamento (CE) núm. 1467/97) o unos desequilibrios macroeconómicos excesivos (Reglamento (CE) núm. 1176/2011), sino por la no adopción por los Estados miembros de las medidas de ajuste recomendadas o decididas por el Consejo.

Existen, no obstante, dos excepciones en las que las sanciones se imponen por concurrir dos supuestos de hecho distintos. Se trata, en primer lugar, de la sanción prevista en el artículo 5 del Reglamento 1173/2011, según el cual la no remuneración del depósito constituido conforme al artículo 4 se basa en una decisión del Consejo en virtud del artículo 126.6 TFUE que se limita a declarar la existencia de déficit excesivo, sin proponer medida alguna. La segunda excepción se halla en el

España no interpuso en el plazo de dos meses el pertinente recurso de anulación (art. 263 TFUE) y, por el contrario, el Estado inició un procedimiento de repercusión de responsabilidades para que la *Generalitat* asumiese el pago de la deuda que culminó con la Resolución de 9 de marzo de 2016, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2016, por el que se resuelve el procedimiento de determinación y repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea (BOE de 18 de marzo de 2016). A día de hoy la cuestión se encuentra *sub judice*, habiendo desestimado el Tribunal Supremo la suspensión de la ejecución, solicitada como medida cautelar por la *Generalitat*, por Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 3º, de 23 de junio de 2016 (siendo confirmada la decisión de la Sala, tras presentarse recurso de reposición, por Auto de 20 de julio de 2016).

artículo 8 del mismo Reglamento, que tipifica como hecho sancionable la acción de tergiversación contable sin que medie pronunciamiento previo del Consejo más allá del acuerdo de imposición de la sanción.

Fuera de estas dos excepciones, el supuesto de hecho que desencadena las sanciones es la inobservancia de las medidas propuestas en las recomendaciones o en las decisiones del Consejo y no la perseverancia del incumplimiento económico que provoca la adopción de éstas.

En efecto, en el caso del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, procede la constitución de un depósito con intereses cuando el Estado incumple la decisión del Consejo en la que se comprueba que un Estado de la eurozona no ha adoptado las medidas correctoras recomendadas. Y dicho depósito se convierte en multa si el Consejo adopta consecutivamente una segunda decisión en la que se constate que el Estado sigue sin adoptar medida alguna para corregir sus desequilibrios macroeconómicos excesivos (art. 3, apartados 1 y 2). Igualmente, cabe imponer la sanción prevista en el artículo 4 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 cuando un Estado de la zona euro no adopta ninguna medida como respuesta a la recomendación del Consejo prevista en el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1466/97. Y también la multa prevista en el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 se impone cuando un Estado no adopta medidas efectivas para corregir su déficit excesivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 126.8 TFUE, con independencia de su eficacia.

La misma consideración cabe realizar respecto a la multa prevista en el artículo 11 del Reglamento (CE) núm. 1467/97, cuya exigencia procede cuando un Estado de la zona euro no atiende, o lo hace insuficientemente, a las medidas advertidas por el Consejo con base en el artículo 126.9 TFUE.

Por otro lado, como norma general es una decisión el instrumento normativo en el que se recogen las indicaciones del Consejo que, de ser inobservadas, activan el régimen sancionador. Así lo prevé el artículo 126 TFUE y el Reglamento (CE) núm. 1467/97; y, novedosamente, el artículo 6.2 del Reglamento (CE) 1466/97, en relación con el artículo 4 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, respecto al incumplimiento de los objetivos de déficit definidos en términos estructurales. Incluso la sanción prevista en el artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 se fundamenta en la decisión por la cual el Consejo se limita a declarar la existencia de un déficit excesivo, de conformidad con el artículo 126.6 TFUE, en un Estado miembro en el cual se había constituido un depósito remunerado con base en el artículo 4 del propio Reglamento (UE) núm. 1173/2011.

La posibilidad de anudar una sanción pecuniaria cuando un Estado no adopta las medidas contenidas en una simple recomendación se limita a los supuestos previstos en el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, en caso de incumplir la recomendación adoptada conforme al artículo 126.7 TFUE, y en el artículo 3 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, relacionado con la aprobación y cumplimiento del plan de medidas correctoras al que hace referencia el Reglamento (UE) núm. 1176/2011.

En cualquier caso, la sanción en sí siempre se establece por decisión y, para adoptarla, los nuevos Reglamentos del «six pack» [Reglamentos (UE) núms. 1173/2011, 1174/2011] se decantan por un sistema de mayoría inversa, que facilita su imposición y el control de la discrecionalidad de los acuerdos del Consejo. En estos casos, las propuestas de la Comisión que sirven de base para los acuerdos se entienden adoptadas en el plazo de diez días, siempre que no exista una mayoría cualificada que los rechace. El principio de mayoría cualificada sigue rigiendo en lo que respecta a la sanción adoptada conforme al Reglamento (CE) núm. 1467/97, si bien el artículo 7 TECG ha modificado el sistema de toma de decisiones en todo el marco de este Reglamento, de modo tal que los 25 Estados miembros que lo han ratificado, en principio, tienen la obligación de apoyar las propuestas o recomendaciones de la Comisión cuando las mismas se refieren a un Estado de la eurozona y sean correlato de un incumplimiento del criterio de déficit (no del deuda).

Teniendo en cuenta las amplias potestades del Consejo en materia sancionadora, las reformas del 2011 han pretendido reducir el margen de discrecionalidad otorgado a este órgano a la hora de adoptar, o rechazar, por decisión las recomendaciones formuladas por la Comisión.

Es indudable que el sistema de mayoría inversa facilita el control sobre los motivos de rechazo de una propuesta de la Comisión, por exigir, al menos, un posicionamiento activo por parte de los representantes de los Estados en el Consejo. Además, para que el Consejo pueda cancelar o reducir, por la concurrencia de circunstancias económicas excepcionales, las sanciones previstas en los artículos 5 y 6 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011 y el artículo 3 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, es necesaria una recomendación previa de la Comisión dirigida al propio Consejo, por corresponder a aquella institución el derecho de iniciativa en esta materia. Es decir, en la votación del Consejo en que se decide la imposición de la sanción no cabría esgrimir, por los representantes de los Estados en el Consejo, la concurrencia de circunstancias económicas extraordinarias, pues la decisión a este respecto está reservada a un momento procedural posterior.

En el ámbito del Reglamento (CE) núm. 1467/97 parece que el margen de discrecionalidad del Consejo se ha visto reducido tras la entrada en vigor del artículo 7 TECG, al menos a la hora de decidir sobre la imposición de sanciones por incumplimiento del criterio del déficit en un Estado de la zona euro. Pero aunque esta disposición debe ser tenida en cuenta, no es determinante, pues no hay sanción prevista en caso de que alguna Parte Contratante decida no seguir su compromiso de apoyar la recomendación formulada por la Comisión a este respecto. Y, de todos modos, esta obligación desaparece cuando una mayoría cualificada de las Partes Contratantes cuya moneda es el euro se oponga a la decisión propuesta, sin que se concreten los motivos que pueden servir de fundamento a esta oposición.

La cuestión no es baladí, pues las indicaciones dadas a los Estados miembros en el marco del mecanismo general de supervisión presupuestaria son mucho más amplias que aquéllas a las que se han comprometido, bajo una estricta condicionalidad (art. 136.3 TFUE), los Estados miembros rescatados en sus respectivos Memorandos de Entendimiento⁴⁶. Aunque alguna doctrina ha sugerido la implementación de un sistema de imposición automática de sanciones⁴⁷, no es sencillo eliminar este margen de discrecionalidad del Consejo si el supuesto de hecho para la activación del régimen sancionador es el incumplimiento de sus propias recomendaciones y decisiones, a menudo redactadas ambiguamente, y sobre aspectos cuya competencia no es clara que pertenezca en muchas ocasiones a la UE⁴⁸. Es más, no parece conveniente establecer un sistema en el que las sanciones se impongan, directamente,

46 B. DE WITTE, Bruno. «Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?», cit., pág. 452. El último ha sido suscrito el 19 de agosto de 2015 entre la Comisión Europea, en representación del MEDE, Grecia y su Banco Central. El mismo llega a abordar aspectos tan concretos como el número de horas lectivas que debe impartir cada profesor. Comisión Europea (2015): *Memorandum of understanding between the European Commission acting on behalf of the European Stability Mechanism and The Hellenic Republic and The Bank of Greece*. Contenido disponible en: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_20150811_en.pdf [última consulta: enero de 2016].

47 A. WEBER. «Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la unión monetaria», cit., pág. 46.

48 En su última recomendación dirigida a España para atajar la situación de déficit excesivo que atraviesa, fechada el 20 de junio de 2013, el Consejo recomendó a nuestro Estado, entre otras medidas, terminar con el crecimiento del déficit estructural en la seguridad social y acometer reformas estructurales en la línea de las recomendadas en el semestre europeo, entre las que se encuentra, por ejemplo, la problemática adecuación de los salarios a la productividad en un país en el que el sector servicios tiene un gran peso.

como consecuencia del simple incumplimiento de un objetivo económico. Tampoco lo parece dar poder omnímodo a la Comisión para decidir si procede una sanción por no seguir un Estado, de forma eficaz, las recomendaciones del Consejo. Y no sería oportuno, tampoco, que fuese la Comisión la encargada de dictar en solitario estas recomendaciones, por referirse, al menos indirectamente, a cuestiones que desbordan el ámbito comunitario.

Como ha sido apuntado al inicio de este texto, una mayor coordinación fiscal, en el seno de una unión monetaria, es el modo de evitar el riesgo de que los Estados miembros incurran en déficits públicos excesivos, al romperse la correlación que existe entre el endeudamiento de sus economías y los tipos de interés a los que se financian.

Sin embargo, la regulación de un sistema sancionador a través de multas y depósitos, que persigue compelir a la observancia de las recomendaciones y decisiones del Consejo, por sí misma no garantiza la adopción de medidas cuando la deslealtad de un Estado sea contumaz⁴⁹. Es más, su imposición contribuye indudablemente a agravar los desequilibrios financieros del Estado condenado. La debilidad del sistema parece que estriba, no tanto en la no automaticidad de las sanciones, sino en la ausencia de un mecanismo que, en casos de incumplimiento deliberado y grave, con las garantías pertinentes y como «ultima ratio», permita sustituir con proporcionalidad la voluntad de un Estado miembro. Lo relevante es debatir cuáles serían estas garantías, el trámite a seguir y las instituciones implicadas en su aprobación, así como el control jurisdiccional de ésta y de las medidas concretas adoptadas con posterioridad.

Pero si se arbitra un instrumento de control extraordinario de este tipo, el supuesto que lo active no puede ser la inobservancia de las recomendaciones y advertencias dadas a un Estado sobre cuestiones que, llegado el caso, no está claro que sean competencia comunitaria. En puridad, el desencadenante de la sanción debería ser el grave incumplimiento, prolongado en el tiempo y sin voluntad de enmienda, de los objetivos económicos que permiten garantizar la estabilidad financiera de la eurozona. Un mecanismo, por otro lado, que no debería circunscribirse al ámbito de la gobernanza económica, sino que su aplicación podría tener lugar en otros contextos, como la reciente crisis de los refugiados o las deportaciones de ciudadanos

49 Pecuniaria es también, a lo sumo, la sanción impuesta en caso de que se estime que un Estado miembro no ha adoptado medidas necesarias para la ejecución de una Sentencia del TJUE pronunciada tras la presentación de un recurso de incumplimiento (art. 260.2 TFUE) y que puede demorarse notablemente en el tiempo.

romanés decididas no hace mucho en Francia. Un sistema que fuese más allá del simple recurso de incumplimiento (arts. 258-260 TFUE) y diferente al procedimiento sancionador previsto en el artículo 7 TUE para aquellos supuestos en los que se constata una grave violación de los valores de la UE.

Si la Unión Europea no es todavía un Estado federal, sí que es, al menos, un esfuerzo federalizador de Estados que debería contar con una figura equivalente a la coerción federal en casos de incumplimientos graves, y a su través hacer frente a este tipo de situaciones, con rotundidad, y también con garantías.

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica	Base normativa
Insuficiencia del programa de estabilidad.		
Desviación de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo e incumplimiento de las medidas indicadas en la decisión del Consejo	Depósito remunerado del 0,2% PIB.	Art. 4 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro.
El Consejo, con posterioridad, decide que en un Estado miembro que ha constituido un depósito con intereses existe un déficit excesivo.	Cesa la remuneración del depósito constituido.	Art. 5 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro.
Falta de incorporación al ordenamiento jurídico nacional en normas de rango preferentemente constitucional del principio de estabilidad presupuestaria (déficit estructural máximo del 0,5% PIB)	Multa de hasta el 0,1% PIB	Art. 8 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica	Base normativa
Presentación de planes presupuestarios con incumplimiento de las obligaciones presupuestarias en el marco del semestre europeo		
En caso de existir un desequilibrio macroeconómico excesivo, la presentación, por segunda vez, de un plan de medidas correctoras insuficiente.	Multa del 0,1% PIB	Art. 3.2.a) del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro.
Inobservancia de las medidas recomendadas en el plan de medidas correctoras.	Depósito remunerado del 0,1% PIB.	Art. 3.1 del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro.
Persistencia de la inobservancia de las medidas recomendadas en el plan de medidas correctoras.	Conversión del depósito anterior en multa.	Art. 3.2.b) del Reglamento (UE) núm. 1174/2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro.

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica	Base normativa
El Consejo decide, con base en el art. 126.8 TFUE, que un Estado de la eurozona no ha adoptado las medidas recomendadas en el art. 126.7 TFUE	Multa del 0,2% PIB	Art. 6 del Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro.
Insuficiencia de las medidas adoptadas en respuesta a la advertencia prevista en el art. 126.9 TFUE	Multa integrada por un componente fijo (0,2% PIB) y otro variable (el 10% de la diferencia entre el saldo presupuestario del año anterior y el 3%) hasta un máximo del 0,5% PIB.	Arts. 11-12 Reglamento (CE) núm. 1467/97, de aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, en su redacción dada por Reglamento (UE) núm. 1177/2011.
Manipulación, intencionada o con negligencia grave, de datos relativos a la deuda o al déficit pertinentes para la aplicación de los arts. 121y 126 TFUE.	Multa de hasta el 0,2% PIB, modulable atendiendo a la naturaleza, la gravedad y la duración de la tergiversación.	Art. 8 Reglamento (UE) núm. 1173/2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro.

Resumen

Los desequilibrios presupuestarios producidos tras la crisis económica de 2008 pusieron en evidencia las deficiencias que el marco europeo de disciplina presupuestaria y control del endeudamiento continuaba teniendo, a pesar de haber sido reformado en 2005. Como respuesta a esta situación, las Instituciones europeas y los propios Estados miembros diseñaron entre los años 2011 y 2013 un nuevo sistema de gobernanza económica, aprobando un elenco de instrumentos normativos interconectados entre sí y cuya aplicabilidad queda condicionada recíprocamente de forma implícita en la mayoría de las ocasiones. Algunas de las reglas pactadas han quedado reguladas, al menos transitoriamente, al margen del ordenamiento jurídico de la Unión. Otras obligan solo a los Estados de la eurozona y su aplicación, en ciertos casos, se circunscribe a aquellos Estados que han recibido asistencia financiera extraordinaria. En el vasto sistema de gobernanza económica las obligaciones presupuestarias de los Estados miembros se han incrementado considerablemente al tiempo

que se han anudado nuevas sanciones en caso de incumplir tanto estos nuevos compromisos como los anteriores. El presente artículo tiene por objeto la determinación y el estudio de esos nuevos deberes fiscales y del régimen sancionador potencialmente aplicable a los Estados de la eurozona en caso de incumplimiento. Hemos procedido al análisis de este bloque normativo en clave diacrónica a fin de explicitar con mayor precisión el fundamento y los condicionantes del elenco de medidas sancionadoras frente a la indisciplina presupuestaria.

Palabras clave: Gobernanza económica, régimen sancionador, estabilidad presupuestaria, six pack.

Abstract

The budgetary imbalances after the economic crisis of 2008 demonstrated the deficiencies that the European community continued to have regarding budgetary discipline and debt control, despite the system being reformed in 2005. As a response to this situation, between 2011 and 2013 European institutions and member states themselves designed a new economic governance system by approving a set of interconnected regulatory instruments whose applicability is implicitly mutually dependent in most cases. Some of the agreed rules have been regulated, at least temporarily, outside of the European Union's legal system. Others are only binding for Eurozone states and their application, in certain cases, is limited to those states that have received extraordinary financial assistance. In the enormous economic governance system, the budgetary obligations of member states have grown considerably, while at the same time new sanctions have been added for cases of non-compliance with these new commitments and with earlier ones. The objective of this paper is to determine and analyse these new fiscal obligations and the sanctioning procedure that is potentially applicable to Eurozone states in the event of non-compliance. We will then move on to a diachronic analysis of this regulatory framework in order to more accurately clarify the reasoning and determining factors behind the set of sanctions for budgetary indiscipline.

Keywords: Economic governance, sanctioning procedure, budgetary stability, six pack.

Recibido: 18 de abril de 2016

Aceptado: 21 de mayo de 2016

Artículos



HOMOFOBIA, DERECHO PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN ESTUDIO COMPARADO DE LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL*

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Profesor Titular (acreditado como Catedrático), Departamento de Derecho Público y Económico. Área de Derecho Constitucional, Universidad de Córdoba

LUCA GIACOMELLI

Doctor en Derecho e investigador en Derecho Constitucional y Comparado. Universidad de Milán-Bicocca (Italia)

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La experiencia española: de la criminalización a la tutela penal de la diversidad sexual.
3. Homofobia y tutela penal en España.
4. La experiencia italiana: la homofobia entre el silencio legislativo y el papel supletorio de los jueces.
5. Los controvertidos «discursos de odio»: entre la tutela de la dignidad humana y la libertad de expresión.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aversión irracional hacia las personas homosexuales tiene raíces históricas y culturales profundas. La homosexualidad, antes de que fuera considerada por la Organización Mundial de la Salud como «una variante natural del comportamiento sexual humano», fue objeto de demonización y represión, siendo calificada en términos de pecado, delito, perversión o enfermedad. Durante siglos los homosexuales fueron objeto de una persecución no solo moral y religiosa sino también normativa y social, hasta el extremo de ser considerados como peligrosos criminales, merece-

* Este artículo es el resultado de un trabajo conjunto de investigación comparada, en el que cada uno de los autores ha aportado lo relativo a sus respectivos países y en el que las conclusiones son el resultado de un debate y de una reflexión conjunta.

dores incluso de la pena de muerte. Solo con el Iluminismo se empezó a poner fin a esta «caza de brujas», cuyos ecos sin embargo se han propagado durante mucho tiempo. En muchos países occidentales hubo que esperar hasta la segunda mitad del siglo XX para que fuera abolida cualquier forma de criminalización de la conducta homosexual, la cual pervive sin embargo en muchos países y regiones del mundo¹.

En la actualidad, la aversión hacia las personas homosexuales se traduce en forma de violencia y de discriminaciones diversas, aunque no se habla ya de crimen, ni se condenen los actos de sodomía entre adultos que consienten, ni se impongan terapias «reparadoras» a individuos «defectuosos». Por supuesto, tampoco arden en hogueras ni se les aplica, salvo en unos pocos países del mundo que son una terrible excepción, la pena capital. Sin embargo, la homofobia es un sentimiento todavía muy presente incluso en las sociedades más avanzadas.

Es cierto que hoy la homosexualidad, al menos en las sociedades occidentales, no es condenada penalmente y que la discriminación basada en la orientación sexual está prohibida tanto en el sector público como en el privado. Además, la tutela jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo ha ido alcanzando el mismo nivel que las heterosexuales, a través de la creación de institutos jurídicos «ad hoc» o de la extensión del matrimonio. Sin embargo, y pese a estas innegables conquistas, estamos todavía lejos del efectivo reconocimiento de la igual dignidad social y de las reales posibilidades de cada individuo de desarrollar libremente su identidad. Estamos lejos, con otras palabras, de la igualdad configurada como «el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto a los demás y a cada individuo una persona como las demás»². En este contexto la homofobia juega un papel importante porque constituye el «humus» para la difusión de formas de discriminación (institucional, social, cultural y económica) y de manifestaciones de violencia y odio. Estos fenómenos se manifiestan, tanto en la esfera pública como en la privada, bajo diversas formas que van desde los discursos que incitan a la discriminación hasta las limitaciones arbitrarias e irrazonables de derechos, justificadas por motivos de orden público, de libertad religiosa o de conciencia.

La mayor sensibilidad generada en los últimos años sobre la situación del colectivo LGTBI ha provocado la atención sobre esta realidad y sobre cuáles son los

1 Véase M. WINKLER y G. STRAZIO, *L'abominevole Diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*. Il Saggiatore, Milano, 2011, pp. 75 ss.

2 L. FERRAJOLI, «La differenza sessuale e le garanzie dell'egualanza», *Democrazia e Diritto*, 33. n.2, 1999, p. 53.

instrumentos jurídicos más eficaces para responder a ella. Esta progresiva toma de conciencia ha llevado al Parlamento europeo a aprobar numerosas resoluciones de lucha contra la homofobia³, así como a que muchos países europeos introduzcan normas de carácter penal dirigidas a sancionar la discriminación de índole homófoba⁴. En concreto, en Italia se ha abierto un debate político sobre la oportunidad de una tutela penal específica⁵. La actualidad de este tema y la variedad de instrumentos usados por los ordenamientos jurídicos avalan la oportunidad de reflexionar, desde el punto de vista comparado, sobre el uso del Derecho Penal como instrumento para luchar contra la homofobia. Todo ello partiendo de las muy distintas experiencias de dos ordenamientos muy similares en muchos aspectos, como son el italiano y el español, pero tan distantes en esta materia.

2. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: DE LA CRIMINALIZACIÓN A LA TUTELA PENAL DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

2.1. *Evolución del tratamiento jurídico de la homofobia*

En poco más de una década, España ha pasado de la persecución de las personas no heterosexuales a la aprobación de normas penales contra la homofobia. En esta evolución, en la que ha sido clave la movilización del colectivo y la internacionalización de sus demandas, ha jugado un papel esencial un legislador consciente de la necesidad de ir más allá de la prohibición por motivo de la orientación sexual o la iden-

3 Merecen recordarse, entre otras, la Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994, con la que el Parlamento Europeo ha individualizado como objetivo de las acciones comunitarias la remoción de «los obstáculos planteados al matrimonio de parejas homosexuales o bien a un instituto jurídico equivalente», la Resolución sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea de 16 de marzo de 2000, con la que el Parlamento Europeo pidió a los Estados miembros la garantía de iguales derechos para las parejas homosexuales; o la Resolución del Parlamento sobre la homofobia en Europa de 16 de mayo de 2008. Más recientemente el Parlamento Europeo ha vuelto a requerir a los nuevos Estados miembros, y a Estados como Italia que aún no lo han hecho, que ofrezcan a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio o a instituciones jurídicas similares. La petición está inserta en el párrafo 85 del Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea aprobado en Estrasburgo en junio de 2015.

4 Véase, entre otros, L. GOISIS, «Omofoobia e diritto penale», *Diritto penale contemporaneo*, 2012 (http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4-/-1/1870-omofobia_e_diritto_penale__profili_comparativi/, consultada: 03/02/16).

5 Véase por ejemplo E. DOLCINI, «Omofoobia e legge penale. Note a margine di alcuni recenti proposte di legge», *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011.

tidad de género, deducible de la cláusula abierta final del art. 14 (STC 41/2006). En este sentido, jugó un papel esencial la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005 que permitió el matrimonio igualitario, así como, aunque en menor medida, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Este papel transformador del legislativo ha sido si cabe más incisivo en el ámbito autonómico, en el que los mismos Estatutos de autonomía han reconocido lo que podríamos calificar como nuevos derechos y en el que se han ido aprobando progresivamente leyes que de manera transversal se ocupan del colectivo⁶. Ahora bien, aunque hemos realizado una transición de un sistema jurídico en el que se perseguían incluso penalmente determinadas opciones sexuales a otro en que se penaliza la discriminación por orientación sexual⁷, los

6 Valga como ejemplo el art. 35.1 del Estatuto andaluz, el cual reconoce el derecho de toda persona a que se reconozca su orientación sexual y su identidad de género. Entre las leyes autonómicas que se han ocupado de estos «nuevos derechos» cabe destacar por su ambición la *Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia*. Con anterioridad se había aprobado la *Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia*. Posteriormente, se aprobó la *Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura*. Entre las leyes que se han ocupado de manera específica de los derechos de las personas transexuales, cabe destacar dos autonómicas que siguen muy de cerca el modelo de las pioneras *Ley navarra 12/2009, de 19 de noviembre, y la Ley vasca 14/2012, de 28 de junio*. Me refiero a la *Ley 2/2014, de 8 de julio, para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en Andalucía*, así como la *Ley canaria 8/2014, de 28 de octubre*, que responde al mismo título. El último parlamento en aprobar una ley sobre esta materia ha sido el de Madrid que el 21 de marzo de 2006 aprobó la denominada «Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid».

7 Debemos recordar que la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 fue durante la dictadura franquista un instrumento de control y represión que consideraba peligrosos a los homosexuales. La reforma que de la misma se realizó en 1954 incluyó expresamente la homosexualidad como un delito «contra el orden social y la paz pública». En 1970 dicha Ley fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, la cual no sería derogada hasta 25 años después a través de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. De acuerdo con el art. 2 de la misma, continuaban siendo «peligrosos» los individuos que realizasen «actos de homosexualidad». Por otra parte, el denominado «delito de escándalo público» no sería suprimido del Código Penal hasta 1988. A todo ello habría que sumar medidas más específicas como por ejemplo la prevista en una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de febrero de 1971 que establecía que la homosexualidad, en cuanto defecto físico o enfermedad, impedía ejercer de

cambios no se han producido de la misma manera, o al menos no con la misma velocidad, en la sociedad española⁸.

En el Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España relativo a 2014⁹, el Ministerio del Interior nos ofrece el dato ciertamente alarmante de que este tipo de delitos se incrementaron en un 9,6% con respecto a 2013. El Informe ponía de manifiesto cómo, al igual que sucedió en el año anterior, el mayor número de incidentes se produjeron en relación con la orientación e identidad sexual (39,9%), seguidos por los relativos al racismo y la xenofobia¹⁰. El Informe

maestro en la enseñanza primaria. Sobre la represión franquista de la homosexualidad véanse A. ARNALTE, *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2003; L. JURADO MARÍN, *Identidad. Represión hacia los homosexuales en el franquismo*. Málaga, La Calle, 2014; y F. OLMEDA, *El látigo y la pluma*, Oberón, Madrid, 2004.

8 F. REY MARTÍNEZ y D. GIMÉNEZ GLUCK, *Por la diversidad contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Fundación Ideas para el Progreso, Madrid, 2010, p. 12.

9 El Ministerio del Interior reconoce este tipo de delitos a «todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas o la propiedad por cuestiones de raza, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas». El Informe puede consultarse en: http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4064 (consultada: 01/04/16).

El Informe puede consultarse en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/DELITOS+DE+ODIO+2015/c7caf071-df8b-4309-ade6-1936032b850e>, consultada: 22/03/16).

10 Con respecto a las tipologías (penales y administrativas), las más habituales son las lesiones, el abuso sexual, las amenazas, las vejaciones leves, las agresiones sexuales, las injurias, y los actos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte y los daños. En cuanto a los lugares más habituales de este tipo de actuaciones, la mayoría se producen en el interior de las viviendas, seguidas de la vía pública urbana y otras vías de comunicación, los establecimientos de hostelería y ocio, los espacios abiertos, los campos de fútbol y los centros religiosos. Otro dato especialmente significativo es que los agresores cada vez son más jóvenes. Según los datos del Ministerio del Interior correspondientes a 2014, el perfil del agresor homófobo más extendido es el de hombre español de entre 26 y 40 años. Diversas asociaciones LGTBI insisten en señalar un repunte de la violencia entre jóvenes de entre 16 y 20 años. En Cataluña, por ejemplo, que es la única Comunidad Autónoma en la que existe un Observatorio contra la homofobia, los casos de discriminación en las aulas ya suponen el 8,4% de las denuncias. El Informe ofrece además unas conclusiones que tienen una evidente lectura de género. Me refiero a que la mayoría de las víctimas que sufren este tipo de delincuencia son mujeres, con una edad comprendida entre los 26 y 40 años, y de nacionalidad española, siendo la mayoría de las tipologías delictivas las relacionadas con la libertad sexual. Por el contrario, el perfil del detenido/imputado es mayoritariamente de sexo masculino, de 26 a 40 años, y de nacionalidad española. En este caso, como resulta lógicamente de los

relativo a 2105, recién publicado en el momento de cerrar este artículo, muestra una evolución positiva con respecto a los delitos de odio basados en la orientación e identidad sexual, los cuales han pasado de los 513 registrados en 2014 a los 169 en 2015¹¹.

A pesar del descenso experimentado en el último año, estos datos hacen que nos planteemos dos reflexiones: 1º) La insuficiencia de los mecanismos legales para lograr una completa transformación social y, en estrecha relación con ello, la necesaria revisión de un Derecho antidiscriminatorio que sigue siendo excesivamente deudor de una concepción formal de la igualdad; 2º) La escasa utilidad de las normas penales para luchar contra la discriminación o, en general, para afrontar cuestiones de naturaleza socio-cultural¹².

Por lo tanto, la cuestión que queremos poner en el centro de nuestra reflexión es el recurso al Derecho Penal no solo para castigar comportamientos sino también expresiones odiosas y discriminatorias y para garantizar la afirmación y el respeto de ciertos valores considerados indispensables para la convivencia. Esta reflexión cobra un especial interés en la comparación de los ordenamientos de dos países muy similares desde el punto de vista cultural y social como son Italia y España, pero que en materia de derechos LGTBI presentan diferencias significativas. De hecho, en Italia se ha generado un intenso debate en torno a un proyecto de ley «sobre disposiciones en materia de lucha contra la homofobia y la transfobia», que fue aprobado en una

datos anteriores, los principales hechos que motivaron su detención/imputación fueron los abusos y las agresiones sexuales.

11 A excepción de los ámbitos delictivos «antisemitismo» y «orientación e identidad sexual», todos los demás recogidos en el SEC han experimentado un incremento en relación al año anterior. Los ámbitos denominados «racismo/xenofobia» e «ideología» aúnán la mayor parte de los incidentes relacionados con los «delitos de odio». Entre ambos, suman un 61,2% del total de hechos conocidos. También supone una modificación con respecto a los datos precedentes el que la mayoría de las víctimas que sufren este tipo de delincuencia sean personas pertenecientes al sexo masculino (60%), con una edad comprendida entre los 18 y 40 años, y de nacionalidad española. El 13,55% del conjunto de las víctimas, a diferencia de lo que se registraba el pasado año (25,61%), recae sobre el grupo de edad «menores de edad».

12 Frente a posiciones como la del constitucionalista italiano A. PUGGIO, el cual considera evidente que las normas penales responden al objetivo de proteger y consolidar determinados principios constitucionales, entre ellos por supuesto el de igualdad y no discriminación. A. PUGGIO, «Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale », *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 12 (http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/2419-le_parole_sono_pietre/, consultada: 9/10/15).

primera lectura por la Cámara de los Diputados en 2013, y que todavía está pendiente de ratificación por el Senado. El proyecto pretende extender la denominada «ley Reale-Mancino» a los factores de la orientación sexual y de la identidad de género, tratándolos de la misma manera que ya se contemplaban los delitos fundados sobre el odio racial, étnico y religioso, así como aplicar una agravante especial en aquellos delitos cometidos por motivos fundados en la homofobia o transfobia¹³. La comparación con el ordenamiento español, en el que ya hace varios años que se introdujeron este tipo de normas penales, nos ofrecerá el marco para reflexionar sobre cuál es el modo más apropiado para reconocer y garantizar de manera efectiva los derechos de las personas LGTBI.

2.2. *Los delitos de odio y discriminación: un concepto complejo*

Con carácter previo al análisis de cómo el Código Penal español regula los denominados delitos de odio y discriminación, es necesaria una breve puntuализación sobre esta categoría. A pesar de su difusión, sobre todo en el ámbito anglosajón a través de los llamados «hate crimes»¹⁴, el concepto de odio es ciertamente problemático porque remite a consideraciones subjetivas y emocionales difíciles de catalogar jurídicamente y mucho más de reconducir a un tipo penal¹⁵. Lo que en este tipo de

13 Se trata de un proyecto de ley que ha abierto un intenso debate también a nivel doctrinal. De una parte, se sostiene que «la nueva normativa penal conllevaría el riesgo de ser considerada como *normas-manifiesto*» con una función principalmente simbólica. G. RICCARDI, «Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale», *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 51 (http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/25-/-2515-omofobia_e_legge_penale/, consultada: 9/10/15). De otra, se considera que más allá de la «fachada simbólica», la nueva normativa «introduce una garantía avanzada que seguramente se traducirá en una mayor activación de las fuerzas del orden en el territorio y un mayor empeño de los jueces en la protección de las personas homosexuales y transexuales». M. GATTUSO, «Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca», www.articolo29.it, 2013, pp. 8-9 (consultada: 9/02/16).

14 El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación 97(20), ha definido el *hate speech* como «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antimitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia».

15 «El término «delitos de odio», si bien es rechazado por determinados sectores académicos, argumentando, erróneamente en mi parecer, que se trata de un concepto vinculado al derecho penal de autor por estimar que el odio es un sentimiento no penalizado, no obstante, dicho término define a la perfección el motivo o el ánimo subjetivo que lleva al autor a cometer el delito y que no es otro que su animadversión u hostilidad abierta a las personas o colectivos en los se integran por el color de su piel, su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, orientación o identidad sexual entre

actuaciones se plantea es una suma de estereotipos, discriminaciones y estigmatización de determinadas personas en virtud de ciertas características o rasgos personales o sociales. Ello conlleva a su vez la dificultad de delimitar qué grupos, colectivos o minorías se incluyen bajo su protección. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa entiende que un delito de odio es aquél que se comete con motivación prejuiciosa, es decir, aquél en que la víctima ha sido escogida por su pertenencia, real o percibida, a un grupo que el autor desprecia, rechaza u odia. Por lo tanto, existirían dos elementos esenciales para diferenciar los crímenes de odio de cualquier otro tipo penal: la motivación del ofensor y el sujeto sobre el que recae la acción¹⁶.

De manera más específica, y más problemática por el posible conflicto que puede generar con la libertad de expresión, se sitúa el llamado discurso del odio o «hate speech», bajo el que se incluirían «todas aquellas expresiones que, no sólo están motivadas por el odio sino que, sobre todo, traten de transmitir e incentivar ese mismo odio en sus destinatarios»¹⁷. Esta es la doctrina que prevalece en el Tribunal Supremo norteamericano y también en el Tribunal constitucional español (véase por ejemplo la polémica STC 235/2007, de 7 de noviembre, en el caso Librería Europa). En un sentido contrario encontramos la sentencia del TEDH en el caso Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012. En este caso el TEDH mantuvo que «la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable». Por lo tanto, para el TEDH, no es necesaria la incitación a la violencia, sino que bastaría con expresiones contrarias a la igualdad de un determinado colectivo para poder hablar de discurso del odio. Aunque nos parece mucho más ajustada a una ética democrática la posición del TEDH, creemos que el problema está en el mismo concepto, discurso del odio, así como en el uso del Derecho Penal para luchar contra las discriminaciones.

otros motivos discriminatorios» M. AGUILAR GARCÍA, «Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia», en V. CUESTA LÓPEZ y D. M. SANTANA VEGA (dir.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 353-354.

16 M. AGUILAR GARCÍA, op. cit., p. 356.

17 A. VALERO HEREDIA, «Homofobia y discurso del odio desde una perspectiva constitucional», en V. CUESTA LÓPEZ y M.D. SANTANA VEGA (coord.), op. cit., p 326.

Por ello, entendemos que es más preciso reconducir este tipo de actuaciones al concepto de discriminación, siempre que tengamos presente las dos consecuencias que de manera entrelazada conlleva una acción de ese tipo: a) un trato diferenciado que carece de justificación objetiva y razonable; b) un trato que a su vez es humillante, degradante o estigmatizador. En este tipo de delitos, además, un elemento clave es que junto a ese trato humillante que vulnera la integridad física y/o moral del individuo lesionado, también se produce un efecto que repercute en todo el colectivo, que multiplica su estigmatización y contribuye a mantener los estereotipos y la posición social del mismo. De esta manera podríamos decir que los delitos de odio consolidan la dominación de una determinada mayoría social, o como mínimo de quienes gozan de una posición de privilegio, frente a una minoría que se halla subordinada. Por lo tanto, lo que en el fondo se plantea en ellos es una expresión violenta, aunque no necesariamente se traduzca en violencia física, que interpela a la misma definición de quiénes son sujetos en nuestras sociedades.

De esta manera, cuando hablamos de este tipo de delitos lo hacemos de acciones que vulneran no solo el principio de igualdad y no discriminación, sino también la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y muy especialmente la integridad moral (art. 15 CE). La base constitucional para luchar contra este tipo de delitos estaría lógicamente en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, la cual debemos entender conectada con la responsabilidad de los poderes públicos en remover los obstáculos que impiden que la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sea real y efectiva (art. 9.2 CE). Ello implica la obligación de una actuación pública no solo para evitar las discriminaciones sino también para reparar sus consecuencias en el caso de que lleguen a producirse. El objetivo último sería pues luchar contra la dominación en el sentido de la persistencia de una sociedad en la que unos individuos estén subordinados a otros¹⁸.

3. HOMOFOBIA Y TUTELA PENAL EN ESPAÑA

3.1. *Los delitos de odio y discriminación en el Código penal español*

Los denominados de manera genérica delitos de odio suelen ser contemplados en el Derecho Penal desde una doble perspectiva: 1^{a)} la previsión de agravantes de la pena; 2^{a)} la regulación de tipos específicos. El Código Penal español, tras la reforma llevada a cabo por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo ambos

18 M.C. NUSSBAUM, *From disgust to Humanity. Sexual orientation and Constitutional Law*, University Press, Oxford, 2012.

mecanismos, dejando claro en su art. 67 que a los delitos o faltas que incorporasen la circunstancia agravante en la descripción típica no se le podría aplicar otra vez la agravante.

El CP de 1995 introdujo los siguientes delitos de odio: las amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1); las torturas sometidas en base a algún tipo de discriminación (art. 174); la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones (art. 510.1 CP) y la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2 CP); la asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones (arts. 515.5 y 518); los delitos contra la libertad de conciencia y religiosos (arts. 522-525); el genocidio (art. 607) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis). Como delitos de discriminación se incluyeron: la discriminación en el ámbito laboral (art. 314), la denegación de prestaciones públicas (art. 511) y de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512). Además, el art. 22.4 CP contempló la agravante por los siguientes motivos discriminatorios: racistas o antisemitas; ideología, religión y creencias, origen étnico, racial o nacional; sexo, orientación sexual o identidad sexual, enfermedad y discapacidad¹⁹. En este artículo no se incluye la situación familiar que sí aparece en el art. 510. Entre otras reclamaciones, se ha planteado por ejemplo que se incluya la aporofobia (odio al pobre) como causa de discriminación. El problema en todo caso está en la dificultad de prever en un tipo penal todas las posibles circunstancias, cambiantes con el tiempo, que pueden provocar fobias o discriminaciones. En este sentido, tal vez sería oportuno usar expresiones más genéricas a modo de cláusula de cierre del artículo, tales como «la situación socioeconómica de la víctima» o «las circunstancias personales o sociales»²⁰.

19 La doctrina se ha mostrado dividida en cuanto a la naturaleza de los motivos de discriminación. Para un sector la concurrencia de dichos motivos supone un incremento de la culpabilidad. Para otro sector, la agravación conlleva un incremento de la antijuridicidad de la conducta al implicar una mayor lesividad social. Por último, un tercer grupo mantiene una posición mixta. M.D. SANTANA VEGA, «El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales» en V. CUESTA LÓPEZ y M.D. SANTANA VEGA, op. cit., pp. 398-399.

20 Uno de los mayores problemas que plantea en la práctica esta agravante deriva de su naturaleza subjetiva. Para apreciar si el móvil es de tipo discriminatorio, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Pensemos por ejemplo en la actuación discriminatoria contra una persona heterosexual que dirija un centro de apoyo a personas transexuales durante la reasignación de sexo. En este caso también

Además de estas previsiones debemos recordar también que el art. 173 CP contempla el delito contra la integridad moral de las personas, el cual podría ser una llave para actuar contra una determinada acción que implique discriminación o un trato humillante, o degradante como expresamente indica el artículo, o en todo caso diferenciado sin justificación objetiva y razonable.

En relación al tema que nos ocupa, una de las novedades significativas de la reforma de 1995 fue la inclusión entre los motivos de discriminación el sexo y la orientación sexual²¹. Sin embargo, la crítica unánime de la doctrina se basó en la dispersión de este tipo de delitos, en la falta de sistemática del Código al abordar este tipo de acciones y en el uso en muchos casos de un lenguaje deficiente²². La mayoría de estas deficiencias no han sido corregidas en la reciente reforma del CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la cual se ha limitado a realizar precisiones

cabría apreciar la agravante, «ya que no sólo permanece inalterable el plus del injusto subjetivo, al actuar el sujeto activo por motivos discriminatorios, sino que también está presente la obstaculización de las posibilidades de participación social de las personas o colectivos afectados, los transexuales, necesitados de tal tratamiento, así como la de la persona agredida por motivos discriminatorios de trabajar con quién o para quién quiera». M.D. SANTANA VEGA, op. cit., pp. 298-399. Sin embargo, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, es contradictoria con respecto a este extremo. Entendemos, tal y como por ejemplo defiende el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía de Barcelona, que el art. 22.4 CP será de aplicación incluso cuando el sujeto activo actúe por motivos discriminatorios creyendo erróneamente que en el sujeto pasivo concurre la cualidad objeto del móvil (por ejemplo, la orientación sexual). Por ello sería conveniente incluir al final del artículo una cláusula que dijera: «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

21 En nueve Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia y una parte del Reino Unido, Irlanda del Norte), el Derecho penal tipifica como delito la incitación al odio, la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual (incitación al odio), y considera la intención homófoba como un factor agravante en un delito. En otros 4 Estados (Alemania, Estonia, Irlanda, Lituania), sólo tipifican como delito la incitación al odio, la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual. Irlanda sólo contempla la intención homófoba como agravante y en otros 13 Estados (Letonia, Luxemburgo, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Austria, Hungría, Eslovenia, Italia, Bulgaria, Grecia, Chipre y Malta) no es ni delito ni un factor agravante. Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea*, 2009, p. 43.

22 Estas deficiencias se mantuvieron cuando el art. 22.4 CP fue reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, para añadir como motivo discriminatorio la identidad sexual y sustituir el término «minusvalía» por «discapacidad». Estas modificaciones no se contemplaron en el art. 510.

terminológicas y a ampliar el ámbito de algunos de los artículos comentados. A continuación, señalamos las novedades más significativas en relación al tema que estamos abordando:

- Entre las circunstancias del art. 22.4 se distinguen orientación sexual, identidad sexual y razones de género²³. Estos mismos términos se incorporan al art. 510 entre las razones que pueden dar lugar a actuaciones «de odio» o «discriminatorias»²⁴. Sin embargo, la identidad sexual no aparece en el delito de discriminación grave en el empleo público o privado del art. 314²⁵. La reforma solo ha sustituido en este artículo el término «minusvalía» por «discapacidad».
- Se modifica la muy debatida redacción del art. 510, de manera que se precisa mucho más el tipo de actuación que se considera como «delito de odio»:
 1. «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses...
 - a) «Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél...»²⁶

23 Entendemos que habría sido más correcto usar los términos «diversidad afectiva y sexual» e «identidad de género» para referirse a las posibles acciones discriminatorias de las que pueden ser víctimas las personas del colectivo LGTBI.

24 Los motivos que literalmente contempla el Código Penal en este tipo de delitos son, junto a las señalados, los racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, enfermedad o discapacidad.

25 La falta de referencia a la identidad sexual es especialmente grave «ya que es, precisamente, en el proceso de reasignación sexual cuando los transexuales pueden sufrir más fácilmente la discriminación laboral, sobre todo, en el empleo privado...» M. D. SANTANA VEGA, op. cit., p. 400.

26 Debemos tener en cuenta que las mayores críticas que se formularon al art. 510 CP era la amplitud y vaguedad de su redacción, hasta el punto de que se llegó a defender su inconstitucionalidad. Véase por ejemplo R. ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2011, pp. 17-18. Un sector de la doctrina defendió que habría que realizar una interpretación restrictiva del tipo que castigase solo las conductas de incitación pública y directa a actos concretos de violencia y discriminación. De esta manera quedarían excluidos los que remiten a la idea de «odio» que es en sí un factor emocional y por lo tanto de difícil prueba. En este sentido, M. ALASTUEY DOBÓN, «La reforma de los delitos de odio de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013; consideraciones críticas», *Diario La Ley*, 8245, 2014, pp. 3-7.. Estas propuestas doctrinales se apli-

- b) «Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directamente al odio contra un grupo o parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél,...»

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menoscabo o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos (...) o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menoscabo o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél (...) Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

ron incluso por algunos tribunales (sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5/3/08 y 26/4/10, sobre la Librería Europa; o la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Penal de la sección 1^a, núm. 259/2011, de 12 de abril, sobre la Librería Kalki). Esta nueva línea jurisprudencial suponía la práctica inaplicación del artículo, lo que llevó al Ministerio Fiscal a pedir su urgente reforma Véase al respecto M. AGUILAR GARCÍA, «Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y transfobia», en V. CUESTA LÓPEZ y M.D. SANTANA VEGA (coord.), op. cit. Otro sector de la doctrina considera que acudir a los «motivos» para fundamentar la responsabilidad penal de una persona no presenta mayor dificultad probatoria que cualquier otro elemento subjetivo de la descripción típica. M.D. SANTANA VEGA, op. cit., p. 390.

Entre las novedades más significativas de la reforma de 2015, cabe señalar el agravamiento de las penas previsto en el art. 510.3 cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas²⁷. Igualmente se prevé una elevación de las penas «cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo» (art. 510.4) En todos los casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente (art. 510.5).

La reforma también ha precisado los términos en que se entiende que constituye una acción discriminatoria la denegación de un servicio público (art. 511.1) y de un servicio privado (art. 512)²⁸, así como la extensión de la ilicitud de las asociaciones a «las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones...» (art. 515). Llama la atención que en este artículo siguen apareciendo los términos «sexo» y «orientación sexual», y no lo hagan ni «identidad sexual» ni «razones de género» que sí se usan en el nuevo art. 510 CP.

Además de los avances introducidos en el Código Penal, una de las novedades más relevantes de los últimos años en España ha sido la creación en la Fiscalía de un servicio especializado de delitos de odio y discriminación. El primero de ellos se creó en 2009 en Cataluña gracias precisamente a la insistencia de los colectivos LGTBI en tener un interlocutor. Posteriormente se crearon servicios análogos en Madrid y

27 Además el legislador ha previsto que «El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.» (art. 510.6).

28 En todo caso, estas previsiones «tienen sobre todo un gran potencial simbólico, ya que la configuración de las mismas genera escasas posibilidades de aplicación». M. D. SANTANA, op. cit., p. 401.

Málaga. Mediante Decreto de 10 de octubre de 2011 el Fiscal General del Estado nombró un Fiscal Delegado para la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación, con el objetivo de que nombrara los fiscales delegados en cada provincia y coordinara su actuación. En 2013 fueron nombrados 50 fiscales delegados, uno por cada provincia.

3.2. *Límites y dificultades aplicativas*

Más allá de las deficiencias técnicas e imprecisiones terminológicas que continúan planteando las normas penales, la aplicación práctica de este tipo de delitos ofrece muchas dificultades, lo cual constituye un factor decisivo para cuestionar su oportunidad en la lucha contra las discriminaciones de personas o grupos²⁹. Tal y como puso de manifiesto el citado informe que realizó la Agencia Europea de Derechos fundamentales sobre Homofobia, hay un elevado porcentajes de personas LGTBI que no denuncian este tipo de delitos por diversas razones. En muchos casos porque son víctimas de un prejuicio social que les lleva a no identificarse públicamente como LGTBI, de manera que presentar una denuncia les obligaría a reconocerse como tales, o bien porque existe un temor a las posibles represalias. En otros casos, el problema es que no reconocen como delito determinadas actuaciones homofóbicas o que carecen de la debida información sobre cómo proceder ante un ataque de este tipo. A todo ello habría que sumar la desconfianza que en muchos casos generan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A los motivos compar-

29 Estas normas penales tienen más potencial simbólico que práctico, desde el momento en que su misma configuración provoca numerosas dificultades aplicativas, sobre todo desde el punto de vista procesual. M. D. SANTANA, «El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación e identidad sexual», cit. p. 401. Entre la escasa jurisprudencia sobre estos tipos penales cabe destacar la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Barcelona, de 23 de marzo de 2014, confirmada por la Audiencia provincial en sentencia de 8 de julio de ese mismo año, en la que se condenó al portero que negó la entrada en una discoteca a dos mujeres transexuales por tener tal condición. Estos problemas fueron analizados en la Conferencia anual de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE celebrada en Vilnius los días 11 a 13 de noviembre de 2013, bajo el título «Combatiendo los delitos de odio en la Unión Europea, dando a las víctimas un rostro y una voz». Entre los problemas analizados destacan: la falta de denuncias por parte de las víctimas, la ausencia de datos estadísticos, la inexistencia de estudios sociológicos sobre la cifra sumergida de delitos, la insuficiencias de los atestados policiales, la necesidad de contar con unidades especializadas de policía judicial para la lucha contra este tipo de criminalidad; la falta de formación de jueces, fiscales, secretarios o cuerpos y fuerzas de seguridad en el principio de igualdad y no discriminación; la proliferación de la comisión de estos delitos a través de Internet y las redes sociales; la necesidad de coordinación entre las diferentes instituciones.

tidos por toda la población, en el caso de las minorías se pueden sumar otros como encontrarse en el país de forma irregular, no querer desvelar la orientación sexual, miedo de represalias si se fue víctima de un grupo de odio o una mayor desconfianza de la policía por una mala relación entre la minoría y ésta. Todo ello genera obviamente un proceso de victimización secundaria³⁰.

Junto a la falta de denuncias, debemos tener en cuenta que hasta hace apenas cuatro años una de las mayores dificultades prácticas que presentaban este tipo de delitos era el desconocimiento del número de hechos y la ausencia de publicación de datos estadísticos. A partir del año 2011 se trata de paliar este vacío y, en la actualidad, el Ministerio del Interior ha comenzado a hacer públicas estadísticas completas³¹. Por otra parte, las investigaciones policiales y judiciales de este tipo de delitos han presentado muchas deficiencias. Así lo demuestra la escasa aplicación de la agravante del art. 22.4 CP (por ejemplo, solo diez sentencias entre 2005 y 2011). En estos casos, el mayor problema se halla en la forma de elaborar los atestados policiales³². A todo ello habría que sumar la poco adecuada formación en este tipo de

30 Debemos recordar que en octubre de 2012, la UE adoptó una directiva, la 2012/29 encaminada a establecer normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Aunque no se ocupa específicamente de los crímenes de odio, esta Directiva incluye disposiciones clave relativas a los derechos de las víctimas a ser oídas y a recibir información sobre su causa, el acceso a servicios de apoyo y la formación de las autoridades judiciales y la policía. La Directiva pide a las autoridades que traten a las víctimas de delitos de forma equitativa y sin discriminación por motivo alguno, incluida la orientación sexual y la identidad de género.

31 <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> (consultada: 10/03/16) Durante todo este tiempo la falta de datos ha contribuido a que se genere «una notable falta de conciencia del alcance y gravedad del problema, y ello afecta no sólo a los poderes públicos que, ante el desconocimiento del volumen cuantitativo pero, sobre todo cualitativo de asuntos, no diseñan las debidas medidas de una auténtica política criminal de estado para prevenir y combatir esta forma de criminalidad que ataca directamente a la esencia de la convivencia, sino que también afecta a los agentes de policía, fiscales y jueces, los cuales carentes de la adecuada formación y capacitación no tienen las habilidades técnicas para dar la respuesta que la ciudadanía espera de sus servidores públicos». M. AGUILAR GARCÍA, op. cit. p. 366.

32 «Las declaraciones de víctimas y testigos son vagas y genéricas, no tienen en cuenta la motivación para la comisión del delito y las actas de inspección ocular no recogen elementos que podrían ser relevantes para acreditar tal motivación. Además, tampoco se llevan a cabo esfuerzos para averiguar si los implicados forman parte de tramas o grupos organizados (necesario para poder aplicar el delito del artículo 515.5 CP si corresponde).» C. GÜERRI FERNÁNDEZ, «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos y el discurso del odio en España», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com, consultada: 23/02/16), 2015, p. 9).

materias no sólo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sino también, en general, de todos los operadores jurídicos³³.

Con respecto a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, hay que destacar cómo el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Superior de Cataluña colaboró con los «Mossos d'Esquadra» en la elaboración de un «Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación»³⁴. Posteriormente, el Ministerio del Interior elaboró en 2014 un Protocolo de actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado ante este tipo de delitos³⁵.

Finalmente, debemos señalar cómo en los últimos años se han hecho especiales esfuerzos para paliar la falta de conocimiento de los mecanismos legales previstos para luchar contra estas actuaciones discriminatorias. El Ministerio del Interior ha desplegado una intensa actividad formativa y divulgadora de este tipo de delitos, tal y como, por ejemplo, podemos constatar en la página web en la que se definen qué son los delitos de odio y cómo pueden denunciarse³⁶. En el mismo sentido, los colectivos LGTBI han empezado a desarrollar campañas informativas³⁷. Para el cumplimiento de este objetivo, insistimos en que sería fundamental un permanente diálogo y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los operadores jurídicos y los colectivos LGTBI.

33 Esta formación es esencial por ejemplo en el caso de la policía para detectar un delito motivado por el odio o la discriminación y, por lo tanto, orientar en consecuencia la investigación. En este sentido han de jugar un papel esencial los llamados «indicadores de polarización», es decir, un conjunto de indicios que deben ser recopilados por la policía e incorporados al atestado policial, con el fin de dotar a fiscales y jueces de los suficientes indicios racionales de criminalidad que permitan formular cargos de imputación y en su caso condenas. M. AGUILAR GARCÍA, op. cit., p. 373.

34 Se trata de una estrategia integral basada en la prevención y la actuación ante estos delitos, en la proximidad a la ciudadanía y la atención a las víctimas y en la investigación especializada de los delitos cometidos por grupos y organizaciones criminales o a través de internet. Este procedimiento establece determinadas pautas para, por ejemplo, la elaboración de atestados o la recogida de datos estadísticos. C. GUERRI FERNÁNDEZ, op. cit., p. 13.

35 El Protocolo se puede consultar en: http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/151214delitos_odia.pdf (consultada: 30/03/16).

36 <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio> (consultad: 30/03/16).

37 Véase por ejemplo la página web <http://conlavozbienalta.org/> de la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.

4. LA EXPERIENCIA ITALIANA: LA HOMOFOBIA ENTRE EL SILENCIO LEGISLATIVO Y EL PAPEL SUPLETORIO DE LOS JUECES

4.1. Introducción

En los últimos treinta años todos los países democráticos avanzados han ido aprobando leyes para proteger a las personas LGTBI, a sus uniones y sus familias. La experiencia española es un referente en esta materia y muestra una tendencia que se ha ido extendiendo y consolidando no sólo en Europa sino también en otras partes del planeta³⁸. Italia es, sin embargo, una excepción. La comunidad LGTBI italiana está abandonada en un limbo, en un estado de incertidumbre jurídica en lo que respecta al pleno reconocimiento de su dignidad. Lo ha subrayado recientemente el TEDH, en el caso Oliari y otros c. Italia³⁹, al interpretar la ausencia de una disciplina jurídica que asegure protección a las relaciones estables de convivencia entre las personas del mismo sexo como una lesión inaceptable de un derecho fundamental. Se trata de una violación de derechos individuales que hace de Italia la única democracia occidental en la que todavía no se han traducido en normas jurídicas las exigencias de la vida cotidiana de las parejas del mismo sexo⁴⁰.

38 Sobre esta evolución véase F. MARTEL, *Global gay: cómo la revolución gay está cambiando el mundo*. Taurus, Madrid, 2013. También el número 17, publicado en octubre de 2013, de la *Revista General de Derecho Constitucional*, monográfico dedicado a «El movimiento LGTB en perspectiva constitucional».

39 STEDH de 21 de julio de 2015, *Oliari y otros c. Italia*, causa núm. 18766/11 y 36030/11.

40 El 25 de febrero de 2016 el Senado italiano dio su aprobación a la enmienda que el Gobierno había planteado sobre el proyecto de Ley 2081, conocido como «Cirinnà», en materia de uniones civiles entre personas del mismo sexo. La tramitación de este proyecto ha sido un camino lleno de obstáculos. El texto extiende la mayor parte de los derechos «matrimoniales» a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Sin embargo, el complejo compromiso que ha llevado a la aprobación del proyecto por el Senado ha conllevado el sacrificio de algunas partes importantes, entre ellas de las disposiciones relativas a la denominada *stepchild adoption*, es decir, a la posibilidad de pedir la adopción del hijo biológico o adoptivo de la otra parte, garantizándose así al menor la estabilidad y la certeza jurídica de la relación con el genitor «social». De esta manera se mantiene una laguna legislativa que hace que en la práctica aquellos menores que ya crecen en familias homoparentales continúen siendo considerados por el Estado como hijos «de segunda categoría». El debate parlamentario ha demostrado una vez más la homofobia latente en las instituciones y que se manifiesta en la permanente intención de determinados sectores de diferenciar a las familias homoparentales, negándoles su igual dignidad y respeto, tal y como se ha reflejado en las afirmaciones de muchos políticos que han insistido en su condición de aquéllas como opciones «contra natura». Entre las principales diferencias de reglamentación entre las uniones civiles y el matrimonio ha provocado una gran discusión, por ejemplo, la falta de la

Se pueden señalar varias razones de esta excepcionalidad italiana: la absoluta incompetencia de buena parte de la clase política, pero también la tendencia de esta última de trasladar cuestiones relativas a los derechos civiles a la esfera de la moral, con el fin de sustraerlas del juego democrático⁴¹. A ello habría que sumar la congénita pereza del legislador, que hace que en la práctica las iniciativas se prolonguen excesivamente en el tiempo y acaben decayendo. Esta situación se produce además en un contexto de profunda crisis de representatividad de las instituciones italianas. En los últimos cinco años una serie de pronunciamientos de la Corte constitucio-

obligación de fidelidad en el interior de las uniones civiles: privar a las parejas *same sex* de la obligación de ser fieles no significa que se las exonera de un deber fastidioso, sino que se las grava con el estigma de seguir considerándolas menos dignas para construir una relación. Significa, en otras palabras, tener desconfianza hacia las relaciones homoafectivas, que se siguen considerando como minoritarias y como incapaces de generar vínculos recíprocos similares a los de un matrimonio «verdadero».

El Gobierno italiano logró finalmente el 11 de mayo de 2016, por 369 votos a favor, 193 en contra y dos abstenciones, la aprobación definitiva, mediante una moción de confianza planteada a la Cámara de Diputados, del proyecto de ley de uniones civiles entre parejas del mismo sexo. El texto representa el primer reconocimiento legislativo de la vida familiar homosexual en Italia. De entrada, las diferencias entre matrimonio y uniones civiles son sólo nominales, no de contenido. De hecho, se reconocen todos los derechos vinculados al matrimonio. Ahora bien, no podemos obviar que las palabras «importan», especialmente cuando nos referimos a instituciones en las que los símbolos, las definiciones y los términos asumen un gran relieve social. La gran ausente de esta reforma ha sido finalmente la filiación: el voto de confianza ha supuesto el sacrificio del art. 5 del proyecto, el cual extendía a las partes de una unión civil homosexual, a través de la reforma del art. 44, letra b, de la Ley sobre la adopción n. 184/83, la posibilidad de solicitar la adopción del hijo biológico o adoptivo de la otra parte, garantizando así al niño o a la niña la estabilidad y la certeza jurídica de la relación con los «genitores sociales». Sin embargo, es interesante subrayar cómo el texto ha incorporado una «sibilina» referencia a la filiación adoptiva. En concreto se prevé el mantenimiento de lo previsto y consentido en materia de adopción por las normas vigentes. Ahora bien, la ley italiana sobre adopciones no prevé nada, en consecuencia podemos concluir que no permite, sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por lo tanto parece evidente que la disposición debe ser interpretada como una especie de cláusula «de salvaguarda» dirigida a permitir, o mejor dicho, a no impedir la consolidación de una orientación jurisprudencial reciente según la cual se ha reconocido la adopción por parte de la pareja del mismo sexo para proteger los intereses del menor (en este sentido, véase el pronunciamiento del Tribunal de menores de Roma de 30 de julio de 2014).

41 Véase M. WINKLER y G. STRAZIO, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*. Mimesis, Milano-Udine, 2015, pp. 17.ss. Desde una perspectiva comparada, véase M. MOSCATI, *Pasolini's Italian Premonitions: Same-Sex Unions and the Law in comparative perspective*, Wildy, Simmons and Hill Pub, London, 2014, pp. 152-157.

nal⁴² y de la Corte Suprema de Casación⁴³ han puesto en evidencia la inactividad del legislador, reconociendo expresamente la dignidad constitucional de las uniones homosexuales en cuanto «formaciones sociales» en el sentido del art. 2 de la Constitución italiana y demandando al Parlamento una disciplina sobre la materia. Estos llamamientos reiterados, a los que el TEDH se refiere a través de un interesante diálogo vertical entre Cortes, han caído sin embargo en el vacío⁴⁴. Al contrario, han sido objeto de un verdadero boicot parlamentario.

Frente a este panorama no es excesivo hablar de homofobia institucional, desde el momento en que de manera sistemática se ignoran las exigencias de tutela de un determinado grupo de ciudadanos y se reenvían a un futuro incierto la aprobación de las leyes necesarias para la garantía de sus derechos fundamentales⁴⁵. No existe protección de las parejas del mismo sexo, no existen leyes que protejan adecuadamente a las personas LGTBI, existen pocas normas sobre la tutela de los trabajadores, falta el desarrollo de una política nacional contra la discriminación y que favorezca una cultura de la diversidad. El Parlamento, interpelado varias veces por los tribunales nacionales y las instituciones europeas, todavía no se ha pronunciado al respecto. De esta manera, comprobamos cómo la homofobia institucional se manifiesta de manera singular a través de la omisión legislativa y de las reticencias parlamentarias a convertir en derecho las exigencias de una parte de la ciudadanía. En consecuencia, el colectivo LGTBI sufre en Italia una doble forma de homofobia, la que continúa estando presente en la sociedad y la que deriva del silencio parlamentario, el cual contribuye a alimentar un clima de criminalización, estigmatización y exclusión social⁴⁶.

42 Sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 170 de 2014 y, sobre todo, n. 138 de 2010.

43 Sentencias n. 2400 de 2015 y n. 4184 de 2012.

44 Véase D. GALLO y M. WINKLER, «The construction of same-sex families in Western Europe through Legislative and Judicial Dialogues: The role of National Legislatures and Supranational Courts», in KJOS-MÜLLER (coord.), *Transnational Judicial Dialogue: concept, method, extent, effects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

45 Para una definición precisa de «homofobia» y de «homofobia institucional» véase S. MAUCERI, *Omofobia come costruzione sociale*, Franco Angeli, Roma, 2015; M. GRAGLIA, «Omofobia contemporanea: la pressione sociale all'invisibilità e la contrarietà verso l'omogeneità», *Rivista Sperimentale di Freniatria*, n. 2, 2014, y de la misma autora, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Carocci, Roma, 2012; M. CHIULLI, *Out. La discriminazione degli omosessuali*, Editori Riuniti, Roma, 2012.

46 Basta con recordar cómo Italia continúa estando en las últimas posiciones del denominado *Rainbow Europe Country Index*, cuya última edición fue hecha pública en mayo de 2015. Este índice, elaborado por la sección europea de ILGA (*International Lesbian and gay association*), mide sobre la

Frente a las reticencias del legislador italiano, la tutela de la orientación sexual y la identidad de género se ha llevado a cabo a través de los órganos judiciales que en muchas ocasiones han tenido que colmar los vacíos normativos. La contribución de la jurisprudencia europea ha sido fundamental no solo para los contenidos sustanciales de los pronunciamientos sino también para el cambio de la conciencia social y para la emergencia de una mayor sensibilidad en la opinión pública hacia la condición de las personas LGTBI. Sin embargo, el reconocimiento de derechos por medio de la jurisprudencia, en un ordenamiento de «civil law» como el italiano, solo puede avanzar mediante pequeños pasos y no necesariamente de manera lineal. Se trata, en última instancia, de deconstruir el paradigma heterosexual que domina el derecho y la producción normativa. El hecho de que este proceso de deconstrucción se esté llevando a cabo por los jueces (y no, como sería oportuno, por el legislador) provoca en la práctica una mayor conflictividad y genera la presencia de elementos ambiguos y contradictorios. Este tímido avance hacia la plena paridad de derechos es frustrante e insatisfactorio para las personas homosexuales pero también ha hecho posible conquistas que no se habrían conseguido mediante reformas legislativas. A ello ha contribuido la progresiva intensificación de los canales de interacción entre los diversos ordenamientos y entre los jueces de los Tribunales supremos nacionales y extranjeros, un diálogo inducido por la exigencia de ejecutar los principios y las normas de Derecho internacional o supranacional pero también por la ósmosis entre culturas jurídicas cuya vocación transfronteriza y multicultural se ha ido haciendo cada vez más evidente.

Estos procesos de tutela de los derechos fundamentales inciden en uno de los temas más debatidos del constitucionalismo contemporáneo: el papel de los jueces en el proceso democrático. De hecho, el papel de suplencia que los jueces están desempeñando frente a las demandas de reconocimiento de las parejas homosexuales nos remite a la relación entre democracia y derechos. De una parte, se plantea si la mayoría puede privar a un grupo de ciudadanos de algunos derechos fundamentales en virtud del odio o del disgusto moral que provoca un determinado colectivo; de otra, si el activismo judicial, sin una legitimación democrática directa, conlleva el riesgo de una «judicial supremacy» que ponga en peligro el equilibrio institucional⁴⁷.

base de 42 indicadores el nivel de emancipación conseguido por el colectivo en los diferentes países europeos. ILGA-Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex people in Europe*, 2015.

47 Véase por ejemplo N. TROCKER, «L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici», *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, 2011.

En este sentido es paradigmático que uno de los pasajes centrales, y más significativos, de Obergefell v. Hodges, la sentencia del Tribunal Supremo americano de 2015 que reconoció el derecho constitucional de las personas gays y lesbianas, se refiera al papel de los jueces frente a un legislador inactivo: «Los individuos no pueden esperar la acción del legislador para que les sea reconocido un derecho fundamental. Los tribunales están abiertos para los sujetos lesionados que se acerquen a ellos para reivindicar la protección de nuestra Carta fundamental (...) La idea de la Constitución es la de sustraer ciertos temas a las vicisitudes de la lucha política y de situarlos más allá de las mayorías y de los funcionarios públicos, estableciendo principios jurídicos que deben ser aplicados por los tribunales».

4.2. Algunas consideraciones sobre el reciente proyecto de ley contra la homofobia y la transfobia

En Italia ha habido varios intentos de aprobar una ley contra la homofobia y la transfobia. De hecho, en el último decenio ha sido uno de los temas más debatidos en el Parlamento. Sin embargo, hasta ahora las palabras no se han traducido en una ley que haya incorporado la orientación sexual y la identidad de género entre los delitos de odio⁴⁸. La denominada Ley Reale-Mancino (ley nº 654/1975, modificada por el Decreto ley nº 122/1993) se limita a castigar los delitos y los discursos de odio fundados sobre características personales como la raza, la nacionalidad, el origen étnico y la religión. Un primer intento para introducir la orientación sexual y la

48 Debemos recordar que el sistema penal en materia de delitos y discursos de odio actualmente vigente en Italia tiene su origen en la ratificación de la Convención de Nueva York de 7 de marzo de 1966, la cual se produjo mediante la ley n. 654, de 13 de octubre de 1975. En su formulación original, el art. 3, apartado 1º, castigaba con prisión de 1 a 4 años a «quien difunde de cualquier manera ideas fundadas sobre la superioridad o sobre el odio racial», o a quien «incita de cualquier manera a la discriminación, o incita a cometer o comete actos de violencia o de provocación a la violencia, contra personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico o racial». En el apartado 2º del artículo se castigaba con la prisión de 1 a 5 años de los participantes, y de aquellos que presten asistencia, en asociaciones y organizaciones que tengan como fin «incitar al odio o a la discriminación racial». Para los jefes o promotores de estas organizaciones o asociaciones la pena era mayor. Estas previsiones normativas fueron significativamente modificadas por el Decreto Ley 122/1993, transformado con modificaciones en la Ley 205/1993. La ley amplía su radio de acción, extendiéndose a las discriminaciones religiosas. Es relevante, sobre todo por su potencial extensión a numerosos tipos de delitos, la introducción de una circunstancia agravante aplicable cuando el hecho sea cometido con el objetivo de discriminar o manifestar odio (étnico, nacional, racial o religioso), o bien cuando se pretenda facilitar actividades de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus objetivos la misma finalidad.

identidad de género se produjo en 2008, cuando fueron presentadas dos propuestas en la Cámara de Diputados que finalmente se redujeron a una sola que se limitaba a extender la agravante específica en el Código Penal sin modificar la planta de la ley. La propuesta, ya reducida al mínimo, fue bloqueada como consecuencia de una moción sobre su legitimidad constitucional a la luz de los principios de taxatividad y razonabilidad de las normas penales. Entre otras cosas, en la cuestión prejudicial se sostenía la indeterminación del término orientación sexual, lo cual conllevaba el riesgo de poder referirlo a «cualquier orientación, comprendidos el incesto, la pedofilia, la zoofilia, el sadismo, la necrofilia, el masoquismo, etc.»⁴⁹.

Un segundo intento se produjo en 2011 cuando se presentó un proyecto de ley dirigido a extender la circunstancia agravante a una serie más amplia de factores, tales como el sexo, la edad, la discapacidad, la homosexualidad o la transexualidad⁵⁰. La propuesta fue de nuevo objeto de una cuestión prejudicial de constitucionalidad, esta vez basada en una formalista y abstracta visión del principio de igualdad. En la cuestión se argumentó que tutelar la homosexualidad sin prever una tutela para la heterosexualidad determinaría una discriminación a la inversa, incompatible con el art. 3 de la Constitución. La argumentación, además de inconsistente, encierra una lectura errónea del principio de igualdad que no tiene en cuenta su aspecto sustancial que obliga a valorar el contexto social e individual, con el fin de intervenir, incluso de manera diferenciada, allí donde esté justificado por la necesidad de remover los obstáculos que impiden la igualdad real. Además no tiene en cuenta la diversa naturaleza del delito y de su impacto sobre el grupo social de referencia: en el caso de la agresión homófoba no es solo lesionada la víctima sino también la entera comunidad de pertenencia.

El último intento, cuya conclusión es todavía incierta, se produjo en 2013. En la Cámara de los Diputados se presentó un nuevo proyecto de ley titulado «Disposizioni in materia di contrasto dell’omofobia e della transfobia». La reforma pretende introducir las discriminaciones fundadas en la homofobia y la transfobia junto a las de matriz racista, étnica, nacional y religiosa. Junto a la previsión de delitos específicos, se prevé también la previsión de dichas circunstancias como agravantes en todos los delitos.

49 Véase E. DOLCINI, «Di novo affossata una proposta di legge sull’omofobia», *Diritto Penale e Processo*, 2011, p. 1395.

50 E. DOLCINI, «Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge», in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2011.

El último avance en este devenir jurídico se produjo con la reforma que en 2006 se llevó a cabo del art. 3 de la Ley 654/1975, mediante la que se sustituyó «quién difunde de cualquier manera» por «quien propaga ideas fundadas sobre la superioridad o el odio racial o étnico», y quien «incita» por quien «instiga a cometer o comete actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos». La introducción de estas precisiones terminológicas no ha resuelto las dificultades interpretativas y aplicativas de estos tipos penales, reforzándose de alguna manera la idea de su intrínseca indeterminación ya que se mantiene la dificultad de distinguir en la práctica entre «la difusión de cualquier manera» y la «propaganda», o entre «incitar» e «instigar». Pero no sólo: las mismas nociones de «odio» y «discriminación» plantean dificultades definitorias que impiden individualizar con absoluta certeza las conductas inadmisibles. La Corte de Casación ha afirmado, por ejemplo, que cuando se habla de «sentimiento de aversión o de discriminación fundado sobre la raza, el origen étnico o el color» se está hablando de «un sentimiento inmediatamente imperceptible como connatural a la exclusión de condiciones de paridad»⁵¹. En la jurisprudencia del TEDH, la discriminación es descrita de modo muy amplio y genérico: consiste en «tratar de modo diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones comparables»⁵². El fundamento de la noción aportada por el Tribunal de Estrasburgo está constituido por el art. 14 CEDH, el cual afirma que el goce de los derechos y las libertades reconocidas en la Convención debe ser asegurado sin ningún tipo de discriminación, en particular de aquellas basadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o aquellas de cualquier otro tipo, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la riqueza, el nacimiento o cualquier otra condición. Esto ha permitido ampliar la noción de discriminación a otros grupos o colectivos en función de otras condiciones o circunstancias –el sentimiento religioso, el género, la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad–, gracias a una progresiva toma de conciencia de la diversidad de conductas que pueden suponer un trato discriminatorio. En todos estos casos, la conducta discriminatoria está conectada con la estigmatización de un determinado grupo a partir de un determinado factor o circunstancia considerado como negativa.

51 Véanse por ejemplo las sentencias de la sección 5^a, de 28 de enero de 2010 y de 28 de diciembre de 2009.

52 Véanse, entre otras, las sentencias de los casos *Willis c. Reino Unido*, nº 36401/97, pár. 48, y *Zarb Adami c. Malta*, nº 17209/02, pár. 71.

Otro perfil problemático de los tipos penales que sancionan los delitos de odio y discriminación y, más en concreto, de los denominados delitos de opinión, es la exacta singularización del bien jurídico protegido. Parece evidente que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, el bien jurídico protegido es la dignidad humana. Este constituye sin duda uno de los nudos centrales del debate sobre este tipo de delitos. Si llevásemos a sus últimas consecuencias la libre manifestación del pensamiento, se abriría inevitablemente la puerta a abusos de la misma, de manera que podrían lesionarse otros derechos o principios⁵³. Por otra parte, el extremo sacrificio de la libertad de expresión podría entrar en conflicto con los principios esenciales de un ordenamiento democrático, conllevando el riesgo de imponer una moral estatal no necesariamente pluralista. El punto de equilibrio entre libertad de expresión y delitos de odio no ha de ser necesariamente el concretado en los Estados Unidos, donde se prima la «freedom of speech»⁵⁴. El TEDH, por ejemplo, tiene una posición menos restrictiva y consiente que los Estados puedan limitar la libertad de expresión cuando sea necesario para tutelar otros derechos fundamentales⁵⁵.

En este armazón jurídico y en este clima de desconfianza se sitúan las propuestas de leyes para luchar contra la homofobia y la transfobia. La última, actualmente a la espera de ser discutida en el Senado, plantea la sanción de: a) la incitación a cometer y la comisión de actos de discriminación fundados sobre la homofobia o sobre la transfobia; b) la incitación a cometer o la comisión de actos de violencia

53 Ello ha sido rechazado por la Corte de Casación, la cual en muchas ocasiones ha mantenido, retomando lo ya dispuesto por la Corte constitucional en la sentencia 188/1975, que «la libertad de manifestación del pensamiento del art. 21 de la Constitución no es un valor absoluto, sino que debe ser coordinado con otros valores constitucionales de igual rango. En concreto, el derecho a manifestar libremente el propio pensamiento encuentra un límite derivado del art. 3 Constitución, que consagra solemnemente la igual dignidad y la igualdad de todas las personas sin discriminación (...), de tal manera que legitima cualquier ley ordinaria que prohíba y sancione incluso penalmente, desde el respeto a los principios de tipicidad y *«ofensividad»*, la difusión y la propagada de teorías racistas y justificadoras del odio y la discriminación (...).»

54 Este posicionamiento a favor de la libertad de expresión se constata en el hecho de que los Estados Unidos, aun teniendo una ley para luchar contra la homo/transfobia, la conocida como *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*, de 2009, y que extiende la severa legislación contra la violencia racial a los delitos motivados por la orientación sexual y la identidad de género de la víctima, no prevé ninguna sanción penal para los conocidos como *hate speeches*.

55 Véase, en relación con los discursos homófobos, la ya citada STEDH del caso *Veddeland & otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012. También las sentencias de 20 de abril de 2010, *Le Pen c. Francia*, y del 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*.

por motivos fundados en la homofobia o transfobia; c) la participación en grupos u organizaciones que tengan entre sus fines incitar a la discriminación o a la violencia por motivos fundados en la homofobia o la transfobia.

Uno de los aspectos más debatidos de esta propuesta ha sido la incorporación de algunas enmiendas que, según buena parte de la doctrina, alterarían el sentido mismo de la ley⁵⁶. De hecho, el texto prevé lo siguiente:

«en el sentido de la presente ley no constituyen discriminación, ni incitación a la discriminación, la libre expresión y manifestación de convicciones u opiniones que sean expresión del pluralismo de las ideas siempre que no inciten al odio o la violencia; ni las conductas conforme al derecho vigente o bien realizadas en el interior de organizaciones que desarrollen actividades de naturaleza política, sindical, cultural, sanitaria, de educación o bien de religión o de culto, relativas a la actuación de los principios y los valores de relevancia constitucional que caracterizan a tales organizaciones».

De entrada, la misma redacción de la enmienda es ambigua. Por otra parte, se refiere sólo a aquellos casos en que las conductas discriminatorias o la manifestación de opiniones deben ser castigadas como delito en el sentido de la llamada Ley Reale (art. 3.a). Por lo tanto, la incitación al odio o a la violencia permanece intacta tanto cuando se produzca dentro como fuera de las organizaciones. También la circunstancia agravante permanece intacta. Entre tales organizaciones, por otra parte, no se incluyen ni las empresas ni los entes públicos. Finalmente, debemos subrayar el hecho de que cualquier delito motivado por homofobia o transfobia sería persegurable también de oficio y no sólo a instancia de parte⁵⁷.

Más allá del debate sobre las mayores o menores bondades de la reforma, es importante subrayar que la relevancia de esta disciplina no puede ser subvalorada ni desde el punto de vista jurídico ni desde el social o meramente simbólico. Por encima de todo se trataría de la primera gran reforma a nivel nacional que reconocería expresamente la existencia y la dignidad de las personas homosexuales y transexuales y que supone una toma de posición por parte del Estado y de las instituciones en

⁵⁶ Véase por ejemplo L. MORASSUTTO, «Legge contro l'omofobia e transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?» y «Omofobia e transfobia: il trucco c'è... si vede», ambos en www.articolo29.it, 2013 (consultada: 24/02/16).

⁵⁷ Más optimista sobre las enmiendas al proyecto de ley contra la homo/transfobia es M. GATTUSO, «Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca», en www.articolo29.it, 2013 (consultada: 24/02/16).

tal sentido. Por lo tanto, más allá de comportar una mayor activación de las fuerzas del orden y un mayor empeño de los magistrados en la protección de la comunidad LGTBI, contribuiría también a difundir un sentimiento de legalidad y de inclusión a nivel social. Sin embargo, el legislador italiano, una vez más, parece dispuesto a perder una ocasión para superar la distancia que lo separa de otros países en esta materia. El proyecto continúa a la espera de ser debatido en el Senado y corre el riesgo de ser finalmente insuficiente de acuerdo con las exigencias que se han reiterado desde la Unión Europea.

5. LOS CONTROVERTIDOS «DISCURSOS DE ODIO»: ENTRE LA TUTELA DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si con respecto a los denominados «crímenes de odio» («hate crimes»), caracterizados por una conducta material violenta, el conflicto con la libertad de expresión se advierte en menor medida, con respecto a los «discursos de odio» («hate speech») el problema del equilibrio se muestra particularmente complejo. Incluso los que reclaman la presencia en un ordenamiento democrático del «hate speech» y más en general de los delitos de opinión, plantean la necesidad de concretar motivaciones convincentes para justificar las limitaciones de la libertad de expresión.

Ciertamente el hecho de que la noción de «hate speech» sea históricamente incierta y contenga conceptos vagos y difíciles de definir no ayuda. Habitualmente el «hate speech» es definido como el discurso dirigido a promover odio frente a ciertos individuos o grupos, usando epítetos que denotan desprecio o intolerancia sobre todo en relación a la raza, la religión o la sexualidad⁵⁸. A nivel internacional es posible encontrar diversas enunciaciones específicamente referida a la incitación al odio: desde la Convención internacional sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación racial⁵⁹, que condena a las organizaciones que se inspiran en teorías basadas en la superioridad racial y en su propaganda, hasta el Pacto internacional de

58 Véase D.O. BRINK, «Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech», *Legal Theory*, 7, 2011, pp. 119-157; M. ROSENFIELD, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A comparative Analysis», *Cardozo Law Review*, vol. 24, 2003, 1523-1567; R.C. POST, «La disciplina dell'hate speech tra considerazione giuridiche e sociologiche», en D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Armando editore, Roma, 2011, p. 97.

59 Art. 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

derechos civiles y políticos que establece que «cualquier apelación al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia debe estar prohibida por ley»⁶⁰. Según la Recomendación No. R (97)20 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 30 de octubre de 1997, el término «hate speech» se referiría a cualquier forma de expresión que promueva, incite o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia. En todos estos casos se recurre a conceptos como «desprecio», «incitación al odio», «intolerancia», que por su naturaleza son indeterminados y se prestan a interpretaciones diversas. Buena parte de las legislaciones existentes sobre estos discursos los definen no solo de acuerdo con expresiones que provoquen disgusto, odio, desprecio, sino también con otros elementos que justifican la intervención estatal: por ejemplo, en algunos casos se da relieve a las modalidades expresivas, en otras se pone el acento en las posibles consecuencias dañinas que el discurso puede provocar.

La distinción entre contenido y modalidad expresiva es significativa, especialmente en situaciones como la juzgada por el TEDH en relación a discursos homófobos. En el caso Vejeland c. Suecia⁶¹, de 9 de febrero de 2012, los jueces europeos establecieron que la condena penal por la distribución de folletos que contenían frases homófobas no suponía violación del art. 10 CEDH al considerar que la misma estaba justificada por un interés social prevalente. La decisión provocó una intensa discusión. Si una primera lectura podría llevarnos a considerar que el TEDH optaba por el reconocimiento del «hate speech», y más en particular del «hate speech» homófóbico, en realidad mantiene una cierta desconfianza hacia esta categoría de delitos. De hecho se pone de manifiesto el problema de individuación del discurso no protegido y del bien que se pretende tutelar prohibiéndolo. En el supuesto de que tal individuación no emerja claramente del contenido del discurso, se plantea la dificultad de distinguir entre el discurso indignante y la manifestación de ideas fastidiosas, incluso chocantes, pero consentidas. Como muchos autores han subrayado⁶²,

60 Art. 20 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

61 El recurso tuvo su origen en la condena a cuatro ciudadanos suecos, de acuerdo con las previsiones del Código penal sueco que castiga las acciones contra grupos nacionales o étnicos, que habían distribuido en una escuela folletos que contenían frases ofensivas y despectivas de las personas homosexuales.

62 Véanse por ejemplo P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, Oxford University Press, Londres, 1965; R.C. POST, «Racist Speech, Democracy and the First Amendment», *William Mary Law Review*, 3, 1992, 2267 ss.; «Law and cultural conflict», *Chicago Kent Law Review*, 78, 2003, 485 ss.; V: CUC-

tal distinción se funda en las normas que caracterizan una determinada sociedad en un momento determinado. En este sentido, las normas sociales se caracterizan por ser necesariamente intersubjetivas, en cuanto que se refieren a los comportamientos y los estándares que las personas esperan de los demás. En consecuencia, el conjunto de estas normas comunitarias define la cultura y por lo tanto la identidad de cada sociedad. Estas normas, por otra parte, están sujetas a una continua evolución y transformación. En consecuencia, las normas que caracterizan una determinada sociedad están constantemente amenazadas por los cambios sociales y por ello el Estado interviene para aplicar y estabilizar normativamente tales estándares. La disciplina del «hate speech» tendría por tanto la finalidad de estabilizar normas consideradas importantes para cada sociedad, desde el momento en que cualquier sociedad supone la existencia de vínculos invisibles de un pensamiento común. Por lo tanto, el Derecho en el momento en que decide intervenir, debe siempre decidir qué normas sociales y en consecuencia qué comunidad y qué cultura sostener.

Este es un punto que los jueces del TEDH subrayan en la sentencia del caso *Vedjeland c. Suecia*. En concreto, en relación a los folletos homófobos el Tribunal Supremo sueco habló de afirmaciones «innecesariamente ofensivas», sin definir en concreto el requisito del «desprecio» hacia un cierto grupo que las afirmaciones deben expresar para la configuración del delito. Los jueces Spiellman y Nuberger insistieron, con el objetivo de configurar el «hate speech», sobre la necesidad que tras las afirmaciones ofensivas debería estar el objetivo de «degrade, insult or incite hatred against persons or a class of persons on account of their sexual orientation». Este aspecto emerge también de la opinión concurrente del juez Zupancic, el cual subraya la incapacidad de los tribunales nacionales para definir con claridad conceptos como «desprecio» o «incitación al odio». En este sentido es relevante la apelación que se hace a otro caso sueco relativo a las declaraciones homófobas de un sacerdote durante un sermón⁶³. En aquella ocasión, el Tribunal Supremo sueco absolvio al pastor evangélico cuestionado, estimando que la condena podría haber sido censurada en un posible juicio ante el Tribunal de Estrasburgo. En el caso *Vedjeland*, sin embargo, se produce justo lo contrario: se confirma la condena de los imputados porque la absolución habría sido censurada por los jueces europeos. En este sentido, las argumentaciones de la Corte sueca se fundan más

CIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, Turín, 2007; L. SCAFFARDI, *Oltre I confine della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padua, 2009.

63 El TS sueco, en el caso *NJA*, 2005, 805, absolvio a un pastor evangélico de la acusación de incitación al odio a pesar de haber atacado el matrimonio entre personas del mismo sexo, definiendo a los homosexuales como perversos y como un cáncer en el cuerpo de la sociedad.

sobre razones de oportunidad que sobre razones jurídicas: ¿los folletos efectivamente expresaban desprecio y odio hacia las personas homosexuales, tal y como exigía la norma penal, o no lo hacían? ¿Sobre qué bases hay que considerar no solo discriminatoria, sino también peligrosa y penalmente perseguible, una manifestación del pensamiento? ¿Qué justifica una intervención pública que invada el espacio de la libre expresión? La concreción de este ámbito es esencial porque está en juego una libertad fundamental. Y aquí es necesario volver a las que hemos identificado como las normas sociales que caracterizan una cierta sociedad y una cierta cultura: cualquier disciplina dirigida a la limitación del discurso del odio y la discriminación contiene en sí misma, más o menos explícitamente, una escala de valores. De hecho, la incitación al odio, en tanto que no se transforme en una conducta material, no es otra cosa que un pensamiento, una idea. Por tanto, la intervención pública no puede ser neutral. En este sentido, la mayor parte de los países de cultura jurídica occidental se sitúan, con diversos matices, a mitad de camino entre dos extremos: a) los ordenamientos «abstencionistas», como sucede en Estados Unidos, que, siguiendo una impostación liberal, consideran el libre mercado de las ideas como uno de los principales factores de la cultura democrática; b) los «intervencionistas», como Canadá o Alemania, que reprimen formas expresivas odiosas que amenazan el orden democrático.

Otro aspecto crítico, consecuencia directa de la dificultad para definir la noción de «hate speech», se refiere a la extensión del tipo, es decir, qué tipo de conductas penalizar y qué tipo de sanciones prever. En cuanto a la segunda cuestión, la doctrina se plantea la oportunidad de acudir a las sanciones penales. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de los ordenamientos anglosajones, que históricamente han considerado el uso impropio de la palabra como ilícitos civiles, los europeos han usado el Derecho penal para reprimir tales conductas. La disciplina del «hate speech» no es una excepción, lo cual plantea serios problemas con respecto a la definición del tipo⁶⁴. En algunos casos se da relieve a las modalidades expresivas, en otros se pone el acento en las posibles consecuencias dañinas que el discurso puede provocar.

64 Véanse E. LAMARQUE, «I reai di opinione», en M. CUNIBERTI-E. LAMARQUE-B. TONOLETI- G.E. VIGEVANI- M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di Diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2011; P. TANZARELLA, «Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato constitucionalmente protetto», en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, pp. 50 ss.; P. CARETTI, «Manifestazioni del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multiétnica», en *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, pp. 111 ss.; A. PIZZORUSSO, «Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali», en *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, cit., pp. 651 ss.

La expresión odiosa o discriminatoria, de hecho, no equivale a la realización de un acto violento o discriminatorio. En particular, en el primer caso, la normativa está concebida para castigar no solo el contenido del discurso sino también la modalidad a través de la que se expresa. Por tanto, el «hate speech» será formulado como una expresión que supone un insulto, desprecio o degradación. En consecuencia es posible expresar ideas u opiniones sobre la raza, la religión o la orientación sexual sin superar el sentimiento general de decencia o el respeto hacia los demás. El problema en estos casos es la imposibilidad de definir de manera cierta y objetiva la frontera entre lo que resulta humillante y aquello que no lo es. El riesgo se halla en caer en lo que los americanos denominan «viewpoint discrimination», es decir, en una discriminación vinculada al punto de vista manifestado⁶⁵. En la segunda hipótesis, sin embargo, se requiere una relación causal entre la expresión odiosa y la producción de efectos dañinos externos. En este caso el problema es establecer la intensidad de la conexión entre el discurso y sus efectos.

En los Estados Unidos se requiere una estrecha conexión causal entre palabra y daño: el discurso debe incitar a una inmediata ruptura de la paz pública («clear and present danger»)⁶⁶. En los países europeos, sin embargo, el nexo de causalidad parece ser más atenuado, en tanto que se permite la represión del discurso que presente solo la posibilidad de producir daños en el sistema social («bad tendency»). La jurisprudencia del TEDH parece situarse más en esta dirección. Así se deduce de los casos Féret c. Bélgica y Le Pen c. Francia⁶⁷, en los que el TEDH ha reconocido la naturaleza de «hate speech» a los discursos anti-inmigración y anti-islamización de los líderes de dos partidos políticos, condenados respectivamente por «pública incitación al racismo, el odio y la discriminación» y por «provocación a la discriminación, el odio y la violencia». En el primer caso, el TEDH considera que no se ha producido violación del art. 10 CEDH, mientras que en el segundo rechaza el discurso declarándolo inadmisible. El TEDH, al subrayar la enorme importancia de la lucha contra la discriminación, distingue dos tipos de consecuencias de este tipo de discursos:

65 Véase R.A.V. c. City of St. Paul, Minnesota, 505 US 377 (1992).

66 Es la doctrina del denominado «*clear and present danger test*» que se afirma a partir de los casos *Schenck c. los Estados Unidos*, 249, U.S. 47(1919) y *Abraham c. Estados Unidos*, 250 U.S. 616 (1919). En ambos casos el juez Holmes mantuvo la necesidad de un escrutinio más estricto de las limitaciones a la libertad de expresión respecto a la doctrina del «*bad tendency test*» que se había seguido hasta entonces.

67 SSTEDH de 16 de julio de 2009 (causa n. 15615/07) y de 20 de abril de 2010 (causa nº 18788/09).

en primer lugar, el sufrimiento psicológico y social de los miembros del grupo afectado y, en segundo lugar, la influencia negativa generada a nivel social. Es fundamentalmente este segundo aspecto el que permite aflorar las «bad tendencies» del «hate speech». El temor radica en que estos discursos puedan generar o alimentar un clima de intolerancia, discriminación o violencia en la comunidad, animando incluso a que se cometan actos violentos contra grupos de individuos ya que al reforzar los prejuicios y estereotipos, contribuyen a lesionar la dignidad de los miembros del grupo que es atacado.

La indeterminación del concepto de «hate speech» y la inevitable representación de una identidad cultural dominante que sugiere explican la desconfianza que genera. Se plantea además otro problema: ¿cómo identificar los intereses socialmente relevantes que pueden legitimar la limitación de una expresión odiosa? En otros términos, ¿cuáles son los bienes jurídicos que se pretenden proteger y, sobre todo, cómo efectuar la ponderación entre intereses contrapuestos? En el caso del discurso odioso y discriminatorio, la limitación de la libertad de expresión se legitima por la necesidad de tutelar la igualdad y la dignidad del grupo atacado. Así, por ejemplo, se ha interpretado el límite de la «protección de la reputación y de los derechos ajenos» previstos en el segundo apartado del art. 10 CEDH: de una parte, el principio personalista que se concreta en la inviolabilidad de la persona y, de otra, la igual dignidad social, carácter esencial del individuo y patrimonio de toda la colectividad⁶⁸. Por lo tanto en él puede fundarse el bien jurídico protegido por la normativa sobre el «hate speech». Por ello, y a pesar de la indeterminación de las definiciones y de los conceptos usados, el juez no estaría privado de instrumentos valorativos para la ponderación: el valor de la dignidad humana, «único valor que transciende el sistema»⁶⁹, se convertiría en el principio-guía para asegurar la coexistencia de las libertades, desde una perspectiva de promoción de la persona, de su personalidad y de su libertad. No olvidemos que el discurso del odio «no produce solo irritación o indignación, sino también un auténtico sufrimiento psíquico, una pérdida de autoestima y una dismi-

68 Según Scaffardi, «la dignità umana può essere intesa come un valore supercostituzionale e come «con-fine» degli ordinamenti stessi (...) Si tratta di un principio costituzionale oggettivo rivolto ad una determinazione valoriale dei sistemi». L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, p. 239.

69 C. PANZERA, «Frammenti di un monologo... in attesa di un dialogo. Il bilanciamento fra valori costituzionali in due casi giudiziari “scottanti”», en E. NAVARRETA-A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 109.

nución de la capacidad de superar la propia situación de inferioridad social»⁷⁰, por lo que representa una amenaza al pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

No obstante, es necesario ser cauto con respecto al recurso indiscriminado a la dignidad humana: en el momento de su concreción puede revelarse multiforme y sujeta a interpretaciones ciertamente versátiles que pueden hacer perder consistencia al argumento más fuerte de la tutela penal contra los discursos del odio. El recurso a la dignidad, en cuanto bien jurídico protegido que hay que ponderar con otros bienes constitucionales, debe hacerse con prudencia y siempre de acuerdo con su declinación social, ya que esta es la única manera posible de objetivar su significado.

6. CONCLUSIONES

1ª) Son varios los límites y dificultades interpretativas y aplicativas que ponen en duda la eficacia de las normas penales para luchar contra la homofobia y la transfobia: a) El riesgo de hacer perder fuerza al instrumento punitivo que, por la amplitud y elasticidad del bien que pretende proteger –la dignidad humana– se presta a legitimar propuestas de criminalización tan complejas de delimitar como por ejemplo pueden ser los actos preparatorios, lo cual lleva a valorar el comportamiento interior del autor (el móvil homófobo) cuya demostración procesal puede terminar siendo una auténtica prueba diabólica; b) Los medios usados para luchar contra los fenómenos de homofobia y transfobia nacen de un vacío, antes que jurídico, cultural. Algunos autores han hablado, de hecho, del riesgo de un uso simbólico del Derecho Penal⁷¹; c) La escasa eficacia de los instrumentos punitivos para resolver el problema socio-cultural de la homofobia/transfobia necesita sobre todo más amplias políticas educativas e informativas. De lo contrario se criminalizarán actuaciones escasamente ofensivas o manifestaciones del pensamiento cuya odiosidad es difícilmente demostrable en juicio sin haber actuado previamente sobre las causas de los fenómenos homófobos. Es necesario intervenir previamente sobre el reconocimiento de los derechos civiles y sobre el plano educativo con el fin de crear una cultura del respeto, de la igualdad y de la inclusión, siendo poco oportuno confiar solamente en el Derecho Penal el deber de crear o plasmar la ética, la cultura o la civilización. La función

70 M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'egualanza e difesa dello Stato», en *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 103 ss.

71 G. RICCARDI, «Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale», cit., p. 51. En un sentido similar, A. PUGLIOTTO, «Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel Diritto costituzionale», en *Diritto Penale Contemporaneo* (<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1378823427PUGLIOTTO%202013.pdf>, consultada: 03/03/16).

del Derecho Penal debería ser la consolidación de los intereses y bienes compartidos, ser la última y extrema «ratio», el instrumento de clausura de un sistema de valores compartidos a través de la persecución de las acciones que amenazan o dañan los derechos fundamentales de la persona.

2^{a)}) En el ordenamiento español, la disciplina de los denominados delitos de odio y de discriminación se ha ido depurando en los últimos años, sobre todo tras la reforma de 2015 que ha tenido también el mérito de contribuir a desarrollar determinadas políticas a nivel nacional dirigidas a garantizar la aplicación de las normas jurídicas. En este sentido, debe destacarse la creación de un servicio especializado de coordinación de la acción del Ministerio Fiscal y el mayor empeño del Ministerio del Interior en la prevención y en la persecución de este tipo de delitos. Sin embargo, se siguen planteando varias dificultades: a) las interpretativas y las derivadas de la vaguedad terminológica, especialmente en relación a nociones subjetivas tales como odio, desprecio o fobia; b) la de tipo probatorio, desde el momento en que es necesario el móvil racista, antisemita u homófobo del autor del delito; c) el riesgo de la victimización secundaria; d) los potenciales conflictos que pueden surgir entre diversos derechos fundamentales, como la libertad de conciencia y expresión.

3^{a)}) En cuanto al conflicto que este tipo de normas penales pueden generar con respecto a la garantía de la libertad de expresión⁷², la tensión constitucional deriva

72 Este conflicto es objeto de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial. En particular, la misma jurisprudencia del TC español no es pacífica al respecto. Por ejemplo, en la STC 214/91 consideró que «el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas y grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal» no estaría protegido por la libertad de expresión. Por otra parte, la STC 235/2007, apoyándose en que el sistema constitucional español no puede calificarse como de «democracia militante», estimó que la libertad de expresión no puede restringirse «por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución». Esta posición ha llevado a que parte de la doctrina defienda la libertad de expresión de los «intolerantes», sobre todo en el discurso político. Así, por ejemplo, R. ALCÀCER concluye que «frente al discurso del odio, es el libre intercambio de ideas, el diálogo racional y la conciencia crítica de los ciudadanos lo que ha de venir a neutralizar socialmente los mensajes xenófobos o discriminatorios. En una sociedad con relativas dosis de estabilidad social la alternativa a reprimir penalmente el discurso de odio debe ser asegurar por otras vías – civiles, administrativas, económicas – que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, o quienes hablen por ellos dispongan de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación; que puedan, en suma, hacerse oír socialmente. Dicho de otro modo, y parafraseando el célebre dictum del juez Brandeis, frente al discurso del odio el Estado debe proporcionar los medios necesarios para un discurso de defensa efectivo, que contrarreste, con la palabra y la razón, la irracionalidad del extremismo y la intolerancia. Y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación

del riesgo de «basar la criminalización de cualquier manifestación del pensamiento que contenga juicios críticos discriminatorios sobre una orientación sexual (...) que sean cultural e históricamente valorables, y por lo tanto no apriorísticamente censurables con la sanción penal»⁷³. Pensemos por ejemplo en las habituales declaraciones de miembros de la jerarquía católica en las que se posicionan en contra del matrimonio igualitario o en las que mantienen una concepción devaluada de la homosexualidad⁷⁴. ¿Cabría perseguir penalmente este tipo de actuaciones y por lo tanto limitar, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación, la libertad de expresión? ¿De esas declaraciones puede deducirse un ánimo de injuriar y un sentimiento de odio hacia el colectivo LGTBI? ¿Cómo podría todo eso probarse en el marco de un proceso con todas las garantías? Entendemos que las reacciones del ordenamiento frente a ese tipo de actuaciones deberían plantearse desde otros ámbitos, no necesariamente el penal. Es decir, «un ordenamiento sólido debería estar en condiciones de afrontar el fenómeno sobre todo en el plano cultural, deslegitimando y rechazando las expresiones de odio, y manteniendo una actitud de tolerancia hacia los intolerantes que no lleve a secundar procesos de victimización de los autores»⁷⁵. Ahora bien, ello no quiere decir que un Estado constitucional no tenga «el deber de promover sentimientos anti-homofóbicos y anti-discriminatorios»⁷⁶. Lo discutible en todo caso es que lo haga mediante normas penales y no mediante el reconoci-

directa e inminente a una conducta levisa de la seguridad de los individuos o grupos». «Discurso del odio y discurso político. En defensa de libertad de los intolerantes», *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, pp. 1-32.

73 G. RICCARDI, «Omotobia e legge penale...», cit., p. 38.

74 Sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de mayo de 2014 que consideró que el Obispo de Alcalá había ejercido su derecho a la libertad ideológica y de expresión en la homilia pronunciada el 7 de abril de 2012 y en la que criticó duramente la homosexualidad. El partido Soberanía de la Razón interpuso un recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Instrucción nº 6, de Alcalá de archivar la querella presentada contra el obispo. El recurso entendía que el obispo había cometido un delito de provocación a la discriminación del art. 510.2 CP. La sección número 23 de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que las palabras del obispo no constituían un delito porque no contenían «incitación alguna al odio, la discriminación o la violencia contra los homosexuales,..., sino que se limitan a poner de manifiesto las ideas de Monseñor Reig Plà sobre las personas de esa orientación sexual» (<http://www.elmundo.es/madrid/2014/05/16/5375b18fc47417b188b456c.html>)

75 G. RICCARDI, «Omotobia e legge penale...», cit., p. 38. Es decir, se corre el riesgo de caer en «la trampa del victimismo», es decir, se puede llegar a convertir a los homófobos en «mártires de la libertad de pensamiento». A. PUGIOTTO, «Le parole sono pietre?...», cit., p. 18.

76 G. RICCARDI, «Omotobia e legge penale...», cit., p. 55.

miento de derechos y la consolidación de una cultura en la que la igualdad suponga de manera efectiva el reconocimiento de las diferencias. No se trataría por lo tanto de recurrir a un excesivo paternalismo legal sino de crear las condiciones –sociales, políticas, culturales– para que los individuos, cualquiera que sea su identidad sexual o de género, sean autónomos y desarrollos libremente su personalidad. Obviamente el Código Penal debe prever, sin perder su carácter de última norma a aplicar dado su carácter coactivo, la sanción de aquellas actuaciones que atenten o lesionen los derechos fundamentales de la ciudadanía, a ser posible de manera mucho más sistemática y coherente que lo hace el Código español.

4^{a)}) La lucha contra la discriminación de las personas LGTBI pasa pues, en primer lugar, por el reconocimiento legislativo y las consiguientes garantías de los derechos como colectivo históricamente discriminado. Un colectivo en el que, a su vez, es necesario distinguir diversas situaciones: no sufren, por ejemplo, el mismo grado de discriminación los hombres homosexuales que las mujeres lesbianas, ya que éstas acumulan la relativa a su orientación sexual a la que sufren por razón de género. Además, las personas transexuales e intersexuales requieren una atención específica desde lo que supone el reconocimiento de su derecho a la identidad de género⁷⁷. En este sentido, sería fundamental por ejemplo que tanto el legislador como los jueces y tribunales asumieran y aplicaran correctamente toda una serie de herramientas que el feminismo jurídico ha ido consolidando en el Derecho Antidiscriminatorio. Me refiero a conceptos tales como discriminación directa e indirecta, acoso por razón de la identidad sexual o de género, o discriminación interseccional. Al igual que sucede con respecto a la lucha contra las múltiples discriminaciones que sufren las mujeres, en el caso del colectivo LGTBI habría que tener presente: a) el carácter estructural de esas discriminaciones (consecuencia de un modelo político, social y jurídico de carácter heteronormativo y por tanto binario)⁷⁸; b) el carácter interseccional de los muchos factores que inciden en la especial vulnerabilidad de este colectivo. La le-

77 O. SALAZAR BENÍTEZ, «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, nº 157, 2015, pp. 75-107.

78 Ello debe llevarnos a superar un «paradigma antidiscriminatorio» basado en la declinación de la igualdad como *sameness* en referencia a un sujeto estándar (el sujeto clásico de los derechos: el hombre blanco y heterosexual). El objetivo debería ser no la negación de las diferencias a través de la igualdad, sino al contrario, su valorización jurídica mediante la complementariedad de las dimensiones formal y material de aquélla. Sobre este cambio de paradigma, véase L. GIACOMELLI, «Contra el paradigma antidiscriminatorio: hacia una nueva declinación del concepto de igualdad» en V. CUESTA y D. SANTANA, *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, cit., pp. 49-65.

gislación debería establecer procedimientos judiciales y administrativos específicos sobre no discriminación, que extienda la legitimación procesal de las asociaciones a la hora de litigar en supuestos de discriminación, y que incluya un catálogo amplio y más fino de sanciones, que tenga un carácter compensador pero también preventivo⁷⁹. Igualmente debería prever acciones positivas para aquellos ámbitos en los que el colectivo requiera medidas diferenciadas por encontrarse en una situación de desventaja fáctica.

5^{a)} Como sucede con respecto a cualquier tipo de discriminación, en el caso que nos ocupa son fundamentales todas las medidas que se adopten por parte de los poderes públicos en materia de sensibilización, formación y educación. En este sentido, entendemos que son necesarias y urgentes tres acciones complementarias: a) la inclusión del reconocimiento y respeto de la diversidad afectivo-sexual y de las identidades de género en los contenidos curriculares de la educación obligatoria; b) la formación y sensibilización en estas cuestiones en sectores profesionales tales como Educación, Sanidad, Justicia o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; c) el fomento de una presencia positiva y no estereotipada de este colectivo en los medios de comunicación, así como el desarrollo de campañas institucionales dirigidas a superar los esquemas heteronormativos de nuestras sociedades. Todos estos instrumentos deberían incidir en la concepción de las identidades sexuales y de género como parte esencial de la autodeterminación del individuo y, por lo tanto, como base desde la que cada persona ha de realizar, en condiciones de libertad e igualdad, su proyecto de vida⁸⁰.

6^{a)} De manera más específica, y como instrumentos que podrían ser más eficaces para luchar contra la discriminación de cualquier colectivo, cabe destacar algunas de las previsiones que se hacían en el Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación⁸¹, presentado en la IX Legislatura por el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, y que no llegó a discutirse en el parlamento. Por ejemplo en dicha propuesta se preveía

79 F. REY y D. GIMÉNEZ, *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Fundación Ideas para el progreso, Madrid, 2010, p. 10.

80 La Corte Constitucional italiana ha dejado muy claro que «la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la identidad personal» y ésta «constituye un bien por sí misma» (sentencia de 3 de febrero de 1994). Además, ha reconocido que «la sexualidad (es) uno de los modos esenciales de expresión de la persona humana, el derecho de disponer de ella libremente es, sin duda, un derecho subjetivo absoluto, que está comprendido entre las posiciones subjetivas directamente tuteladas por la Constitución y encuadrado entre los derechos inviolables de la persona humana que el art. 2 obliga a garantizar» (sentencia de 24 de mayo de 1985).

81 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 10 de junio de 2011.

de manera muy acertada la creación de una Autoridad para la Igualdad de Trato y la No discriminación, así como una serie de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación. De la regulación que de ellas se hacía en el Título IV merece destacarse, por ejemplo, el establecimiento de una serie de criterios para aplicar las sanciones con diferentes grados. Igualmente debe destacarse la previsión, para el caso de infracciones no muy graves, de sustituir la sanción económica «por la prestación de su cooperación personal no retribuida en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, o en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de los actos de discriminación; por la asistencia a cursos de formación o sesiones individualizadas, o por cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y la no discriminación, y de reparar el daño moral de las víctimas y de los grupos afectados».

7^{a)} Entre las sanciones que una ley antidiscriminatoria debería prever estarían aquellas que afectan a la relación de las entidades, colectivos o asociaciones que discriminan y los poderes públicos. En este sentido, el legislador español ha establecido previsiones en materia de igualdad de género que cabría extender a otras causas de discriminación. Así, por ejemplo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpone la Directiva 2004/18/CE, permite establecer prohibiciones de contratar, tanto en la fase de selección del contratista (art. 49), como en la de ejecución del contrato público (art. 102), a quienes hubieran incumplido la normativa sobre igualdad entre mujeres y hombres o sobre discapacidad. Diversas normas autonómicas han incorporado también estas medidas (País Vasco, Baleares, Andalucía, etc.). Por otra parte, el artículo 4.5 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, establece que los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminan por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. De acuerdo con esta previsión, es evidente que no cabría ningún tipo de ayuda pública a una asociación que discrimine al colectivo LGTBI⁸².

8^{a)} Además de la oportunidad de que se elabore una especie de «código de igualdad de trato y no discriminación», sería necesario que se concretara en una ley es-

82 En este sentido cabría plantearse incluso si sería legítimo que el Estado mantuviese relaciones de cooperación por ejemplo con confesiones religiosas cuyos dirigentes o estructuras mantienen posiciones claramente discriminatorias, incluso en ocasiones homófoba. Al respecto la legislación española es «perversa» ya que la misma LO 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación, excluye de su aplicación a las confesiones religiosas que se regirán por los Tratados internacionales y su normativa específica (art. 1º.3)

pecífica la protección de los derechos del colectivo LGTBI⁸³. Sirva como ejemplo la ambiciosa Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Como se señala en el preámbulo, el objetivo es que «evitar a estas personas situaciones de discriminación y violencia, para asegurar que en Cataluña se pueda vivir la diversidad sexual y afectiva en plena libertad»⁸⁴. De manera más detallada el art. 2 indica que su finalidad es «establecer las condiciones por las que los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales, y de los grupos en los que se integran, sean reales y efectivos; facilitarles la participación y la representación en todos los ámbitos de la vida social; y contribuir a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas»⁸⁵.

83 Esta legislación debería desarrollar las indicaciones que plantea la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Además sería conveniente, como ya se ha hecho referencia con anterioridad, una regulación legal específica de los derechos de las personas transgénero, la cual habría de partir de la superación de una vez por todas de la patologización y, en consecuencia, de la «autodeterminación de género» como una parte esencial de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. O. SALAZAR BENÍTEZ, «El derecho a la identidad de género...», cit.

84 Habría que insistir en la superación de lo que podríamos denominar consideración «negativa» del colectivo –es decir, de su tratamiento jurídico solo y exclusivamente a partir de la lucha contra su discriminación– y en la consolidación de una mirada «positiva» sobre el libre desarrollo de la afectividad y sexualidad y las identidades de género. En este sentido, O. SALAZAR BENÍTEZ, «El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual», *Revista de Estudios Políticos*, nº 169, julio-septiembre, pp. 75-107.

85 Entre las previsiones más interesantes que recoge esta Ley cabría señalar: a) La inclusión de un detallado elenco de definiciones de diferentes tipos de conductas discriminatorias: discriminación directa, indirecta, por asociación, por error, múltiple, orden de discriminar; asedio por razón de la orientación sexual, la identidad sexual o la expresión de género; represalia discriminatoria y victimización secundaria (art. 4); b) La creación de un Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales como órgano de participación del colectivo y como órgano consultivo de las administraciones catalanas en la materia (art. 7); c) La formación y sensibilización de determinados profesionales que realizan tareas de prevención, detección, atención, asistencia y recuperación en los ámbitos de la salud, la educación, el mundo laboral, los servicios sociales, la justicia y los cuerpos de seguridad, el deporte y el tiempo libre, la comunicación (art. 10); d) La concreción de una serie de sectores básicos de intervención, tales como la educación (art. 12), las Universidades (art. 13); la cultura, el tiempo libre y el deporte (art. 14); los medios de comunicación (art. 15), la salud (art. 16), la acción social (art. 17), el orden público y la privación de libertad (art. 18) o la participación y la solidaridad (art. 19); e) La atención a la diversidad familiar (art. 22); f) El tratamiento específico de las personas

Resumen

La mayor sensibilidad generada en los últimos años sobre la situación del colectivo LGTBI ha planteado un debate sobre cuáles son los instrumentos jurídicos más eficaces para garantizar sus derechos. Esta progresiva toma de conciencia ha llevado al Parlamento europeo a aprobar numerosas resoluciones de lucha contra la homofobia, así como a que muchos países europeos introduzcan normas de carácter penal dirigidas a sancionar la discriminación de índole homófoba y a que, en concreto en Italia, se haya abierto un debate político sobre la oportunidad de la tutela penal específica para las víctimas de homofobia. La actualidad de este tema y la variedad de instrumentos usados por los ordenamientos jurídicos avalan la oportunidad de reflexionar, desde el punto de vista comparado, sobre el uso del Derecho Penal como instrumento contra la homofobia. Todo ello partiendo de las muy distintas experiencias de dos ordenamientos muy similares en muchos aspectos, como son el italiano y el español, pero tan distantes en esta materia.

Palabras clave: Homofobia, diversidad afectiva y sexual, igualdad, discursos de odio, libertad de expresión.

Abstract

The greater sensitivity generated in recent years on the situation of the collective LGBTI has raised a debate on what are the more effective legal instruments to ensure their rights. This progressive awareness has led the European Parliament to adopt many resolutions to combat homophobia, as well as to many European countries introduced the provisions of criminal law addressed to punish discrimination of homophobic nature and, in particular in Italy, has opened a political debate on the opportunity of the specific criminal protection for victims of homophobia. The topicality of this issue and the variety of instruments used by the legislator show the opportunity to reflect, from the point of view compared, on the use of criminal law as an instrument against homophobia. A reflection made about the different experiences of two systems very similar in many aspects, such as the Italian and Spanish, but very distant in this matter.

Keywords: Homophobia, affective and sexual diversity, equality, «hate speeches», freedom of speech.

Recibido: 5 de abril de 2016

Aceptado: 11 de mayo de 2016

transgénero y de las intersexuales (art. 23); g) La previsión de un completo título, el IV, dedicado a mecanismos que garanticen en la práctica el derecho a la igualdad, tales como: La tutela judicial y administrativa (art. 24); la amplia legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de las personas LGTBI (art. 25), la prohibición de discriminación en el derecho de admisión (art. 26), el derecho a la atención y a la reparación (arts. 27, 28, 29) o la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos en los que se alegue discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género (art. 30); h) La tipificación de infracciones y sanciones (capítulo IV).

¿QUIÉN DEBE DIRIMIR LAS CUESTIONES SOCIALMENTE CONTROVERTIDAS? A PROPÓSITO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho Constitucional Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Cuestiones socialmente controvertidas.
2. El matrimonio homosexual como cuestión socialmente controvertida.
3. Matrimonio homosexual y jurisdicción constitucional.
4. A guisa de conclusión.

1. CUESTIONES SOCIALMENTE CONTROVERTIDAS

En una primera y elemental aproximación, por cuestiones socialmente controvertidas cabría considerar asuntos o temas de interés general respecto a los que no existe acuerdo o conformidad entre los miembros de una colectividad. Son asuntos o temas que suscitan visiones o ideas contrapuestas y, por consiguiente, un intercambio de opiniones, puntos de vista, ideas y creencias antagónicas. Cuestiones que enfrentan opciones distintas cuya respectiva fundamentación se hace recaer en marcos axiológicos diferentes. Es decir, estamos hablando de temas de carácter ideológico, religioso, político y moral. Naturalmente, la diversidad y el pluralismo socio-político no se agotan en el marco de las creencias –aunque quepa reconocer que el pluralismo ha marchado históricamente en paralelo con la libertad de conciencia, constituyendo una de sus dimensiones más destacadas¹–. Existen otras de carácter filosófico, deontológico o económico que también alimentan el debate².

1 A. BARRERO ORTEGA, «Origen y actuación de la libertad religiosa», *Derechos y libertades*, 9, 2000, pp. 93-122.

2 J. HABERMAS, «¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?», *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 107-119.

Tales cuestiones, desde la perspectiva jurídico-constitucional y en última instancia, no pueden dirimirse mediante la apelación al consenso mínimo sobre valores compartidos formalizado en la Norma Fundamental. Ese consenso no se da, de modo que puede afirmarse que las cuestiones socialmente controvertidas son cuestiones constitucionalmente abiertas en el sentido de que no hay una toma de postura clara y terminante del constituyente en torno a ellas. Son cuestiones que quedan fuera del marco constitucional de certeza³.

El cierre de, por así decir, esas aperturas estructurales debería corresponder únicamente al legislador democrático, bajo el control de una jurisdicción constitucional que se limita a precisar el marco de certeza a respetar por aquél. Si no se da un consenso social y político suficiente en relación a determinados temas o asuntos, ha de respetarse el margen de apreciación del legislador de cada momento. La deferencia que merece el legislador democrático resulta cuestionada cuando el juez constitucional resuelve esas cuestiones controvertidas, pasando aquél, entonces, a verse suplantado por el Tribunal Constitucional⁴.

El legislador está en mejor posición que la jurisdicción constitucional para resolver determinadas problemáticas. La jurisdicción constitucional, en principio, no es instancia adecuada para tomar decisiones sobre concepciones socialmente contestadas que traducen particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. La diversidad de opciones culturales, sociales, económicas, etc. en el seno de un Estado aboga por una especial prudencia de la jurisdicción constitucional a la hora de resolver determinadas controversias.

De otra parte, la legitimidad democrática en la toma de decisiones actúa a favor del legislador en la medida en que podría argumentarse que determinadas decisiones polémicas deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria. Se impone la deferencia de la jurisdicción constitucional hacia las decisiones adoptadas por los órganos del Estado elegidos de forma democrática. La ley, en el marco de una democracia deliberativa, es el cauce adecuado para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser socialmente aceptables que las soluciones a las que se arribaría por otros procedimientos. El legislador lleva a cabo una suerte de función especular que, a través de los procedimientos que tienden a la imparcialidad, permite conocer con mayor exactitud las decisiones correctas. A la jurisdicción constitucional le compete

3 En sentido análogo, aunque con matices distintos, V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, pp. 24-27.

4 *Ibid.*

garantizar el círculo de certeza (consenso mínimo sobre valores compartidos), dejando el círculo de penumbra (discrepancias legítimas) para el legislador mayoritario, democrático.

Lo que ocurre, como quiera que sea, es que no siempre es fácil distinguir entre el círculo de certeza y el círculo de penumbra, entre lo que corresponde dirimir a la jurisdicción constitucional y al legislador. Para empezar, a veces resulta complejo determinar qué bienes y valores constitucionales integran los valores compartidos sobre los que se asienta el consenso, esa «carga ética y utópica positivizada y hecha vinculante» por el constituyente o, como también se ha dicho, esa «orientación democrática material y no sólo procedural u organizativa»⁵. Esos valores son el fin y la meta, el fin del Derecho y, por consiguiente, de la Constitución, pero su identificación, interpretación y aseguramiento por la jurisdicción constitucional no están exentas de problemas. Y el margen de maniobra del legislador depende de esa tarea previa de delimitación y ponderación constitucional.

Por otro lado, puede que una cuestión socialmente controvertida linde con –o entre de lleno en– el marco constitucional de certeza en la medida en que aparezcan implicados derechos fundamentales o garantías institucionales. Numerosos ejemplos recientes ilustran cómo los derechos fundamentales pueden irradiar su eficacia jurídica vinculante sobre asuntos polémicos condicionando así la acción de legislador⁶. La voluntad de legislador queda constreñida por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera que el tratamiento legal de la cuestión controvertida debe acomodarse a su contenido constitucionalmente declarado⁷. Y algo parecido sucede cuando una cuestión contestada toca o concierne a una garan-

5 F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 45.

6 Véase, por ejemplo, A. BARRERO ORTEGA, «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa?», *Revista de Estudios Políticos*, 163, 2014, pp. 41-66; O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 451-478; V. VÁZQUEZ ALONSO, «Home schooling y Constitución: consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional», *Estudios de Deusto*, 59, 1, 2011, pp. 259-276.

7 Por todos, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial de los derechos», en M. A. APARICIO PÉREZ (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, Barcelona 2001, pp. 93-116.

tía institucional. La imagen maestra o «leitbild» de la institución modula el margen del legislador⁸.

Sobre todo ello pretende reflexionar el presente trabajo de investigación. ¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? ¿La jurisdicción constitucional, actualizando la voluntad del constituyente, o el legislador democrático, en el curso de un proceso deliberativo y decisión mayoritaria? El punto de partida o hilo conductor será el debate en torno a la legalización del matrimonio homosexual, matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo o igualitario. Es un debate que ilustra bien la dificultad de fijar reglas generales o comúnmente aceptables en cualquier contexto constitucional. Y es que, quede dicho desde el principio, la principal enseñanza que se puede extraer es la conveniencia de matizar o precisar las respuestas ofrecidas por los diferentes Tribunales Constitucionales o Tribunales Supremos llamados a ejercer el control de constitucionalidad de la ley. Muchas dudas y pocas certezas. En lo que sigue trataré tan sólo de hacer algunas consideraciones en torno al matrimonio homosexual en particular y las cuestiones socialmente controvertidas en general nacidas de algunas lecturas. La bibliografía y jurisprudencia que cite, mínima, vendrá sólo a servirme de apoyo para formular algunos interrogantes; de ninguna manera será exhaustiva y en ella se notarán lagunas. Sírvame de excusa la limitada ambición de unas líneas que, en cualquier caso, aportan exclusivamente mi propia serie de perplejidades.

2. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL COMO CUESTIÓN SOCIALMENTE CONTROVERTIDA

La legalización del matrimonio homosexual en diferentes países a partir de 2001 ha suscitado uno de los debates constitucionales más trascendentes y controvertidos de los últimos años⁹. Era esperable. El matrimonio es una de las instituciones capitales de nuestra convivencia y cuya configuración jurídica irradia todo el Derecho de familia. Contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas (generalmente) no cercanas en línea de sangre.

8 A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. 2, Civitas, Madrid 1991, pp. 635-650.

9 Una buena síntesis del debate doctrinal y jurisprudencial puede verse en S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Iustel, Madrid 2007, y M. A. PRESNO LINERA, «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013.

Una de sus funciones tradicionalmente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos, ni todos los matrimonios heterosexuales los tienen), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.

El debate ha trascendido obviamente el ámbito jurídico; tiene repercusiones sociales, ideológicas, políticas, filosóficas y hasta económicas¹⁰. El tema es complejo, delicado y con sensibilidades a flor de piel. Está estrechamente ligado a un asunto que causa razonable preocupación, la adopción por parejas homosexuales. Con todo, es éste un asunto que merece su particular debate y cuyo tratamiento legal, el que sea, no tiene por qué interferir necesariamente en el de la apertura del matrimonio a esas parejas¹¹.

Desde la perspectiva que ahora nos ocupa, el carácter controvertido del matrimonio homosexual viene acreditado por tres circunstancias: a) la inexistencia de un concepto cerrado de matrimonio en la mayoría de textos constitucionales; b) una pluralidad de soluciones legislativas en el tratamiento de la cuestión; c) un ingente debate doctrinal, a favor y en contra de su constitucionalidad.

2.1. *El dato constitucional*

En la mayoría de ordenamientos, la controversia en torno a la legalización del matrimonio homosexual se ha planteado porque, a tenor de las previsiones constitucionales, podía plantearse. Es decir, ordenamientos cuyas Constituciones definen el matrimonio –o reconocen el derecho al matrimonio– de forma abierta, en el sentido de que no hay una toma de postura tajante del constituyente que zanje el debate¹². De darse esa toma de postura definitiva a favor o en contra del matrimonio homosexual, la controversia carece de sentido. Es una controversia resuelta «ex Constitutione».

Es evidente que el enjuiciamiento de las distintas opciones admisibles por la Constitución en materia matrimonial no puede perder de vista la voluntad del constituyente expresada en el tenor literal de la norma. La voluntad del constituyente puede ser interpretable a la luz del paso del tiempo siempre y cuando la literalidad

10 K. CALVO BOROBIA, «Matrimonio homosexual y ciudadanía», *Claves de razón práctica*, 154, 2005, pp. 32-39.

11 S. NAVAS NAVARRO, *Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional*, Reus, Barcelona 2006.

12 S. CAÑAMARES ARRIBAS, *op. cit.*

no sea apodíctica y, por tanto, admita la mutación¹³. Pero si la literalidad es palmaria, si el significado de la norma a interpretar es patente teniendo en cuenta el texto literal y gramatical usado por el constituyente, no se puede manipular su sentido. No se puede suplir la voluntad del constituyente objetivada, sin ninguna duda, en el tenor de la norma.

Veamos algunos ejemplos de lo uno y de lo otro, sin ánimo exhaustivo en cualquier caso. En primer lugar, hay Constituciones que definen ampliamente la institución matrimonial o el contenido del derecho al matrimonio. Son textos constitucionales que, en su parte dogmática, garantizan el derecho al matrimonio, emplazando al legislador a determinar las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo y las causas de separación y disolución. Se reconoce, pues, un amplio margen de configuración al legislador. En estas coordenadas, la discusión constitucional sobre la legalización del matrimonio homosexual es admisible.

En segundo lugar, se dan textos constitucionales, los menos, que circunscriben o concretan nítidamente el ámbito subjetivo y modal de la institución matrimonial y, por ende, del derecho a contraer matrimonio. Son Constituciones que aluden a la diversidad sexual de los contrayentes, configurando así una determinada imagen de la institución. El debate, en estos países, carece de sentido por cuanto hay decisión constitucional explícita contraria a la legalización. Podría, eso sí, debatirse sobre la oportunidad de una reforma constitucional como paso previo, e ineludible, a la legalización. Y, obviamente, descartada, sin previa reforma constitucional, la apertura del matrimonio convencional a las parejas homosexuales, podría debatirse, y mucho, cuál habría de ser la estrategia normativa adecuada para procurar la equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales.

Cabría distinguir un tercer modelo de reconocimiento del matrimonio y del derecho a contraer matrimonio, el de aquellos países cuyas Constituciones no se pronuncian de ningún modo sobre el tema. No hay en ellas referencia alguna al matrimonio, bien sea porque el constituyente no cayó en la cuenta, lo descartó o no lo estimó oportuno –el derecho al matrimonio ha sido tradicionalmente un derecho pacífico–, bien sea porque la Constitución fue aprobada en una fase histórica –el constitucionalismo liberal– en la que la parte dogmática incluía tan sólo las llamadas libertades negativas o derechos defensivos, los derechos de la primera generación (legalidad penal, igualdad ante la ley, propiedad, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión sin censura previa, libertad de circulación, etc.). La constitucionali-

13 A. LÓPEZ y LÓPEZ, «En torno a la llamada interpretación evolutiva», *Derecho privado y Constitución*, 27, 2013, pp. 173-208.

zación del matrimonio es, en efecto, algo posterior. Tiene lugar en un contexto de progresivo enriquecimiento de esa parte dogmática y de incorporación de nuevos contenidos a la Constitución que viene a coincidir con el período de entreguerras. Los ordenamientos constitucionales de Occidente regulan el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia a partir de la primera guerra mundial¹⁴.

También en estos ordenamientos, ante el silencio del constituyente, es posible el debate. Un debate que girará en torno a otros derechos, bienes y valores si incorporados a la Constitución y con relevancia sobre el tema (dignidad, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la vida privada y familiar, libertad ideológica y religiosa, etc.). El debate se centrará en la ponderación entre esos derechos, bienes y valores y si esa ponderación avala o no la constitucionalidad del matrimonio homosexual. El reciente debate italiano es un buen ejemplo.

En suma, en atención a cuanto antecede, podría distinguirse entre Constituciones abiertas, explícitas y silentes.

El artículo 21 de la Constitución de Luxemburgo (1868) se limita a garantizar el matrimonio civil. El artículo 29 de la Constitución italiana (1947) señala que la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio; el matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia. El artículo 6 de la Constitución alemana (1949) prescribe que el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. El artículo 36 de la Constitución portuguesa (1976) dice que todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena, añadiendo que la ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración. Conforme al artículo 21 de la Constitución griega (1975), quedan bajo la protección del Estado la familia, en cuanto constituye el fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia.

Saliendo del ámbito europeo, pero en términos similares, el artículo 40 de la Constitución de Uruguay (1967) afirma que la familia es la base de nuestra sociedad y el Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad; añadiendo el artículo 42 que los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. En estas Constituciones hay, como se observa, referencias muy genéricas

14 P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, pp. 35-62.

a la familia o al matrimonio que no prejuzgan la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

Por el contrario, el artículo L (introducido por la cuarta enmienda) de la Constitución húngara (2012), tras garantizar la protección a la familia en tanto institución básica de la Nación, define el matrimonio como la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. La polémica reforma de la Constitución blinda en la Carta Magna los conceptos tradicionales de matrimonio y familia. El artículo 67 de la Constitución de Ecuador (2008) reconoce la familia en sus diversos tipos, de suerte que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, aclarándose a renglón seguido que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer y que se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

En virtud del artículo 42 de la Constitución colombiana (1991), la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

Con una redacción pareja a la colombiana, el artículo 32 de la Constitución española (1978) señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. La referencia a hombre y mujer apunta a la diversidad de sexos entre los contrayentes como elemento constitutivo del matrimonio. Sin embargo, y sobre ello se profundizará más adelante, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el tenor literal del artículo 32 no es concluyente, admite distintas lecturas¹⁵. Está claro que el constituyente español, en 1978, pensó en el matrimonio tradicional o convencional. Pero, a día de hoy, el inciso «el hombre y la mujer» soporta otra hipótesis interpretativa favorable a la legalización del matrimonio de hombre con hombre o mujer con mujer. La Constitución no dice el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí*. Hay, pues, margen.

No hay, finalmente, toma de postura alguna respecto al matrimonio en la Constitución americana (1787), canadiense (1867-1982), sudafricana (1996), holandesa (1815), belga (1831), francesa (1958) o israelí (1958-1992), lo que no implica que el debate en torno a la legalización del matrimonio homosexual en estos países ca-

15 STC 198/2012.

rezca de trascendencia constitucional. Y es que los derechos, bienes y valores constitucionales incididos son bien significativos.

2.2. *Pluralidad de soluciones legislativas*

El debate en torno a la constitucionalidad del matrimonio homosexual se ha planteado sobre todo, aunque no exclusivamente, en aquellos países que han optado por abrir o extender el matrimonio convencional a las parejas homosexuales. El matrimonio entre hombre y mujer se extiende a hombre con hombre o a mujer con mujer.

En el espacio constitucional europeo es la solución adoptada en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España y Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Islandia, Portugal y Argentina (2010), Francia (2013) y Luxemburgo (2015).

En estos países, los Tribunales Constitucionales han debido pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley que amplía el matrimonio a las parejas homosexuales. Dicho de otro modo, la justicia constitucional ha controlado una acción del legislador favorable al matrimonio homosexual; ha debido comprobar, en definitiva, si la Constitución admite esa ampliación, a instancias generalmente de la minoría parlamentaria conservadora contraria a la aprobación de la ley. El control de constitucionalidad, por lo demás, se ha operado a posteriori, es decir, después de que la ley cuestionada naciera a la vida jurídica. Así que, en teoría, la declaración de inconstitucionalidad podría haber desembocado en la anulación de los matrimonios homosexuales celebrados con el fin de restablecer el orden vulnerado. La declaración de constitucionalidad, en cambio, dota de firmeza a esas uniones matrimoniales, avala su conformidad a la norma fundamental.

Otros países han optado –de ahí que hablamos de una pluralidad de soluciones normativas– por promover o potenciar los derechos de las parejas homosexuales de otro modo¹⁶. No se abre el matrimonio, que sigue reservado a las parejas heterosexuales, sino que se crea una categoría jurídica distinta con un régimen jurídico similar al matrimonio convencional: las llamadas uniones civiles homosexuales.

La unión civil es un estado civil diferente al matrimonio civil creado típicamente para que las parejas homosexuales gozen de similares derechos y obligaciones de las que gozan las parejas heterosexuales al estar civilmente casadas. El número de

16 K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia; Antwerp-Oxford-New York 2003.

derechos y obligaciones que enmarcan una unión civil depende en mayor o menor grado del ordenamiento jurídico doméstico. En algunos ordenamientos se les denomina pacto civil de solidaridad o sociedad de convivencia¹⁷.

Hay, en realidad, varios tipos de uniones civiles. Algunos tipos pueden llegar a alcanzar, en teoría, idénticos derechos y obligaciones propios de un matrimonio civil y diferenciarse solo en la denominación –Reino Unido–; otras uniones civiles tienen derechos exclusivos pero no excluyentes de los derechos y obligaciones otorgadas a las parejas casadas civilmente; y otros son solamente registros de las relaciones. Ello dependerá de cómo el Estado escuche y atienda las necesidades de la población homosexual. El dato normativo comparado certifica, no obstante, que la equiparación entre unión civil y matrimonio no suele ser completa. Persiste la dualidad de estatus jurídico¹⁸. Hay diferencias más o menos apreciables cuya corrección puede darse, a falta de igualación legislativa, por vía jurisprudencial. Las interpretaciones jurisprudenciales no son siempre coincidentes¹⁹.

Esta es la solución de Israel (1994), Hungría (1996), Alemania (2001), Suiza (2005), Uruguay y Ecuador (2008), Austria (2009) y Grecia (2015). Era, asimismo, la solución de la mayoría de Estados de los EEUU hasta 2015.

En estos países, los Tribunales Constitucionales se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las leyes reguladoras de las uniones civiles y si ese estatus es suficiente para evitar la discriminación entre parejas homosexuales y heterosexuales. Esto es, si esa opción legislativa satisface las exigencias de la igualdad y no discriminación.

Asimismo, la jurisdicción constitucional ha debido enjuiciar la constitucionalidad de la regulación tradicional del matrimonio reservada a las parejas heterosexuales. Una regulación anterior al surgimiento del debate y anterior a la aprobación de las leyes de uniones civiles. ¿A día de hoy es discriminatoria esa regulación, por así decir, tradicional? El control de constitucionalidad se ha extendido no sólo a la ley de uniones civiles sino también a la ley –el Código Civil– que sigue definiendo el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.

17 D. BORRILLO y J. FLÓREZ RODRÍGUEZ, «La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo», *Actualidad civil*, 4, 2013.

18 J. J. UGARTE GODOY, «Matrimonio de homosexuales y uniones civiles», *Ius Publicum*, 29, 2012, pp. 33-38.

19 Así, por ejemplo, C. VÍERA ÁLVAREZ, «El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo: comentario de jurisprudencia a la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar», *Revista de Derechos Fundamentales*, 1, 2008, pp. 199-205.

Puede adelantarse, sin perjuicio de que sobre ello se vuelva más adelante, que el control de constitucionalidad no reviste la misma intensidad en un contexto de acción del legislador favorable al matrimonio homosexual que en un contexto de omisión parcial o, en otras palabras, de solo cierta equiparación entre matrimonio y unión civil. Más dudas nos suscita la posible incidencia del modelo de justicia constitucional (control concentrado, difuso o mixto) en la intensidad del control.

El debate en torno a la constitucionalidad del matrimonio homosexual se ha planteado incluso en un contexto de omisión absoluta del legislador. Es decir, en una situación en la que ni se ha legalizado el matrimonio homosexual ni existe ley reguladora de las uniones civiles –como en Grecia hasta 2015 e Italia hasta 2016–. En este contexto verdaderamente excepcional, el control de constitucionalidad se ha activado frente a la regulación tradicional del Código Civil y la pretensión de parejas homosexuales de contraer matrimonio invocando directamente el derecho a la igualdad y no discriminación. Y todo ello con independencia de que, en este tercer grupo de países, los tribunales de justicia hayan procurado, por vía jurisprudencial, una cierta equiparación entre las uniones de hecho o pura convivencia «*more uxorio*» –no ya uniones civiles– y las uniones legales heterosexuales o matrimonio.

La reciente STEDH Oliari y otros c. Italia de 21 de julio de 2015 sienta la obligación de legislador de procurar un cierto reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo bajo una fórmula u otra (puede no ser el matrimonio, aunque puede ser que constitucionalmente nada impida esa opción). La desprotección ligada a la omisión absoluta del legislador conlleva una intromisión ilegítima en el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de las parejas homosexuales. El respeto a la vida privada y familiar demanda la acción del legislador.

2.3. *El debate doctrinal*

La trascendencia constitucional del debate sobre el matrimonio homosexual explica la gran cantidad de posturas doctrinales, a favor y en contra de su constitucionalidad²⁰, vertidas hasta la fecha. Siendo relativamente corto el tiempo transcurrido desde que esta cuestión saltó al primer plano del interés público, la bibliografía que se cuenta de ella es abundante. Todo ello ha propiciado un diálogo muy enriquece-

²⁰ A. BARRERO ORTEGA, «Matrimonio y res publica constitucional», en VVAA., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor JORDI SOLÉ TURA*, vol. 2, Congreso de los diputados, Madrid 2008, pp. 1045-1062.

dor entre los autores que, lógicamente, ha calado no sólo en los operadores jurídicos sino también en la opinión pública «lato sensu».

En esencia, el debate pone de manifiesto las dificultades de articulación entre las instituciones jurídicas, impregnadas de exigencias sociales, y los derechos individuales. El matrimonio es un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida, pero también presenta una dimensión institucional que no puede ser ignorada. ¿Prima la dimensión institucional o el derecho de libertad que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que, en principio, se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida por la norma iusfundamental? ¿Las instituciones jurídicas son corolario de los derechos o más bien razón de su fundamento?²¹

Como ya se ha dicho, la mayoría de las Constituciones o bien no aluden al matrimonio o se limitan a realizar un reconocimiento genérico de la importancia de la familia y el matrimonio, emplazando al legislador a regular la institución matrimonial. A partir de esta indefinición constitucional, un sector de la doctrina ha mostrado sus dudas acerca de que el matrimonio homosexual sea compatible con la Constitución. Se entiende que la Ley Fundamental sanciona únicamente el matrimonio heterosexual. Abrir el matrimonio a las parejas homosexuales es desnaturalizar una institución milenaria, con una imagen maestra bien conocida; algo que, desde luego, se puede hacer, pero reformando previamente la Constitución y no sólo cambiando la ley civil²². La voluntad original del constituyente ha de ser, pues, respetada.

Otro sector doctrinal, en cambio, ha avalado la constitucionalidad del matrimonio homosexual. Es cierto que el constituyente recibe una institución, en la mayoría de los casos entendida al modo tradicional o convencional, pero la misma Constitución se remite a una ley, el Código Civil, que es la que debe determinar las formas, edad y capacidad para contraer matrimonio. Si se interpreta la institución conforme al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la vida privada y familiar y, sobre todo, el derecho a la igualdad y no discriminación, sin que quepa discriminación por razón de orientación sexual, es constitucionalmente viable legalizar el matrimonio homosexual. El texto constitucional abierto o silente, por tanto, no presenta impedimento alguno para que por matrimonio se entienda también una

21 I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2137, 2011, pp. 2-13.

22 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho privado y Constitución*, 17, 2003, pp. 61-88; R. NAVARRO VALLS, «Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la homosexualidad», *Estudios de Derecho judicial*, 130, 2007, pp. 311-324.

unión entre personas del mismo sexo. Hay razones sobradadas para certificar la mutación constitucional, el cambio de percepción respecto a la imagen maestra de la institución y la ampliación del ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio²³.

Más exactamente, para quienes estiman inconstitucional la legalización del matrimonio homosexual, eliminar la heterosexualidad como elemento de la unión matrimonial, extendiendo sus efectos a las parejas homosexuales, repercute negativamente en la garantía institucional del matrimonio. No se trata de un simple cambio de los sujetos que puedan acceder al matrimonio, sino de algo más profundo: una auténtica metamorfosis de la institución²⁴.

La garantía institucional impide, pues, alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera. No hay duda de que la institución puede ser adaptada al espíritu de los tiempos, pero la actualización no puede hacerse en términos que la hagan irreconocible por la conciencia social de cada tiempo y lugar. Y se incurre en ese error cuando se opta por reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales. Se fuerzan así los principios articuladores de esa forma social típica, de acuerdo con la concepción de la misma actualmente imperante. Si hay protección constitucional del matrimonio, el legislador tiene límites y no puede, por consiguiente, disponer libremente de la institución. La heterosexualidad es uno de los rasgos identificativos de la unión matrimonial. El legislador carece de poder para desfigurar la institución matrimonial²⁵.

Cuanto antecede incide, en buena lógica jurídica, sobre la titularidad del derecho fundamental al matrimonio o «ius connubii». La institución matrimonial condiciona la determinación de los sujetos titulares del derecho al matrimonio. Un derecho que presupone la existencia de una institución que delimita el objeto de ese derecho. Existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer. Pero no existe un derecho constitucional a la unión matrimonial de parejas del mismo sexo. El matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no es una

23 G. CÁMARA VILLAR, «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», *Direitos Fundamentais & Justiça*, 17, 2011, pp. 13-40; M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

24 D. TIRAPU, «La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual», *Revista de estudios jurídicos*, 10, 2010, pp. 353-365.

25 En tal sentido, el informe emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del proyecto de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, de 14 de marzo de 2005.

institución constitucionalmente garantizada ni existe un derecho fundamental a su establecimiento. Todo lo contrario al matrimonio heterosexual²⁶.

No es, por tanto, discriminatorio dejar de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, por cuanto cuando se reconoce la institución matrimonio ello presupone la diversidad sexual al enunciar el «ius connubii». La aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación en relación con ese concreto derecho ha de partir de esa mención expresa. Se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial –tal como se contemplaba en la mayoría de las legislaciones civiles de los países antes de que el debate en torno al matrimonio homosexual se suscitara–²⁷.

Ahora bien, que la heterosexualidad sea uno de los principios básicos de la institución matrimonial, no significa que no puedan concederse ciertos efectos a las uniones homosexuales. Que no exista un derecho constitucional a la unión matrimonial de personas del mismo sexo, no impide que legislador, en pro de la igualdad constitucional, procure la equiparación (absoluta o restringida) de efectos entre uniones matrimoniales y uniones civiles homosexuales. Otra cosa es que esa equiparación pueda hacerse a través de la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo. No es posible legalizar el matrimonio homosexual. Cabe la extensión de efectos; no la confusión de instituciones²⁸.

Frente a esta forma de argumentar, desde la postura doctrinal favorable a la constitucionalidad del matrimonio homosexual se cuestiona que la institución sufra merma grave con el reconocimiento de otras formas de matrimonio; sencillamente se amplía su espectro subjetivo y modal. Resulta cuanto menos discutible que un simple cambio de los sujetos que pueden acceder al matrimonio implique una limitación tal que le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Que el matrimonio tipo se amplíe a otros modelos de convivencia no significa que quede vacío de contenido. La incorporación del matrimonio entre homosexuales a la legalidad vigente no va a producir ningún efecto pernicioso para los contraídos o que pudieran contraerse por sujetos heterosexuales. La normalización del matrimonio entre homosexuales no comporta

26 Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, de 26 de enero de 2005.

27 *Ibid.*

28 Véase el dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004. En sentido análogo, F. REY MARTÍNEZ, «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 111-156.

daño alguno para los sujetos que no lo son, casados o que opten por casarse, ni en su estabilidad ni en sus expectativas²⁹.

Pero, sobre todo, no es el matrimonio la única institución con raíces preconstitucionales que está llamada a adaptarse a la Constitución. El carácter histórico de una manifestación social típica no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Norma Fundamental. La categoría jurídica de la garantía institucional asegura la preservación de un instituto en los términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la colectividad en cada tiempo y lugar.

La legalización del matrimonio homosexual adquiere sentido en un contexto, en un mundo como el actual, en el que el matrimonio ya no se considera un sacramento o una institución natural, sino el resultado de un contrato entre dos personas, sometido a la regulación del Estado aconfesional³⁰. En un contexto en el que las Constituciones se fundan en la persona, en su dignidad y sus derechos, como el centro de la acción política. Entre esos derechos, el derecho a expresar la propia sexualidad sin discriminación por motivos de orientación sexual. El ejercicio del derecho a contraer matrimonio por parte de las parejas homosexuales aseguraría la orientación sexual de cada uno y el respeto a su vida privada y familiar³¹.

No siendo tan evidente que la legalización del matrimonio homosexual implique quiebra de la imagen maestra de la institución matrimonial y, en todo caso, existiendo argumentos constitucionales para que se produzca la irradiación de los derechos fundamentales sobre esa manifestación social típica, ningún reparo suscita la opción del legislador de ampliar el espectro subjetivo y modal de la institución. Ciento es que el legislador puede recurrir a un instrumento jurídico singular, diferente del matrimonio, para así lograr la equiparación de las uniones homosexuales y, al mismo tiempo, captar más eficazmente sus perfiles singulares, pero no lo es menos que esa opción no viene impuesta por la Constitución³².

Bajo este entendimiento, y existiendo ya una institución destinada a la formalización jurídica del vínculo afectivo entre dos personas y a la que hacer centro de im-

29 R. NARANJO DE LA CRUZ, «Matrimonio homosexual y categorías jurídicas», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2003.

30 D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, «El matrimonio homosexual», en G. SOUTO NIEVES (coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor VÍCTOR REINA BERNALDEZ*, Comares, Granada 2008, págs. 3-40.

31 M. A. PRESNO LINERA, «El matrimonio: ¿garantía institucional o espacio vital», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 19, 2003, pp. 403-432.

32 A. BARRERO ORTEGA, «Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne», *Revue française de Droit constitutionnel*, 1, 2007, pp. 249-268.

putación objetiva de los derechos y las obligaciones que la vida en común comporta, la opción de abrirla o extenderla a las uniones homosexuales es legítima y hasta coherente. La opción asimilacionista encaja, además, con el universalismo propio del Estado constitucional y con la tendencia a mantener invisibles, o en todo caso asimiladas, las diferencias. De esta manera, se alcanza un efecto de normalización con toda la carga positiva y negativa que conlleva ese término³³.

3. MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez que se admite «ex Constitutione» la institución matrimonial y el derecho a contraer matrimonio, viene luego el decisivo aspecto de determinar hasta dónde llega la libertad del legislador para moldear la institución y el ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio. En un contexto en el que la mayoría de Constituciones definen de forma abierta el matrimonio, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha ido delimitando el contenido esencial al que está vinculado el legislador y, más recientemente, la que ha ido pronunciándose acerca de la licitud constitucional del matrimonio homosexual.

Con todos los matices que se quieran, creo que podrían distinguirse tres soluciones jurisprudenciales diferentes, tres modelos de aproximación o de interpretación de la institución y del derecho al matrimonio: a) el modelo de matrimonio homosexual «a la húngara»; b) el modelo de matrimonio homosexual «a la portuguesa»; y c) el modelo de matrimonio homosexual «a la norteamericana».

Cada modelo responde a una ponderación distinta de los derechos, bienes y valores concernidos y, asimismo, a una visión diferente del papel del legislador en la regulación del matrimonio homosexual y de la relación entre el legislador y la jurisdicción constitucional al hilo de una cuestión tan viva y controvertida. ¿El debate en torno al matrimonio homosexual debe ser resuelto por la jurisdicción constitucional o por el legislador? Se adelanta que no hay solución última, solución universal aceptable por todos los Tribunales Constitucionales y por todas las Cortes Supremas, aunque sí hay dos formas de razonar o ponderar (el segundo y el tercero de los modelos mencionados) con creciente protagonismo o crédito.

33 O. SALAZAR BENÍTEZ, «El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual», *Revista de Estudios Políticos*, 157, 2012, pp. 45-81.

3.1. Una cuestión socialmente controvertida cuya resolución por el legislador está fuertemente condicionada por la voluntad original del constituyente

El modelo de matrimonio homosexual «a la húngara» es el definido por el Tribunal Constitucional de Hungría en sus sentencias 154/2008 y 32/2010 acerca de la constitucionalidad de dos leyes reguladoras de las uniones civiles (una primera de 2007 y otra posterior de 2009).

Nótese, pues, que el Tribunal Constitucional húngaro no se ha pronunciado, de forma directa, sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual sino sobre la constitucionalidad de la unión civil en tanto categoría que procura una cierta igualación entre parejas heterosexuales y homosexuales. Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia vertida al hilo de las uniones civiles alcanza, sin duda, al matrimonio homosexual ya que el Tribunal Constitucional húngaro, al aclarar hasta qué extremo cabía equiparar, cerró la puerta al matrimonio homosexual.

Hungría fue el primer país del antiguo bloque del Este en establecer una ley de parejas de hecho en 1996. La ley se aplicaba a parejas (heterosexuales u homosexuales) que voluntariamente optaran por convivir sin formalizar su vínculo afectivo y les reconocía algunos beneficios legales ligados tradicionalmente al matrimonio. En 2007, el Parlamento húngaro aprobó una nueva ley, ahora denominada de uniones civiles, más avanzada en el sentido de que ampliaba beneficios legales a las parejas no matrimoniales. Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, dictándose la sentencia 154/2008. A principios de 2009, el Parlamento aprobó una segunda ley de uniones civiles, específica para parejas del mismo sexo, adaptada –se adujo– a la doctrina constitucional, y que, otra vez, fue recurrida ante el alto Tribunal, dictándose la sentencia 32/2010³⁴.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional húngaro podría resumirse del modo siguiente:

a) El concepto constitucional de matrimonio incorpora la heterosexualidad, la diversidad sexual de los contrayentes. El constituyente húngaro, al llevar el matrimonio a la Constitución, lo hizo pensando en el matrimonio tradicional. El derecho al matrimonio es, consiguientemente, el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio entre sí. Las parejas del mismo sexo no son titulares del derecho al

³⁴ M. JAGIELSKA, «Eastern European Countries: From Penalisation to Cohabitation or Further» in *Legal recognition of same-sex relationships in Europe*, Cambridge; Antwerp; Portland, Intersentia 2012, pp. 55-70; Y. MERIN, *Equality for same-sex couples*, The University of Chicago Press, Chicago and London, pp. 130 y ss.

matrimonio. Ese derecho no puede interpretarse en el sentido de que admite la titularidad homosexual.

b) Si el matrimonio es una institución secular caracterizada por la heterosexualidad, abrir el matrimonio a las parejas homosexuales supone desfigurar, quebrar, la institución. La imagen maestra de la institución se resentiría.

c) Puede procurarse una cierta equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales pero a través de un instituto jurídico diferente, sin abrir el matrimonio. Es más, la equiparación no puede ser absoluta o completa; tiene que existir un doble régimen jurídico, uno referido al matrimonio y otro a las uniones civiles, con diferencias apreciables.

En base a esta doctrina, la sentencia 154/2008 declaró la inconstitucionalidad de la ley de uniones civiles (2007) al considerar el alto Tribunal que el legislador había «duplicado» el régimen matrimonial. La unión civil era una copia del matrimonio. Más allá del «nomen iuris», la regulación y efectos jurídicos ligados al matrimonio y a las uniones civiles no difería.

En consecuencia, es inconstitucional no sólo legalizar el matrimonio homosexual, extender la institución, sino también igualar las uniones civiles al matrimonio. El régimen jurídico no puede ser el mismo; puede ser similar, pero no idéntico. Afín pero no gemelo.

La igualación plena es incompatible con la Constitución porque disminuye la importancia del verdadero matrimonio, «degradando» la institución matrimonial. El matrimonio no admite competidores.

Parece claro que, en la ponderación, el Tribunal Constitucional húngaro privilegia lo institucional sobre lo individual, la lógica de la institución jurídica frente a la lógica de la irradiación de los derechos fundamentales. Prima la garantía de instituto frente al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y la igualdad y no discriminación.

El derecho a la vida privada y familiar de las parejas homosexuales quedaría asegurado a través de esa cierta equiparación que procura la unión civil, en los términos de esa equiparación que no es ni puede ser completa. La regulación de la unión civil asegura una protección jurídica efectiva de ese modelo de convivencia. Y lo mismo ocurre con el libre desarrollo de la personalidad, que se activa en el marco de la regulación de la unión civil. La igualdad y no discriminación no otorga al legislador carta blanca para desfigurar la imagen maestra del matrimonio. La igualdad, de otra parte, tolera el trato diferenciado y justificado y, siendo la unión homosexual una realidad distinta al matrimonio, la diferencia legislativa queda amparada.

La intención del constituyente húngaro fue garantizar la institución matrimonial como realidad histórica y singular. Los debates constituyentes certifican esta voluntad del creador de la norma constitucional. Definir legalmente, en paralelo, una institución con los mismos efectos jurídicos, la unión civil, es inconstitucional. El legislador excede el margen de configuración que legítimamente se deduce de la Constitución. La imagen del matrimonio vincula al legislador, que no puede ni destruirla ni redoblarla o plagiarla.

Posteriormente, como es sabido, tras la reforma constitucional de 2012, la Constitución húngara define explícitamente el matrimonio como la unión de hombre y mujer (artículo L introducido por la cuarta enmienda). Se blindan en la Ley Fundamental los conceptos tradicionales de matrimonio y familia. La heterosexualidad no es ya un elemento constitutivo del matrimonio que quepa inferir, con más o menos seguridad, de la incorporación de la institución a la Constitución, sino que directamente viene explicitado en la Constitución. El constituyente apuntala la heterosexualidad, por si alguna duda cabía, en tanto elemento fundante de la institución.

3.2. Una cuestión socialmente controvertida que atrae las garantías de diferentes derechos fundamentales

Por matrimonio homosexual «a la norteamericana» entiendo el modo en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha resuelto el debate sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual en la sentencia del caso Obergefell v. Hodges de 26 de junio de 2015. Una interpretación o ponderación ya avanzada, en buena medida, por la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 y por la sentencia de la Corte Suprema de Sudáfrica de 1 de diciembre de 2005 y prolongada por la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, también de junio de 2015. Es la interpretación más favorable al derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio en tanto lo eleva a la categoría de derecho fundamental³⁵.

Este segundo modelo podría resumirse así:

- a) El matrimonio nace de la decisión individual de dos personas de convivir juntas, formalizando su vínculo afectivo, pero es, asimismo, una institución de una im-

35 K. YOSHINO, «A new birth of freedom?: Obergefell v. Hodges», *Harvard Law Review*, 129, nº 1, 2015, pp. 147-179, con valiosa contestación, *Equal dignity: speaking its name*, de Laurence H. TRIBE en *Harvard Law Review Forum* (Nov 10, 2015).

portancia social y jurídica incuestionable. Es centro de imputación objetiva de relaciones jurídicas, centro de derechos y obligaciones que marcan decisivamente la vida de las personas. Por eso mismo, el matrimonio tiene cobertura constitucional.

b) El derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales es un derecho constitucional fundamental. Es exactamente el mismo derecho que el de las parejas heterosexuales. Un derecho, por tanto, que vincula al legislador en el sentido de que cabe exigirle una delimitación y desarrollo posterior. Ese desarrollo ha de respetar, en cualquier caso, el contenido esencial del derecho. La garantía del contenido esencial se presenta como un límite a la actividad normativa del legislador. Hablar del contenido esencial del matrimonio supone que éste cuenta con un núcleo básico, resistente a cualquier transformación, que es lo que hace reconocible al derecho, y que tiene una zona exterior que está expuesta a la evolución y al cambio, en la que no es aplicable el efecto específico de protección.

c) No abrir el matrimonio a las parejas homosexuales implica discriminación en el ejercicio del derecho constitucional al matrimonio. Vincular el matrimonio a la orientación sexual de quienes pueden acceder a la institución matrimonial es discriminatorio. El derecho constitucional al matrimonio así entendido constríñe el margen de maniobra del legislador quien no puede condicionar el acceso a la institución en atención a la orientación sexual de los contrayentes.

d) El matrimonio es una institución viva (se cita a menudo la metáfora del «árbol vivo», del Tribunal Supremo de Canadá), que ha de interpretarse a la luz del paso del tiempo y de los derechos, bienes y valores constitucionales del presente, y la decisión de contraerlo o no corresponde a cada persona conforme al libre desarrollo de su personalidad y su autonomía personal. La protección que dispensa la decimocuarta enmienda («due process of law») cubre el matrimonio homosexual. Es un espacio de la autonomía del individuo que debe ser preservado frente al poder político y, en concreto, frente al legislador.

e) La esencia del derecho al matrimonio es unirse con vocación permanente a la persona que libremente se elija. Fundar una comunidad de vida libre y conscientemente.

f) La prohibición de contraer matrimonio a causa de la orientación sexual implica una diferencia de trato que no es idónea. No responde a una finalidad constitucionalmente legítima, sino todo lo contrario. Esa prohibición lesiona el derecho al matrimonio y la igualdad constitucional. El legislador debe asegurar el derecho a acceder a la institución matrimonial sin restricción por razón de orientación sexual.

Esta jurisprudencia ha llevado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos a advertir de la inconstitucionalidad en la que incurriían las leyes estatales que no aseguraban

ren en condiciones de igualdad el derecho al matrimonio, esto es, la inconstitucionalidad de las leyes civiles estatales que sigan defiendo el matrimonio al modo tradicional. La decimocuarta enmienda exige que los Estados otorguen licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo y reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando lo hayan contraído de manera legal fuera de esos Estados. Y ello dando por supuesto que la regulación de los requisitos, clases y efectos del matrimonio es una competencia exclusiva estatal, de los Estados –lo que llevó al Tribunal Supremo a declarar la inconstitucionalidad de la Ley federal de Defensa del Matrimonio (1996) en la sentencia del caso *United States v. Windsor* de 26 de junio de 2013–.

En similares términos, en 2005, la Corte Suprema de Sudáfrica declaró la inconstitucionalidad de la definición tradicional del matrimonio del «Common Law» y de la Ley del Matrimonio de 1961, concediendo la Corte un plazo de un año al legislador a fin de que corrigiese la discriminación.

Este modelo de aproximación a la controversia se funda en una ponderación que privilegia lo individual sobre lo institucional. Priman los derechos fundamentales frente a la institución jurídica. Los derechos irradian y la institución muta. Convencionalmente, el matrimonio era la unión de hombre y mujer, pero el desbordeamiento de los derechos exige reinterpretar la imagen maestra de la institución. La institución queda así conformada de otro modo. Además, el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio no es un derecho que active o estire el legislador. Es un derecho constitucional que vincula y condiciona el margen de maniobra del legislador. La imagen maestra de la institución cambia y, en conexión con ello, se expande el contenido subjetivo del derecho al matrimonio. El entendimiento del derecho sigue al de la institución. Si la institución muta, el contenido del derecho fundamental a contraer matrimonio se transforma. Institución y derecho van de la mano. Un derecho al matrimonio único y que corresponde, en igualdad, a parejas heterosexuales y homosexuales. Las cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo³⁶. La igualdad y no discriminación impera, por mor de la autonomía personal y el respeto a la vida privada y familiar.

3.3. Una cuestión socialmente controvertida que debe resolver libremente el legislador

El modelo de matrimonio homosexual «a la portuguesa» es el de las sentencias del Tribunal Constitucional portugués 359/2009 y 121/2010. Modelo prolongado

36 A. BARRERO ORTEGA, «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa», *op. cit.*

por el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 198/2012, y por el Consejo Constitucional francés, en su decisión de 17 de mayo de 2013.

En ellas la jurisdicción constitucional avaló la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual, pero introduciendo matices relevantes en cuanto a su consideración o estatus. Se dio por buena la intervención del legislador portugués, español y francés favorable al matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo. Esta intervención favorable fue recurrida ante la jurisdicción constitucional por los cauces establecidos al efecto y el recurso fue desestimado. Así pues, a diferencia de lo sucedido en Hungría y en los EEUU, el juez constitucional hubo de pronunciarse en el contexto de una toma de postura clara del legislador a favor de la ampliación o extensión del matrimonio convencional.

Tradicionalmente, en efecto, en Portugal, España y Francia, la ley civil, el Código Civil, definía el matrimonio como la unión de hombre y mujer, pero el legislador decidió modificar ese *statu quo* en pro de la igualdad homosexual, considerando que no había obstáculo constitucional ninguno. Y así fue confirmado por la jurisdicción constitucional, aunque con algunas puntualesizaciones de extraordinario interés.

Este tercer modelo podría sintetizarse del modo siguiente:

a) El concepto constitucional de matrimonio es un concepto abierto, no está cerrado en la Constitución. No hay en la Constitución portuguesa de 1976, española de 1978 ni en la francesa de 1958 una definición precisa de la institución matrimonial ni, consiguientemente, del derecho al matrimonio. Obviamente, en el 76, 78 y 58, el constituyente portugués, español y francés pensaban en el matrimonio clásico o convencional, el heterosexual, pero lo cierto es que en la Constitución no se incluyó una norma que terminantemente prohibiera el homosexual. En la Constitución portuguesa (art. 36) y en la Constitución española (art. 32) el matrimonio aparece como derecho vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía en la conformación de la propia vida. La Constitución francesa no alude, en su parte dogmática, al derecho al matrimonio. En ninguno de esos textos se dice que el matrimonio sea la unión de hombre y mujer entre sí. Se considera, pues, que el tenor literal de la norma constitucional admite una lectura diacrónica o evolutiva, permeable al paso del tiempo, a través del tiempo.

b) El carácter histórico de una institución no la hace insensible a las nuevas demandas sociales, ni a los nuevos valores constitucionales, significativamente la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual. En los ordenamientos portugués, español y francés la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual es un derecho-valor emergente y pujante. La jurisprudencia constitucional portuguesa, española o francesa deduce la interdicción de discri-

minación por razón de orientación sexual del principio genérico de igualdad y no discriminación o, más concretamente, de la prohibición de discriminación por razón de sexo. El sexo-género incluiría hoy también, sin duda, la orientación sexual³⁷.

c) Abrir o extender la institución matrimonial no implica desfigurarla ni destruirla. La institución no se amputa, no se rompe, se amplía en todo caso. Se extiende el ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio como consecuencia de la reinterpretación de la institución.

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. La opción de la legalización del matrimonio homosexual se inscribe en la lógica de la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, apoyándose, además, en la interpretación de la cláusula antidiscriminatoria en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

d) El legislador puede abrir la institución en pro de la igualdad constitucional. Ahora bien –y aquí radica la particularidad de este tercer modelo–, que pueda no significa que deba o que esté obligado «ex Constitutione». La apertura o extensión de la institución es una opción constitucional, no una exigencia constitucional. Es una opción legislativa, pero no es la única opción constitucionalmente admisible. El legislador podría haber optado, en vez de abrir el matrimonio, por una ley de uniones civiles que procurara una equiparación lo más generosa posible, sin excluir diferencias de trato justificadas. Una ley de uniones civiles, sin apertura del matrimonio a las uniones homosexuales, se ajusta igualmente a la Constitución. Satisface las exigencias de la igualdad y no discriminación, así como del respeto a la vida privada y familiar. No le corresponde al Tribunal Constitucional, que es legislador negativo, decidir cuál de esas dos opciones es mejor. El legislador democrático dispone de un margen de apreciación que no puede ser sustituido por el

37 F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*

Tribunal Constitucional. La libertad de configuración del legislador debe quedar salvaguardada³⁸.

e) Este planteamiento parte de una premisa que expone nítidamente la sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español. El derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio no deriva directamente de la Constitución y no es un derecho fundamental que vincule al legislador. De la Constitución no se deriva un contenido esencial del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio indisponible para el legislador. El derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales es un derecho legal que deriva de la acción del legislador. Es un derecho legal que, por así decir, nace y muere con la ley. Es un derecho que, para ser ejercido, requiere la «*interpositio legislatoris*». Sin ley autorizante, una pareja homosexual no puede contraer matrimonio. No cabría invocar directamente la Constitución para contraer matrimonio e imponer a las autoridades la obligación de inscribir y reconocer esa unión.

Todo ello conduce, en buena lógica jurídica, a admitir en teoría la reversión o marcha atrás, esto es, la vuelta a un entendimiento tradicional o convencional del matrimonio tras una primera intervención del legislador a favor del matrimonio igualitario. Una mayoría parlamentaria podría autorizar la apertura del matrimonio a las uniones homosexuales, pero otra mayoría parlamentaria distinta podría volver a definir el matrimonio al modo clásico y aprobar una ley de uniones civiles para parejas homosexuales. Con todo, las parejas homosexuales, reconozca o no la ley su derecho a contraer matrimonio, no pueden quedar privadas de un estatus jurídico que les reconozca derechos y beneficios equiparables a las parejas heterosexuales casadas. Una situación de desprotección absoluta sí que podría considerarse anticonstitucional, por cuanto supondría una restricción injustificada y desproporcionada de sus derechos a la igualdad y no discriminación y al respeto a su vida privada y familiar, en conexión con el libre desarrollo de la personalidad. La ya mencionada STEDH Oliari y otros c. Italia ha avalado esta tesis.

En cambio, el derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales sí es un derecho fundamental que está en la Constitución y vincula al legislador. Presenta un contenido esencial indisponible para el legislador. La ley que no respete ese contenido esencial es constitucional. El legislador no puede suprimir el derecho y tampoco acometer una regulación del mismo que lo haga impracticable. El matrimonio

38 J. PARDO FALCÓN, «El matrimonio homosexual, un derecho constitucional: algunas consideraciones básicas a la espera del TC», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 24, 2011, pp. 60-67.

heterosexual debe ser regulado necesariamente por el legislador y no cabe imponer a su ejercicio limitaciones u obstáculos irrazonables.

Se podría hablar, por consiguiente, de dos derechos al matrimonio. El derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales en tanto derecho fundamental que vincula al legislador y el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales en tanto derecho legal y disponible para el legislador³⁹.

La doctrina italiana viene discutiendo desde hace algún tiempo si este tercer modelo es el de la sentencia de la Corte Constitucional 138/2010⁴⁰. Sentencia en la que la Corte excluyó la ilegitimidad constitucional de las normas –el Código Civil– que limitan la aplicación de la institución del matrimonio a las uniones entre un hombre y una mujer, pero al mismo tiempo afirmó que dos personas del mismo sexo tienen, en cualquier caso, el derecho a obtener el reconocimiento jurídico, con los derechos y deberes anexos, de su unión estable y confió entonces al Parlamento la reglamentación de esta materia con los límites y modo más oportunos. ¿Admite la sentencia 138/2010 la posibilidad de que el legislador italiano abra el matrimonio a las uniones homosexuales como fórmula adecuadas para la equiparación? ¿Se puede legalizar el matrimonio homosexual? ¿Es una opción legítima?

Alguna doctrina entiende que sí. No hay obstáculo constitucional ninguno. Sería, además, la opción más coherente con el propósito de lograr una equiparación o igualación efectiva. Pese a la ambigüedad del pronunciamiento de la Corte Constitucional, se impone una interpretación favorable a la extensión de la institución a las parejas homosexuales. El matrimonio homosexual puede ser con la sentencia 138/2010 en la mano.

Otros autores, por el contrario, entienden que no es posible. En Italia, a partir de la decisión de la Corte, no cabría la solución portuguesa. Certo es que la Corte Constitucional reconoce el derecho de los homosexuales a que el Estado regule sus uniones jurídicas de manera integral, pero se cuida muy mucho de hablar de matrimonio. Esa regulación integral es una cosa y el matrimonio otra bien distinta. La apertura del matrimonio no es una opción constitucional porque implicaría destruir la imagen de la institución. Sería posible aprobar una ley de uniones civiles –opción finalmente impulsada por el gobierno Renzi– que apreciara cuidadosamente

39 A. BARRERO ORTEGA, «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa», *op. cit.*

40 En torno al debate italiano, S. RAGONE, «El matrimonio homosexual en Europa. Entre Derecho político y Derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada», *Foro, Nueva época*, 16, 2013, pp. 241-261.

las similitudes y las diferencias entre matrimonio y unión homosexual. El legislador podría procurar la igualación, pero conforme a la dimensión institucional del matrimonio. La solución que guarda el debido equilibrio entre lo individual y lo institucional es una ley de uniones civiles. Italia, a juicio de esta otra doctrina, habría de aproximarse más a la solución húngara que a la portuguesa.

Más allá de las dudas que plantea el caso italiano, lo que sí parece seguro es que este tercer modelo, el modelo portugués, a diferencia del modelo húngaro, privilegia los derechos individuales sobre la institución jurídica aunque de forma matizada. Es el legislador quien debe decidir en el marco de la democracia deliberativa.

A la hora de tomar una decisión política, el legislador habrá de valorar si hay un consenso entre todas las partes para definir la mejor opción. La deliberación –sometida al principio de publicidad– obliga a presentar abiertamente las razones que sustentan la decisión adoptada, con lo cual ciertas motivaciones manifiestamente injustas quedan excluidas del debate político, precisamente por ser socialmente inaceptables. Por uno y otro motivo, la discusión pública estimula el desarrollo de cualidades democráticas, en especial la virtud de la imparcialidad, en la medida en que obliga a quienes participan en la discusión a ir más allá de sus intereses puramente privados.

En la postura de los Tribunales Constitucionales portugués y español, y en la decisión del Consejo Constitucional francés, se viene a reconocer que, a día de hoy, la cuestión del matrimonio homosexual es una cuestión social y moralmente controvertida. No se da un consenso generalizado al respecto. No hay, en consecuencia, una obligación de legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Hay diferentes opciones (extender el matrimonio o aprobar una ley de uniones civiles, una ley que regule de forma integral la unión homosexual). Una cuestión contestada que debe resolver el legislador nacional en atención a razones de conveniencia política y dentro del margen de apreciación que le reconoce la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En suma, no corresponde a la jurisdicción constitucional interferir en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de su decisión para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza en ejercicio de su libertad opción⁴¹.

41 F. J. MATÍA PORTILLA, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo», *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, 2012.

La libertad del legislador no significa, sea como fuere, que, en el supuesto de que se opte por una ley de uniones civiles que regule de forma integral la convivencia homosexual, quepa cualquier diferencia normativa entre el matrimonio y la unión civil. La diferencia debe ser idónea –en el sentido de que persiga una finalidad constitucional legítima y, respecto de esa finalidad, tenga sentido diferenciar entre matrimonio y uniones civiles–, necesaria –en el sentido de que la diferencia sea indispensable para alcanzar la finalidad, de modo que no haya más remedio que diferenciar– y proporcionada en sentido estricto –en tanto que el coste para la igualdad no sea excesivo o desmesurado–. La libertad de opción del legislador tiene límites, así lo impone el respeto al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a la igualdad y no discriminación de las parejas homosexuales. El legislador debe procurar la equiparación, sin incurrir en arbitrariedad⁴². El modelo de matrimonio homosexual «a la portuguesa» fuerza la intervención del legislador conforme a los derechos, bienes y valores constitucionales.

4. A GUIA DE CONCLUSIÓN

El debate sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual nos sitúa ante un sinfín de interrogantes de relevancia constitucional. En particular, ante un interrogante clásico en materia de protección de los derechos fundamentales y de relación entre el legislador y la jurisdicción constitucional: ¿quién debe tener la última palabra ante las grandes controversias en torno al reconocimiento y alcance de los derechos fundamentales? ¿El legislador o la justicia constitucional? ¿Es el proceso judicial o el procedimiento legislativo el cauce más adecuado para resolver esas cuestiones controvertidas?

La pregunta está ligada a la denominada objeción contramayoritaria del poder judicial, tan extendida en círculos académicos norteamericanos⁴³. Los jueces, al no tener legitimidad democrática directa, sino, como mucho, legitimidad democrática de ejercicio, no deberían convertirse, al ejercer el control de constitucionalidad (ya difuso, ya concentrado), en censores de los actos y omisiones de los otros poderes del Estado y, particularmente, del poder legislativo, órgano directamente representativo.

42 S. RAGONE, *op. cit.*

43 Vid. V. FERRERES COMELLAS, *op. cit.*, pp. 42 y ss.; M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Civitas, Madrid 2005, pp. 63 y ss.; L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Derechos, democracia y justicia constitucional», en VVAA., *Jurisdicción constitucional y democracia (actas de las XVI Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional)*, Cuadernos y debates-Tribunal Constitucional, Madrid 2011, pp. 107-126.

Ahora bien, el control de constitucionalidad y la atribución de facultades a la jurisdicción constitucional para solventar esas controversias en materia de derechos fundamentales asegurarían el derecho de la minoría a discernir por encima del criterio impuesto mayoritariamente por cauces democráticos. Históricamente los derechos fundamentales se han ido decantando como límites al poder en relación con las exigencias de las minorías.

El debate sobre el matrimonio homosexual es un buen ejemplo de todo ello. El matrimonio igualitario es un tema controvertido, social y moralmente discutido, al que ha debido enfrentarse la jurisdicción constitucional tras su legalización reciente en muchos países y en un marco de, por así decir, expansión de la justicia constitucional. En Europa, la jurisdicción constitucional está plenamente consolidada en aquellos países que la adoptaron tempranamente; fuera de Europa, asistimos a la propagación del modelo kelseniano de control de constitucionalidad de la ley, en su versión pura o en su versión mixta o matizada.

Si a ello añadimos la doctrina sentada por los distintos Tribunales Constitucionales de la que se acaba de dejar constancia (matrimonio homosexual como derecho fundamental *versus* matrimonio como opción legislativa), se aprecia aún más claramente la relevancia del interrogante que planteamos.

Parece claro que, en Europa, la misma jurisdicción constitucional confía más en el procedimiento legislativo que en el procedimiento judicial para resolver una cuestión que se considera socialmente controvertida o enfrentada⁴⁴. El matrimonio homosexual se concibe más bien como una opción legislativa, una cuestión que debe ser resuelta, en última instancia, por el legislador democrático. La jurisdicción constitucional no debe invadir ese margen de decisión del legislador. Las sentencias del Tribunal Constitucional portugués, español o francés van en esta dirección. La Corte Constitucional italiana también, si bien su jurisprudencia presenta perfiles más ambiguos.

En Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica o México, sin embargo, la justicia constitucional o las Cortes Supremas consideran el matrimonio homosexual como un derecho deducible directamente de la Constitución. Un derecho fundamental vinculante para el legislador. La decisión no puede dejarse al albur del proceso político o del procedimiento legislativo porque está ya resuelta desde la Constitución. El poder constituyente tomó partido, si bien es cierto que, en estos países, los Tribunales o las Cortes Supremas han alcanzado esta conclusión a partir de una interpretación evolutiva, no originalista, del texto constitucional, y en base a la fuerza expansiva de

44 S. RAGONE, *op. cit.*

los derechos. El legislador no puede dirimir una controversia que hoy está zanjada «ex Constitutione». La libertad de configuración del legislador está limitada.

Esta limitación del poder de opción del legislador es justamente la que lamentan los jueces del Tribunal Supremo norteamericano John Roberts y Antonin Scalia en sus votos particulares discrepantes frente a la decisión de la mayoría en el caso Obergefell. Roberts y Scalia son partidarios de una solución, por así decir, a la europea.

Para Roberts, el Tribunal Supremo no es un Parlamento. Si el matrimonio homosexual «es una buena idea o no, no es asunto del Tribunal Supremo». El derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio «no está en la Constitución». El matrimonio homosexual «no tiene nada que ver con ella». O, mejor dicho, tiene que ver, pero no hasta el extremo de asfixiar la libertad del legislador.

Para Scalia, hasta que los tribunales lo cercenaron, el debate sobre el matrimonio homosexual fue «la mejor demostración de la fortaleza de la democracia americana». Es sorprende –señala– que «la mayoría se muestre cómoda al concluir que todos los Estados violaron la Constitución durante los 135 años transcurridos entre la ratificación de la decimocuarta enmienda y la aprobación del matrimonio homosexual en el Estado de Massachusetts en 2003».

Hay otra circunstancia que, en mi opinión, explica el distinto posicionamiento de la jurisdicción constitucional europea y del Tribunal Supremo americano. En Europa, el control de constitucionalidad del matrimonio homosexual se ha operado en el contexto de una intervención favorable del legislador, a favor de ley. Los Tribunales Constitucionales portugués, español y francés confirmaron la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual. La deferencia hacia la actuación del legislador es entendible cuando esa actuación se comparte y avala.

En cambio, el control del Tribunal Supremo americano se produjo frente al legislador, contra ley. La sentencia del caso Obergefell puso coto a la deriva anti-matrimonio homosexual tanto del legislador federal como estatal. Recuérdese, en efecto, que el presidente Bill Clinton promulgó el 21 de septiembre de 1996 la Ley de Defensa del Matrimonio («Defense of Marriage Act», abreviado DOMA), ley federal que definía el matrimonio como la unión legal entre un hombre y una mujer. La ley fue aprobada ante el temor de que Hawái (y posiblemente otros Estados) legalizaran el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya fuese por ley o por decisión del Tribunal Supremo del Estado. Se quería evitar que otros Estados del país se vieran obligados a reconocer este tipo de matrimonios debido a la cláusula de certeza y credibilidad completa de la Constitución federal. Por otro lado, en octubre de 2010, California aprobó una reforma de la Constitución estatal para constitucio-

nalizar como único matrimonio válido el heterosexual, como reacción frente a una resolución del Tribunal Supremo del Estado de mayo de 2008 que estimó inconstitucional la legislación civil tradicional. El Tribunal Supremo federal se impuso frente al legislador, de ahí la conceptuación del matrimonio como derecho fundamental.

La diferencia esencial entre el modelo portugués y el modelo americano es que mientras que en Europa el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los homosexuales ha precisado una acción legislativa, a la otra orilla del Atlántico el reconocimiento deriva de una acción judicial, un pronunciamiento judicial –aunque la solución europea fuese la defendida por los votos discrepantes ya aludidos–. En un caso, el derecho ha partido de la «*interpositio legislatoris*»; en el otro, el derecho se deduce directamente de la Constitución.

Por lo demás, llama la atención el hecho de que en los Estados Unidos el control difuso de constitucionalidad no permitiera a la primera y con carácter definitivo un pronunciamiento general y directo sobre la conformidad o disconformidad del matrimonio homosexual a la Constitución, como sí ha sucedido en otros países europeos y no europeos. La solución Obergefell ha llegado con considerable retraso y puede decirse que ha tenido, en último análisis, una función pacificadora⁴⁵ en el ordenamiento norteamericano. Aunque haya sido más tarde que pronto, el Tribunal Supremo ha dicho la verdad jurídica y tiene que ser acatada, lo cual reviste especial importancia en un contexto como el americano en el que el control difuso había generado una gran disparidad de interpretaciones a nivel de tribunales de instancia estatales y hasta tribunales supremos estatales. Una controversia judicial animada con intervenciones del legislador constituyente estatal y del legislador ordinario federal terciando en la contienda. Parece evidente que el control difuso y hasta el federalismo auspician, en materia de derechos fundamentales, sinergias y dinámicas mucho más complejas que las que propicia el control concentrado y el centralismo.

Resumen

Por cuestiones socialmente controvertidas cabría considerar asuntos de interés general respecto a los que no existe acuerdo o conformidad entre los miembros de una colectividad. Desde la perspectiva constitucional, son cuestiones polémicas que no pueden dirimirse mediante la apelación al consenso mínimo sobre valores compartidos formalizado en la Constitución. Ese consenso no se da, de modo que puede afirmarse que, en principio, las cuestiones socialmente contestadas quedan fuera del marco constitucional de certeza. ¿A quién compete el cierre de,

45 J. PÉREZ ALONSO, «Breve crónica acerca de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el matrimonio homosexual en los años 2013 y 2015: los casos Windsor, Perry y Obergefell», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 2015, pp. 347-367.

por así decir, esas aperturas estructurales? ¿Al legislador democrático? ¿La jurisdicción constitucional no tiene nada que decir? El presente trabajo reflexiona sobre todo ello tomando como punto de partida o hilo conductor la controversia en torno a la legalización del matrimonio homosexual o igualitario.

Palabras clave: *Cuestiones socialmente controvertidas – matrimonio homosexual – unión civil – caso Obergefell – jurisdicción constitucional – legislador democrático.*

Abstract

Constitutional controversial issues are those matters of general interest on which there is a lack of agreement among the members of a community. These are contentious matters that can hardly be resolved by appealing to the shared values formalized in the Constitution. Given the lack of social consensus, it could be argued that these very controversial questions would fall outside constitutional frame of certainty. Who should resolve these structurally open issues? Should they be decided by the democratic legislature? And, which is the role of the Constitutional Court in such matters? This article engages in the discussion of these core questions in the light of the recent debates on gay marriage.

Keywords: *Constitutionally controversial issues – same-sex marriage – civil union – Obergefell case - constitutional jurisdiction – law maker.*

Recibido: 25 de mayo de 2016

Aceptado: 16 de julio de 2016



EL FUTURO JURÍDICO DE INTERNET: UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA NEUTRALIDAD DE LA RED

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

1. Introducción: Frosini y el futuro del Derecho informático.
2. Tecnología, globalización, Internet y Derecho constitucional.
3. Gobierno y neutralidad sustantiva de Internet.
4. Provisión y neutralidad formal (o técnica) de Internet: el debate de la neutralidad de la red en Estados Unidos y en la Unión Europea.
5. Consideraciones finales: frentes abiertos en la neutralidad de Internet.

1. INTRODUCCIÓN: FROSINI Y EL FUTURO DEL DERECHO INFORMÁTICO

Hace 16 años se publicaba el trabajo «El horizonte jurídico de Internet» de Vittorio FROSINI¹, y en el que el autor planteaba el reto de un régimen jurídico es-

1 V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet», *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, núm. 2/2000, pp. 271-280. Éste es uno de los últimos trabajos del Prof. FROSINI (padre en Italia y en Europa del llamado Derecho informático), y al hilo de éste que el pasado 14 de octubre de 2016 se celebrara en la Universidad de Catania un seminario-homenaje al mismo en el que tuve el placer de intervenir (precisamente, este escrito parte de la intervención que desarrollé en él); además, indicar que dicho trabajo ha sido objeto de una reciente traducción al castellano (también por mí), que se publicará asimismo en el próximo número de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Por último quisiera señalar que el presente artículo [junto con otros dos: «El Derecho Constitucional ante la era de Ultron: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional» (*Estudios de Deusto*, vol. 64/2, 2016, pp. 225-258); y «Los fundamentos del “progreso informático” en la Unión Europea» (en prensa)] se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42960-P («La dimensión constitucional del proceso de integración europea en el contexto de la globalización»), del que soy investigador principal.

pecífico sobre Internet, más allá de la mera extensión de las normas vigentes de los respectivos ordenamientos públicos aplicables «ad casum»²; y ello, especialmente, en razón a la compleja y específica problemática que plantea Internet según el Prof. FROSINI, como ocurre con relación a las limitaciones espaciales y temporales de éste y de los mensajes que discurren a través de él³. Pero un espacio y un tiempo que han venido, a su vez, a transformar el contexto jurídico en el que se desarrolla el mismo Internet: de un lado, un espacio virtual, al margen de las clásicas fronteras de los Estados y obviando de este modo, en gran medida, la acción jurídica y política de éstos; así como un tiempo virtual, por otro, pues aquél pone en contacto inmediato a sujetos que interactúan en distintos puntos del planeta con diversa franja horaria, y generando un tiempo propio, digital, fuera de husos horarios⁴. Y con ello, a su vez, un espacio y un tiempo que nos introducen en un nuevo marco histórico en el que se integra críticamente el Estado y su Derecho hoy; nos referimos a la globalización, tal como venía planteando Anthony GIDDENS con relación a las transformaciones sociales que cabían ya advertir a comienzos de la última década del pasado siglo⁵. Y es que globalización, informática e Internet van de la mano⁶.

Mas el Prof. FROSINI también nos habla del tiempo real, el histórico. Y esto no sólo en relación con el título del trabajo al que aquí hago mención («El horizonte jurídico de Internet», recuérdese), sino al respecto del propio ensayo cuando, al final del mismo, incluye un «post scriptum» introduciendo cuestiones nuevas no referidas en el texto inicial⁷. Por supuesto que todos hemos tenido la experiencia de, terminando un artículo, hacer modificaciones a la vista de novedades surgidas mientras éste se estaba realizando; pero cuando el tema objeto de estudio es la tecnología, y en concreto la informática, resulta una verdadera temeridad pretender que el trabajo, cuando salga publicado, no vaya a estar ya desfasado. Con todo, hoy cojo el guante que en su día nos lanzara Vittorio FROSINI, pasando a reflexionar (a finales de 2016)

2 De interés, sobre las características que presenta hoy el Derecho de Internet, y sus consecuencias metodológicas, como rama autónoma del Derecho, *vid. p.e.: P. GARCÍA MEXÍA, «El Derecho de Internet», en AA.VV. *El Derecho de Internet*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 23 y ss.*

3 Cf. V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet...», cit., pp. 272-274.

4 También, sobre esto, *vid. detenidamente Ramón J. MOLES PLAZA, *Derecho y control en Internet*, Ariel, Barcelona, 2004, Cap. I.*

5 A. GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, A. LIZÓN RAMÓN (trad.), Alianza, Madrid, 1999, pp. 28 y ss.

6 Cf. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 63 y ss. (en especial p. 104).

7 V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet...», cit., pp. 279 y 280.

sobre el futuro u horizonte jurídico de Internet (aunque sólo sea en relación con su expresión más inmediata y sin pretensión alguna de agotar la cuestión, pues dejamos a un lado cuestiones tan relevantes como la misma privacidad y la protección de datos, el «Big Data», el «Cloud Computing», o la ciberseguridad), y ello, en particular, con relación al principio de neutralidad dada la progresiva dimensión jurídico-constitucional que éste viene asumiendo en los últimos años⁸ en garantía de imparcialidad e igual trato del tráfico de la red en relación con los contenidos y su origen, así como de interconectividad de sistemas y tecnologías en la red⁹.

2. TECNOLOGÍA, GLOBALIZACIÓN, INTERNET Y DERECHO CONSTITUCIONAL

De acuerdo al motorizado tiempo que nos ha tocado vivir, y en el que la informática, precisamente, parece funcionar a modo de acelerador del mismo, no está de más partir de la siguiente reflexión: el Derecho y el futuro no es un binomio que tenga buena química cuando de la tecnología se trata, pues el Derecho tiende a avanzar a rebufo de ésta; y ello, en particular, a la vista de los cambios y conflictos que la tecnología genera en la realidad social y ante su regulación jurídica, de manera que, normalmente, los juristas intervenimos una vez que la realidad jurídica y la realidad social quedan disociadas; el Derecho así, y con él los juristas, parcheando los baches y agujeros que el progreso tecnológico, y en especial el informático (a los efectos de estas páginas), generan en el malfunecro entramado jurídico. Otra cosa, en principio, sería el caso de la política (dada su mayor proyección de futuro, en atención a su capacidad de prospección estratégica al respecto del mismo y la innovación)¹⁰, pero su relación con el progreso tecnológico tampoco viene siendo buena: de un lado, por la tensión que entre el/lo político y el/lo tecnólogo/tecnológico se da en la actualidad, ante la desconfianza que sobre el/lo primero recae frente a la científicidad que sobre la tecnología se autopresume; de otro, por el espacio de poder que reclaman entonces los segundos (científicos e ingenieros), parapetándose ante la acción de los

8 Sin perjuicio de volver a remitirnos a su trabajo, *vid.* L.F. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Políticas de la ‘Federal Communications Commission’ en materia de neutralidad de la red», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Servei de Publicacions de la Universitat de València, Valencia, pp. 100-102.

9 Como «neutralidad de la red» y «neutralidad tecnológica», *cfr.* AA.VV., *Diccionario del español jurídico*, Espasa, Barcelona, 2016, p. 1099.

10 Sobre la prospectiva y la innovación, *vid.* E. BAS AMORÓS y M. GUILLÓ LÓPEZ, «Prospectiva y cultura de la innovación», *Ekonomiaz*, núm. 76, 2011, pp. 19 y ss.

primeros (los políticos); y asimismo, por la propia dejación que los mismos poderes políticos han protagonizado sobre la tecnología, en no pocos casos (lo que, a su vez, ha venido a reforzar las dos objeciones anteriores)¹¹. Mas también, claro, por la dificultad obvia de decidir desde el presente un futuro sujeto a su propio destino e innovación técnica, que a menudo se aparta del diseño político (y jurídico)¹².

Por supuesto que el cambio y la evolución es condición de la misma Historia, incluido el progreso tecnológico, pero lo característico hoy es la velocidad e intensidad de tales cambios a golpe de tecnología (conforme he sugerido más arriba)¹³, lo que a su vez repercute en un Derecho cada vez más contingente ya que en constante mudanza (jurídica y políticamente) a los nuevos tiempos¹⁴; y con esto la dificultad del Derecho entonces para ofrecer la necesaria seguridad jurídica que es presupuesto del mismo, puesto que garantía de la libertad y del tráfico jurídico como máximo cabe hablar de cierta «previsibilidad»¹⁵. Además, plantearnos el futuro de Internet, y así cuál pueda ser la forma en que haya de acometerlo el Derecho, supone a su vez afrontar directamente una espiral de indeterminación, al ser incapaces de predecir el concreto desarrollo que pueda alcanzar la innovación tecnológica en materia de redes (según se ha adelantado más arriba), dificultando todavía más nuestro propósito; pero también con ello, afrontar los cambios mismos que está sufriendo, y va a seguir sufriendo, el mismo Derecho¹⁶.

11 Acerca de la dialéctica que se plantea hoy entre Derecho, política y tecnología, *vid.*, p.e., N. IRTI y E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e técnica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.

12 Con carácter general, sobre la paradoja de intentar regular pro futuro la innovación tecnológica, cuando ésta luego asume desarrollos propios al margen de dicha regulación, *vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Estado y Derecho en procesos de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 188 y ss.; y en concreto, sobre cómo la innovación tecnológica en Internet constantemente sorteá la regulación jurídica que sobre el mismo aprueban los poderes públicos, M. PEGUERA POCH, «Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales...* cit., en especial pp. 256 y 257.

13 Llegándose a hablar de un «tiempo fuera de sus goznes»; F. OST, *El tiempo del Derecho*, M.G. Benítez Toriello, Siglo XXI, México, 2005, pp. 264-278.

14 Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado (Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes)*, Thomson Reuters / Aranzadi, Pamplona, 2015, Cap. 3.

15 Sobre la «previsibilidad» como referente gradual, relativo y alternativo de la certeza jurídica en la actualidad, *vid.* G. GOMETZ, *La certeza jurídica como previsibilidad*, D. MORENO CRUZ y D. DEI VECCHI (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

16 Sobre los cambios y el futuro del Derecho, en especial como consecuencia de los cambios que se están produciendo (y se esperan) en la realidad, *vid.* p.e. R. WACKS, *Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 121 y ss.

Ahora bien, no soy un mero técnico en Derecho (ni un político), sino un constitucionalista; es decir, un investigador preocupado, al igual que el Prof. FROSINI, por el ejercicio del poder y por los derechos y las libertades de las personas, en tanto que en constante dialéctica en la Historia. No en vano la Historia de la Humanidad, pasada, presente y entendemos que futura, se estructura en torno al poder, su ejercicio y sus sujetos, y desde la edad contemporánea, en particular, viniendo el Derecho constitucional progresivamente a articular tal ejercicio del poder público ante y por los ciudadanos¹⁷. A estos efectos recuérdese también cómo Internet, y el entero progreso informático, enmarca e impulsa la globalización (según se ha apuntado antes), abriendo nuevas formas de entender y ejercer el poder, junto con la aparición de nuevos sujetos al respecto; y así, desde hace bastantes años, la necesidad de que el constitucionalismo (como advirtiera Mauro CAPPELLETTI) deba alcanzar también dichas nuevas manifestaciones de poderes y de sujetos¹⁸, y en especial de aquéllas y aquéllos de carácter privado. En tal sentido, ciertamente, vengo trabajando desde hace años en relación con el progreso tecnológico y la globalización¹⁹, y desde tal traza (como «jurista tecnológico», en palabras del propio FROSINI)²⁰, entiendo, que podamos también aproximarnos al futuro de Internet. Pero antes, permítaseme detenerme, aun brevemente, en el presente del Derecho constitucional y en la actual evolución de la actividad pública.

El Derecho constitucional que ha de enfrentarse hoy al reto de la informática y del Internet es, de un lado, un Derecho en transformación ante la globalización y la consiguiente crisis del propio Estado²¹; así, es que se vengan extendiendo e impulsando instrumentos propiamente constitucionales a nuevos espacios ordinamentales

17 Por todos, *vid. C. de CABO MARTÍN, Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

18 M. CAPPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»», P. DE LUIS DURÁN (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, p. 12.

19 Entre otros trabajos, *vid. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO*: «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 y ss.; y «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», nuevamente *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, pero ahora núm. 8, 2005, pp. 257 y ss.

20 V. FROSINI, «El jurista en la sociedad tecnológica», F.H. LLANO ALONSO (trad.), *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 16, 1998, pp. 239 y ss.

21 *Cfr. S. CASSESE, La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002. También de interés (y expresamente en relación al Internet), *vid. nuevamente S. MUÑOZ MACHADO, La regulación de la red... cit.*, pp. 63 y ss.

a fin de, no sólo solventar en lo posible las grietas que al interno de la normatividad constitucional ha generado la globalización, sino procurar resolver problemas globales que requieren respuestas a nivel constitucional, como acontece precisamente con el Internet (a tenor del referido espacio y tiempo virtual que genera, y la limitada capacidad de los Estados al respecto)²². Esto da lugar, finalmente, a un Derecho constitucional compuesto, complejo y más allá de la propia Constitución normativa—estatal, en tanto que abierto, cooperativo y dinámico en su realización con otros órdenes jurídicos²³; un Derecho, finalmente, culturalmente proyectado y compartido a partir de aproximaciones comparadas de unos y otros sistemas constitucionales (Peter HÄBERLE)²⁴, lo que en particular se manifiesta con relación al progreso informático e Internet²⁵.

A esto, a su vez, se suma la incertidumbre con la que el propio Derecho, en abstracto, es llamado a decidir sobre cuestiones tecnológicas, en general, e informáticas, en particular; por supuesto que la incertidumbre ha existido siempre en relación con la necesidad de decidir y resolver jurídicamente, pero lo relevante hoy es la abrumadora incertidumbre en la que nos movemos a causa de una tecnología que genera mayores incertezas y riesgos en nuestro futuro²⁶. Es de este modo que el Derecho haya tenido que buscar, consecuentemente, nuevos instrumentos jurídicos, como son los principios de precaución (por ejemplo, José ESTEVE PARDO)²⁷ o el de

22 Pe. A. DE JULIOS-CAMPUZANO, *La transición paradigmática de la teoría jurídica (El Derecho ante la globalización)*, Dykinson, Madrid, 2009, Cap. V; y otra vez, S. MUÑOZ MACHADO, *ibidem*.

23 *Vid.* A. PAULUS, «Globalización en el Derecho constitucional», I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (trad.), junto a M. SOLLEIS, en *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 63 y ss.

24 P. HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, E. MIKUNDA (trad.), Tecnos, Madrid, 2000. También de interés, sobre cómo la globalización tiende a una mayor convergencia de los Derechos constitucionales nacionales, *vid.* M. TUSHNET, «The Inevitable Globalization of Constitutional Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50/1, 2009, pp. 985 y ss.

25 Al respecto del Derecho comparado y el Derecho informático e Internet, *cfr.* T.E. FROSINI, «Nuevas tecnologías y constitucionalismo», Y. GÓMEZ LUGO (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, 2004, pp. 130 y 144.

26 *Vid.* J. ESTEVE PARDO, «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en AA.VV. *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 33 y ss.

27 Nuevamente J. ESTEVE PARDO, pero ahora: «Principio de precaución. El Derecho ante la incertidumbre científica», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, núm. 3, 2003, pp. 689 y ss.; y más recientemente, «Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes», junto a J. TEJADA PALACIOS, en *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 123 y ss.

responsabilidad (Hans JONAS)²⁸, conforme a los cuales (y respectivamente): de un lado, se legitiman medidas limitadoras de actividades de carácter tecnológico que supongan un riesgo constatable (que no ya daño, pues entonces entraría en juego la expresa prohibición) con relación al medio ambiente, la salud y la propia persona humana²⁹; y de acuerdo al segundo (por otro lado, pero potencialmente de manera paralela), se procura una guía positiva y «neokantiana» en post de un desarrollo tecnológico compatible con la persona y su dignidad (y por tanto, con los presupuestos y postulados neoconstitucionales)³⁰. Y en evidente conexión con este último principio, el concepto de conciencia tecnológica (tal como lo definiera Vittorio FROSINI)³¹, en pos de una mayor correlación entre el progreso tecnológico e informático y las personas, mediante la evaluación jurídica del impacto de tal progreso en el estatus jurídico de éstas³².

A lo anterior se une el carácter regulador con el que hoy se caracteriza la acción pública, como otra manifestación más de los cambios que en los últimos tiempos vienen aconteciendo en el Derecho público; un carácter según el cual los poderes públicos renuncian a proveer directamente servicios públicos a la ciudadanía, los

28 H. JONAS, *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, J.M. FERNÁNDEZ RETENAGA (trad.), 2ª ed., Herder, Barcelona, 2004.

29 Lo que dificulta su extensión abstracta, dada su naturaleza limitadora del progreso tecnológico, según advierte C.R. SUNSTEIN, en *Leyes de miedo (Más allá del principio de precaución)*, Weinstabl, V.I. y S.M. DE HAGEN (trad.), Katz Editores, Madrid, 2009. No obstante, entiendo que siempre cabría la instrumentación de tal principio para casos de identificación de riesgos muy graves (no aceptables) y potencialmente efectivos, y en especial al respecto de las personas (o de bienes de la máxima relevancia constitucional); además, el principio de precaución se mueve más en un tiempo cautelar, una vez que ya se ha puesto a disposición del público un producto o servicio inicialmente conforme a la norma y al estado de la ciencia, y al tiempo es cuando presenta, o se le detecta, el referido riesgo. También, sobre este principio y su proyección, de interés: D. BERBEROFF, «Incertidumbre científica y riesgo: cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución», en AA.VV. *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.; y más cercanos a nosotros (y en el recuerdo), R. BARRANCO VELA y M.A. RECUERDA GIRELA, «El principio de precaución como condicionante de la innovación tecnológica y su reconocimiento en el Derecho internacional y comunitario», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 9 y ss.

30 Al respecto, de interés, *vid.* A. ZANON y M. TREVISOL, «Sujeito ético na civilização tecnológica. Uma proposta de Hans Jonas», *Universitas Philosophica*, núm. 63, 2014, pp. 143-166.

31 V. FROSINI, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986.

32 Cómo no, *cfr.* A.E. PÉREZ LUÑO, «Internet y los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 12, 2011, p. 291.

cuales quedan entonces en manos de los propios particulares, si bien guardándose por aquéllos cierto control previo y ulterior sobre éstos en garantía de un interés público y general³³. Pero con esto, claro, el retroceso del Estado ante unos particulares que participan cada vez más en la gestión de espacios y servicios de trascendencia pública, y coincidiendo al respecto de la red con un consiguiente déficit de herramientas y capacidades públicas, entonces, con las que, no ya mantener cierto control sobre Internet (pues salvo en su origen estricto, nunca lo han tenido realmente), sino en conquistar, verdadera y progresivamente, posiciones políticas y jurídicas en un espacio protagonizado primero, y fundamentalmente, por los propios internautas, y luego, ya, por los proveedores (según se viene luego a mostrar); mas en todo caso, como área de acción humana en derechos, libertades y en responsabilidades privadas y públicas³⁴. Un espacio, por tanto, de relaciones en conflicto, y en las que los diversos intereses que expresan internautas y proveedores no son sino reflejo de distintas formas de entender y conformar dicho espacio³⁵; un espacio, además, que, al margen de su virtualidad, es hoy ya auténtica realidad sobre la que, al margen de concepciones positivas o negativas sobre la misma (como manifestación más de la dualidad cultural que sobre la tecnología siempre ha existido)³⁶, los poderes públicos están legítimamente llamados a actuar conforme a un fin público general y abstracto con el que (superponiéndose a tales intereses contrapuestos) recomponer, aun desde tal prisma regulador, la acción pública misma ante unos y otros³⁷. Y de esta manera, y dada la fáctica realidad informática y digital que supone Internet, así como la pluralidad ordinamental que en el mismo reina³⁸, que entendamos que se haya de «re-dirigir», más que inhibir, el desarrollo informático (en general) y de Internet (en

33 Entre otros, pero recientemente, *vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Estado y Derecho en procesos de cambios...* *cit.*, en especial Cap. III.

34 En tal sentido, *vid.* A.E. PÉREZ LUÑO, «Internet y los derechos humanos...» *cit.*, pp. 322 y ss.

35 Sobre la fragmentación del interés general cuando éste queda en manos de grupos sociales a través de la autorregulación, *vid.* J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad (Aproximación al trasfondo de la crisis)*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 123 y ss.

36 De interés, L. WINNER, «Dos visiones de la civilización tecnológica», M. DOMÍNGUEZ FOLGUERAS (trad.), en AA.VV. *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pp. 55 y ss.

37 Otra vez J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, *cit.*, pero ahora pp. 183 y ss.

38 *Cfr.* P. CASANOVAS, «Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos», en AA. VV. *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, pp. 12 y ss.

particular)³⁹, sin perjuicio de advertir potenciales límites jurídicos ante la generación de daños y riesgos ciertos por aquél (especialmente, con relación a derechos y libertades, pero no sólo)⁴⁰.

Con esto último, además, se está haciendo referencia a un principio jurídico que gana cada día mayor incidencia en Derecho público al respecto de las relaciones de los poderes públicos con los sujetos privados en el vigente contexto de la globalización, cual es la subsidiariedad en su dimensión horizontal⁴¹, instando a que las decisiones sobre determinadas materias o cuestiones sean adoptadas por la sociedad civil o determinados sujetos privados en vez de los poderes públicos, y a modo de cláusula de limitación de intervención de éstos⁴². De esta forma es que se pueda hablar de expansión de la subsidiariedad como criterio relacional entre lo público y lo no público, buscando promover y garantizar (mas sin llegar a reservar competencialmente)⁴³ ciertos ámbitos a favor del segundo, y fomentando así heterogéneos procesos de autorregulación⁴⁴: ya por tratarse sobre cuestiones específicamente referidas a ciertos colectivos, de manera que sus miembros se consideran como sujetos preferentes respecto a cómo determinar sus propias relaciones y conductas

39 Interesante, si bien en relación con la economía, es el concepto de «re-regulación» que utiliza H.C. SILVEIRA GORSKI, en el sentido de intervención de los poderes públicos no tanto para regular el desarrollo de una actividad como tal, sino para «definir su actuación como árbitro vigilante» de ésta («La Agencia de Protección de Datos como administración independiente en el «Estado regulador»», junto a A. SÁNCHEZ URRUTIA y M. NAVARRO MICHEL, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 115).

40 Así, p.e., A. PÉREZ LUÑO, «El Derecho y las nuevas tecnologías: impacto de la red en las libertades», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 230 y ss.

41 Al respecto, ya, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Ordenamientos privados y Derecho constitucional», en AA.VV. *Libro homenaje al profesor RAFAEL BARRANCO VELA (I)*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 627 y ss.

42 *Vid.* P. RIDOLA: «Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica», junto a A.A. CERVATI y S.P. PANUNZIO, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 221; y *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pp. 361 y ss.

43 Como sí sucede con el principio de competencia. Y por tanto, que los poderes públicos se vean legitimados a intervenir en el caso de que los particulares se muestren incapaces para proveer adecuadamente la satisfacción de sus propios intereses, y éstos tengan cierta proyección general y pública; desde tal perspectiva, *vid.* A. ALBANESE, «Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici», *Diritto pubblico*, núm. 1, 2002, pp. 51-84.

44 P.e., *vid.* : J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002; y H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Jovene Editore, Napoli, 2009.

(como desde hace tiempo sucede con relación a la autorregulación de Internet)⁴⁵; ya por referirse a materias muy técnicas (incluso tecnológicas), en las que expertos y técnicos se presentan como mejor llamados a decidir y regularlas (como también acontece al respecto de Internet)⁴⁶; o ya por tratar sobre materias y actividades que actúan a nivel global, de manera que sus actores o protagonistas se presentan como sujetos privilegiados a fin de determinar su ordenación y normación (comercio internacional e Internet)⁴⁷. Ahora bien, y desde tal dimensión de la subsidiariedad, previniendo del carácter más corporativo, que verdaderamente democrático y plural, de este principio en no pocos casos⁴⁸, lo cual ha de tenerse en mente a la hora de conjugar adecuadamente la subsidiariedad horizontal en relación con la definición de intereses generales y desde criterios y procedimientos democrático-pluralistas⁴⁹; y de ahí, entiendo, que se presuponga una mayor capacidad a los poderes públicos para redefinir, en última instancia y unilateralmente (incluso), las relaciones entre éstos y los sujetos privados en atención al paradigma de la promoción y la garantía de intereses generales y abstractos política y democráticamente establecidos (como precisamente acontece con la neutralidad en su dimensión más técnica, según se viene luego a mostrar)⁵⁰.

45 Cf. G. TEUBNER, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?», en AA.VV. *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford Press, Oxford, 2004, pp. 3 a 28.

46 Sobre las llamadas «normas técnicas» y el principio de subsidiariedad, *vid.* : F. SALMONI, *Le norme tecniche...*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 89-95, y especialmente 337-342; o S. PENASA, «La función normativa del conocimiento científico: la ciencia como objeto y como recurso normativos», en AA.VV. *La investigación científica como derecho fundamental*, Comares, Granada, 2012, pp. 159-165.

47 P.e., *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «Algunas tendencias jurídica de la globalización», en AA.VV. *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, BOE-AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 47-84, y en especial párrafos 13 a 30.

48 Nuevamente P. RIDOLA, «Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica...» *cit.*, pp. 221-226.

49 Específicamente para el ámbito de Internet, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red...*, *cit.*, pp. 55-61.

50 Con todo, finalmente, se advierte la tensión dialéctica que la subsidiariedad supone siempre en relación a los múltiples principios y fines (complementarios, pero también contradictorios) que terminan por converger alrededor suyo (como democracia, eficiencia normativa, despolitización, descentralización, «Estado minimalista», etc.), así como el resultado abierto y dinámico que conlleva (de la subsidiariedad a modo de *ascensor* llegan a hablar R. BIN y G. PITRUZZELLA en *Diritto costituzionale*, 2^a ed., G. GIAPPICHELLI EDITORE, Torino, 2001, p. 96).

3. GOBIERNO Y NEUTRALIDAD SUSTANTIVA DE INTERNET

Pero comencemos por el pasado de Internet, por su origen mismo; un origen, recordemos (y como comenta el propio Prof. FROSINI en su ensayo)⁵¹, que se remonta a la investigación en redes de conmutación de paquetes de información (ARPANET) dentro del ámbito de la Administración militar norteamericana (en principio, y simplemente, para poder conectar diversos ordenadores e intercambiar información entre los mismos), a la que se sumarían luego otras instituciones gubernamentales y universitarias⁵², y que se vería al tiempo reforzada, especialmente, para evitar el riesgo de aislamiento de una parte del sistema de defensa norteamericana ante un ataque externo (en particular, nuclear). La idea era garantizar que la información llegara a su destino aunque parte de la red estuviera destruida (o lo que es igual, garantizar un mecanismo de respuesta): en tal sentido, se dividió la información en paquetes con datos suficientes para que pudiera arribar a una dirección a través de múltiples nodos sin que el camino resultase preestablecido, de forma que si una parte de la red era dañada o interceptada los paquetes fueran automáticamente por otros nodos⁵³.

Es así que el referido origen de internet conformara ya su A.D.N. en relación con su carácter no enteramente controlable, caótico incluso⁵⁴, y desde tal momento, y particularmente en una primera fase de su desarrollo y evolución ante y por los particulares (es decir, más allá de las instituciones públicas), el reclamo por éstos de un espacio virtual de autogobierno: una auténtica república digital de internautas (en sentido amplio), sin injerencias de los poderes públicos y bajo un marco autorregulado por aquéllos; muestra popularizada de este momento es la conocida como «Declaración de independencia del Ciberespacio», de John PERRY BARLOW

51 V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet...» *cit.*, pp. 274 y 275.

52 Por todos, K. HAFNER y M. LYON, *Where Wizards Stay Up Late (The Origins of the Internet)*, Touchstone, New York, 1998. También de interés, acerca de la estrecha relación existente en Estados Unidos durante la *Guerra Fría* entre la Administración militar y el desarrollo científico y tecnológico allí, *vid.* D. SAREWITZ, «Bienestar humano y ciencia federal, ¿cuál es su conexión?», P. GARCÍA MÉNDEZ y E.M. GARCÍA PALACIOS (trad.), en AA.VV. *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo...* *cit.*, pp. 155 y ss.

53 Desde esta perspectiva, *vid.* V. TRIGO ARANDA, «Historia y evolución de Internet», *Manual formativo de ACTA*, núm. 33, 2004, pp. 22 y ss.

54 *Cfr.* S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red...* *cit.*, pp. 31 y ss. (especialmente, pp. 34 y 37). También, de «sociedad anárquica», nos habla V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet... *cit.*, p. 275.

(1996)⁵⁵, concebida, precisamente, como respuesta a los primeros intentos de regulación de Internet por los poderes públicos⁵⁶. A ello, además, se le habría de sumar cierta apatía por parte de los propios poderes públicos en los primeros momentos de crecimiento de Internet (a diferencia de lo acontecido en el pasado en materia de telecomunicaciones), dejando que fueran los proveedores privados de redes y telecomunicaciones los que, finalmente, fueran conformando éste⁵⁷.

Al margen de concretas manifestaciones de tal autorregulación y autogobierno todavía (como es, en especial, el gobierno de un recurso crítico de Internet como es el de los denominados dominios, y sin perjuicio de su evolución en el tiempo)⁵⁸, lo cierto es que los Estados, finalmente, han ido progresivamente penetrando, y de manera legítima, en dicho espacio virtual a tenor del interés público y general que el mismo supone para toda la comunidad, como en razón a específicas actividades desarrolladas en Internet que afectan a intereses y bienes jurídicos dignos de la máxima protección pública (así no sólo la realización de graves acciones delictivas, en general, como agresivas para la seguridad pública y la defensa de los Estados, en particular, sino simplemente porque afecten a derechos fundamentales, libertades públicas u otros principios de relevancia constitucional)⁵⁹.

En consecuencia, y como contrapartida a dicha penetración paulatina de lo público en Internet, ha sido también una progresiva teorización de un principio jurídico sobre la imparcialidad sustantiva de la regulación pública de Internet, al que venimos aquí a denominar neutralidad sustantiva. Es decir, cómo tal intervención pública en la red ha de llevarse a cabo garantizando que ésta se mantenga como un (nuevo) espacio digital y plural de expresión, comunicación e información de las personas; así, y en principio, una neutralidad sustantiva o material de los poderes públicos al respecto de la red y con relación a sus contenidos, como de las personas que los vierten y los visitan

55 J.P. BARLOW, «Declaración de independencia del ciberespacio», *Periférica Internacional. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, núm. 10, 2009, pp. 241-242.

56 Al respecto de esta declaración, *vid.* : A.E. PÉREZ LUÑO, «Internet y los derechos humanos...», *cit.*, pp. 318-320; o P. GARCÍA MEXÍA, «El Derecho de Internet...», *cit.*, p. 21.

57 *Cfr.* A. OLmos, «La gobernanza de Internet», también en AA.VV. *El Derecho de Internet...* *cit.*, pp. 344-345.

58 Nuevamente A. OLmos, «La gobernanza de Internet...», *cit.*, pp. 346-349, 352-353 y 355 y ss.

59 Con todo, sobre el debate de la intervención normativa de los poderes públicos en Internet, *vid.* p.e. J. WECKERT y Y. AL-SAGGAF, «Regulation and Governance of the Internet», en AA.VV. *The Handbook of Information and Computer Ethics*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken (New Jersey), 2008, pp. 475 y ss.

ante aquéllos. Y decimos una neutralidad sustantiva y material, dado que expresión y proyección jurídica: por un lado, del desarrollo y la expansión que los derechos humanos y derechos fundamentales hoy suponen al respecto de la conocida como «globalización jurídica» (en palabras del propio Vittorio FROSINI)⁶⁰; y por otro, de la concepción compuesta, compleja, cooperativa y expansiva del Derecho constitucional mismo en especial con ocasión de los derechos y las libertades (con Peter HÄBERLE, nuevamente)⁶¹. Una traslación, consecuentemente, del principio constitucional de prohibición de censura previa en garantía de un espacio de libertad y pluralismo ideológico, tal como al tiempo se evidenciara en la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 26 de junio de 1997 en el caso «Communications Decency Act» en relación con la transformación de las libertades de expresión e información sobre Internet, en cuanto que nuevo y singular medio de comunicación mundial⁶². Y en Europa, sin existir pronunciamientos equiparables al recién referido, sí que, al menos, se ha reconocido también la extensión de la libertad de expresión y comunicación al soporte digital de Internet, como acontece, por ejemplo, en el caso Satakumnan Mäkinapörssy y Satamedia, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-73/07)⁶³.

60 V. FROSINI, «Diritti umani, diritti dei popoli e globalizzazione giuridica», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núms. 19-20, 2001-2002, pp. 289 y ss. Una globalización jurídica que, por demás, es también consecuencia del desarrollo de Internet al ser vía de transmisión mundial de los valores que comprendes éstos en torno a la persona y los respectivos sistemas jurídico-políticos en los que se integra; cf. A. PÉREZ LUÑO, «Nuevas tecnologías, informática y derechos», en AA.VV. *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 488.

61 Pe., P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, H. FIX-FIERRO (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

62 Cf. T.E. FROSINI, «Nuevas tecnologías y constitucionalismo...», cit., pp. 138-142. También de interés, vid.: A. FAYOS GARDÓ, «El nuevo mercado de las ideas (Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)», *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 231 y ss.; M.L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en internet (Comentario de la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 283 y ss.; y A.E. PÉREZ LUÑO, «Internet y los derechos humanos... cit., pp. 306-308. Con todo, sobre la oportunidad de prohibición de acceso a determinados contenidos en Internet, vid. el interesante debate que plantea K. MATHIESEN, «Censorship and Access to Expression», en AA.VV. *The Handbook of Information and Computer Ethics...* cit., pp. 573 y ss.

63 Cf. A. SIGÜENZA FLÓREZ, «La libertad de expresión en Internet», en AA.VV. *El Derecho de Internet...*, cit., p. 59.

Naturalmente, y como advierte Mark TUSHNET, lo anterior no significa que se extienda sin más dichas libertades al respecto de Internet, a salvo de concretas adecuaciones a las especificidades que Internet supone (altísima capacidad de difusión, bajos costes, anonimato, potencialidad de daño, etc.), pues las especificidades de Internet son tales que bien pueden llegar a exigir nuevas formas de entender constitucionalmente estas libertades en relación con Internet⁶⁴. Pero esto (que a su vez conecta con la idea plateada por Vittorio FROSINI de cómo Internet exige un Derecho propio, según hemos advertido al comienzo de este trabajo), no obvia que hoy tales libertades constitucionales se expresen y desarrollen efectivamente a través de la red, y que sus garantías deban cubrirlas en dicho medio sin perjuicio, claro, de su adecuada ponderación y actualización en razón a las especificidades que conlleve la red en su momento tecnológico.

Ahora bien, y al margen del crecimiento de la «Deep Web» a fin de esquivar en lo posible el control de Internet por los Estados (como plataforma de acciones delictivas de todo tipo y grados, pero también como efectivo espacio de libertad ideológica ante supuestos de negación de la anterior neutralidad por algunos Estados⁶⁵)⁶⁶, lo cierto es que éstos, los Estados, no terminan sin embargo de poder controlar enteramente Internet en cuanto que «Surface Web» ahora (según se viene adelantando). Así, prohibiciones legítimas previstas por aquéllos en sus respectivos ordenamientos son sencillamente sorteadas por los internautas colgando y visitando contenidos en sitios de Internet ubicados en servidores foráneos y bajo un régimen jurídico diverso⁶⁷; y ello no sólo como una manifestación más de la proyección del

64 M. TUSHNET, «Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law», *William & Mary Law Review*, núm. 56/4, 2015, en <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15> (20/11/2016).

65 En tal sentido, un reciente estudio de *Freedom House* denuncia como más del 65% de la población mundial encuentra algún tipo de censura institucional en la red; *cfr.* FREEDOM HOUSE, «Freedom on the Net 2016. Silencing the Messenger: Communication Apps Under Pressure», en <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2016> (14/11/2016).

66 *Vid.* J.L. GONZÁLEZ SAN JUAN, «Internet profunda: wild wild west», en AA.VV. *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, vol. 5, Ratio Legis, Salamanca, 2015, pp. 221 y ss.

67 Si se me permite, y en un claro ejemplo planteado recientemente en España al respecto de limitaciones legítimas de ciertos contenidos en Internet, la normativa electoral vigente que prohíbe la publicación de encuestas de intención de voto cinco días antes a unas elecciones (art. 69.7 LOREG), y que afecta a los propios medios que despliegan su actuación en Internet (los periódicos digitales), no logra sin embargo que los españoles podamos consultar tales encuestas en medios digitales extranjeros con ocasión de elecciones generales (dadas su relevancia en el exterior).

A.D.N. libertario de Internet, sino del turismo jurídico que hoy permite la globalización (deslocalizando actividades en razón a regímenes jurídicos más laxos que los originarios)⁶⁸, y que en el caso de Internet se ve exponencialmente multiplicado.

4. PROVISIÓN Y NEUTRALIDAD FORMAL (O TÉCNICA) DE INTERNET: EL DEBATE DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED EN ESTADOS UNIDOS Y EN LA UNIÓN EUROPEA

A la par que se venía manifestando el carácter no del todo controlable de Internet por los poderes públicos (conforme acabamos de señalar), vendría también a evidenciarse, no obstante, la posibilidad de que éste tuviera «dueño» (segunda mitad de la última década del siglo pasado), de acuerdo a cómo Internet se venía desarrollando, fundamentalmente, a través de líneas telefónicas y cables televisivos privados, y planteándose así, también, un ulterior progresivo control público sobre las mismas redes e infraestructuras⁶⁹; y para el caso de Europa, donde las líneas telefónicas eran inicialmente públicas (y el cable no estaba tan desarrollado), procediéndose en cambio a un proceso de liberalización de éstas, si bien bajo su condición de servicio universal (y manteniéndose, de este modo, cierto control por los poderes públicos con relación a su ordenación y régimen de prestación)⁷⁰.

Pero sería con ocasión del proyecto de Bill Gates de poner satélites de comunicaciones en baja órbita (1997)⁷¹, permitiendo que Internet fuera accesible desde cualquier parte del planeta (de este modo, acceso universal total) y a una velocidad muy superior a la media existente en ese momento (¡2.000 veces más!), cuando el problema de la propiedad de la red alcanzara su máxima expresión, pues, de haberse llevado a cabo (suponiendo un grandísimo salto cuantitativo

68 De «mercadeo planetario» en relación con los derechos (y el Derecho) nos habla S. RODOTÀ, *La vida y las reglas (Entre el derecho y el no derecho)*, A. GREPPY (trad.), Trotta, Madrid, 2010, pp. 74 y ss.

69 *Vid.* L.F. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Políticas de la 'Federal Communications Commission' en materia de neutralidad de la red...», *cit.*, pp. 102-104.

70 Sobre tal proceso de liberalización, *vid.* ya a T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

71 Con viejos misiles nucleares rusos, los SS-18 (que debían ser desmantelados, y ante los muy elevados costes de tal operación). *Cfr.* M. BRZEZINSKI, «Teledesic's 'Internet in the Sky' May Use Soviet-Made Missiles», *The Wall Street Journal*, 20 de febrero de 1997, en <http://www.wsj.com/articles/SB85638687871273000> (27/10/2016).

y cualitativo para Internet, eso sí), hubiera surgido el evidente riesgo de que la red hubiese quedado bajo el control y la dependencia fáctica de un potencial monopolio privado en su provisión; un riesgo, así, tanto para la comunidad de internautas y prestadores de servicios y contenidos, como para (y especialmente) los propios poderes públicos a la hora de la efectiva garantía de una red libre, pero susceptible, claro, de intervención y control público. Nacía así, o al menos comenzaba a evidenciarse con toda su intensidad, el potencial riesgo de la concentración de la provisión de servicios de Internet; riesgo que, efectivamente y en particular, comenzaba a materializarse en los Estados Unidos con relación a la posición que ocupaban ya los proveedores de televisión por cable en la provisión de Internet⁷².

Es por tanto que junto a la garantía sustantiva de la red en torno a los contenidos que por ella circulaban, se fuera proyectando al tiempo (ya en la década pasada de este Siglo) una nueva manifestación de la imparcialidad de ésta, pero en una dimensión más formal o técnica ahora (Tim WU, 2003), y conforme a la cual tanto proveedores de servicios de internet, como poderes públicos, han de garantizar un trato igual a todo el tráfico, de manera que los internautas no sufran discriminación o carga alguna en razón a contenidos, páginas web consultadas, y plataformas o equipamientos utilizados en el acceso o modo de comunicación⁷³; y ello, a su vez, a la vista de prácticas en las que proveedores de servicios de Internet priorizaban ya determinados contenidos o servicios a cambio de contraprestación económica por parte de proveedores de contenidos, como de usuarios finales⁷⁴. Es decir (y conforme vamos a ver a continuación), una garantía de un mismo servicio a todos los usuarios, sin perjuicio, eso sí, de cierta priorización razonable del tráfico en relación con la gestión de la propia red por los proveedores, o el uso de servicios críticos y de interés público y general; pero de acuerdo, siempre, con una estricta regulación

72 Siguiendo a LESSIG, *cfr.* C.T. MARSDEN, «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 26, en http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden_esp/n13-marsden_esp (28/12/2016).

73 Para el origen del concepto de «neutralidad», T. WU, «Network Neutrality, Broadband Discrimination», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 141.

74 P.e., *vid.* C.T. MARSDEN, «Neutralidad de la Red...», *cit.*, pp. 27-28; también, M. ZINK, REGULACIÓN DE «La neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile: aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas», *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 3, 2013, p. 158.

debidamente garante de la referida imparcialidad o neutralidad formal de la red⁷⁵, y una adecuada información al usuario final⁷⁶.

Al respecto de la progresiva implementación normativa del principio de neutralidad en su dicción formal, en 1998 la «Federal Communications Commission» de Norteamérica (en adelante, FCC) determinaba (inicialmente) que la transmisión de datos por líneas telefónicas de banda ancha debía de integrarse como servicio de telecomunicaciones, y por tanto como servicio universal garantizando el «open access» de terceros proveedores, mientras que para el caso del cable televisivo, no⁷⁷; y en 2005, a la vista de la extensión de la fibra óptica por las operadoras telefónicas (y de la situación dispar que entre ellas y los operadores de cable se daba), la FCC vendría sin embargo a liberar a aquéllas de tal obligación (aumentando entonces la competencia entre unos y otros)⁷⁸, dando lugar, a su vez, a un importante impulso inversor por parte de éstas en infraestructuras técnicas; con todo, la FCC pasaría en 2005 a prever ya las conocidas como «cuatro libertades» de Internet, si bien de manera no vinculante: libertad de acceso a contenidos, libertad de uso de aplicaciones, libertad de conectar dispositivos personales, y libertad de obtener información sobre el plan de servicio⁷⁹. De esta forma es que, aunque se había fomentado por un tiempo una efectiva proliferación de proveedores de Internet en Estados Unidos, no se consiguió, en cambio, tal proliferación en relación con las infraestructuras técnicas, las cuales seguían concentradas en unos pocos propietarios que, además,

75 Sobre la necesidad de regulación como garantía de la neutralidad de la red, *cf.*, por todos, T. BERNERS-LEE, «Net Neutrality: This is serious», 2006, en <http://dig.csail.mit.edu/breadcrumbs/node/144> (29/12/2016).

76 Sobre tal dimensión de la información a favor del usuario, y en cuanto que transparencia por parte del proveedor de servicios de Internet, *vid.* G.R. FAULHABER, «Transparency and Broadband Internet Service Providers», *International Journal of Communication*, núm. 4, 2010, pp. 738 y ss.

77 *In the Matters of Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability*, 13 F.C.C. Rcd. 24012, 24016–17, en https://transition.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/Orders/1998/fcc98188.pdf (18/11/2016).

78 *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities*, 20 F.C.C. Rcd. 14853, en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-07-30A1.pdf (19/11/2016).

79 Sobre dichas libertades, si bien con carácter crítico, *vid.* L. LESSING, «La neutralidad de Internet», G.G. RUIZ ZAPATERO (trad.), en su intervención en la Comisión del Senado de Comercio, Ciencia y Transporte de los Estados Unidos (2006), en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-neutralidad-en-internet> (18/11/2016).

debían sufragar las altas inversiones recién realizadas al respecto⁸⁰; y con esto último, entonces, un nuevo problema, pues (y al margen de las referidas libertades) dichos propietarios de las redes comenzaron a plantear el llamado acceso escalonado, en virtud del cual cabía condicionar al pago de una contraprestación el acceso para proporcionar contenidos o servicios en éstas. Por otra parte, también, se detectó la práctica de ciertos proveedores de Internet que, ante situaciones de cogestión en la red, decidieron unilateralmente retrasar, e incluso eliminar, aquellos paquetes de datos que mayormente contribuían en tal congestión⁸¹.

Ante la situación recién descrita, finalmente, la FCC dio en 2009 un mayor impulso a favor de la neutralidad de la red, como «Open Internet»⁸², abogando no sólo por la efectiva codificación normativa de las mencionadas cuatro libertades, sino añadiendo además otros dos principios: no discriminación en relación con el acceso de otros proveedores de contenidos y aplicaciones (a fin de priorizar, o no, tales servicios), y transparencia al respecto de los usuarios y de las prácticas de los proveedores⁸³. Pero es en 2010 cuando la FCC terminaría aprobando la «Open Internet Order», e implantando finalmente la neutralidad de la red. Y ello, de un lado, incluyendo ahora a todos los proveedores de servicios de Internet dentro de la categoría de «open access», salvo la telefonía móvil (planteándose así, nuevamente, un problema de discriminación entre proveedores), y de otro, ordenando el servicio de Internet a través de tres principios: la obligación de los proveedores de Internet de transparencia en relación con el tratamiento que den en supuestos de congestión de la red; la prohibición de que éstos bloquen el tráfico; y la ilegalidad de tratos discriminatorios no razonables, en el sentido de que el tráfico de ciertos usuarios (o de sus competidores) pueda ser ralentizado de manera artificial por los proveedores⁸⁴.

80 Cfr., otra vez, L.F. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Políticas de la ‘Federal Communications Commission’ en materia de neutralidad de la red...», *cit.*, pero ahora pp. 105-107.

81 Cfr. nuevamente L.F. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Políticas de la ‘Federal Communications Commission’ en materia de neutralidad de la red...», *cit.*, pp. 108-109.

82 Precisamente, sobre cómo la FCC adopta inicialmente la denominación de *Open Internet*, en vez de *net neutrality*, *vid.* A. REYNOLDS, «Enforcing Transparency: A Data-Driven Alternative for Open Internet Regulation», *CommLaw Conspectus*, vol. 19, núm. 2/2011, pp. 517-518.

83 *In Re Preserving the Open Internet: Broadband Industry Practices*, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd. 13064, en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-09-93A1.pdf (20/11/2016).

84 En https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf (30/10/2016). Al respecto, p.e., *vid.* A. REYNOLDS, «Enforcing Transparency: A Data-Driven Alternative for Open Internet Regulation», *CommLaw Conspectus*, núm. 19, 2011, pp. 517 y ss. Y de manera crítica, acerca

No obstante, tal regulación de la FCC sería anulada judicialmente a comienzos de 2014 (a instancia de las operadoras del cable), procediendo aquélla a aprobar una nueva regulación al respecto a comienzos de 2015⁸⁵, constituyendo «una segunda generación de reglas sobre neutralidad de red»⁸⁶ al prohibir expresa y terminantemente a los proveedores que bloquen o desaceleren o degraden el tráfico en las redes por cables e inalámbricas, o que favorezcan servicios por pago o a servicios gestionados: el llamado Internet de dos velocidades, en especial en caso de congestión⁸⁷, y ello, a su vez, en clara correspondencia con la desigualdad económica de los usuarios⁸⁸. Además aquélla ha aprobado un estándar de conducta al respecto de los prestadores, conforme al cual éstos no pueden irrazonablemente interferir o desfavorecer la capacidad de los usuarios para seleccionar, acceder o usar contenidos,

de la limitación que para la *Open Internet* suponía la excepción de la provisión de Internet a través de la telefonía móvil, *cfr.* K. LEGHART, «The FCC's New Network Semi-Neutrality Order Maintains Inconsistency in the Broadband World», *North Carolina Journal of Law & Technology*, núm. 12, 2011, pp. 199 y ss.; y además, sobre la imposición de obligaciones a los proveedores de Internet a las que, sin embargo, no se sujetan otras compañías y actividades consideradas como «common carriage» (en particular, la industria estrictamente telefónica), D. A. LYONS, «Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications: A Historical Perspective», *Arizona Law Review*, núm. 54, 2012, pp. 1029 y ss.

85 «Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order», en https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1_Rcd.pdf (30/12/2016). *Vid.* D. RAMÍREZ MORÁN, «Luces y sombras de la neutralidad en la red», *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 15, 2015, pp. 10-12, en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA15-2015_NeutrальностьRed_DRM.pdf (30/10/2016).

86 *Cfr.* M. MORACHIMO, «El advenimiento de la anticipada Neutralidad de Red para Estados Unidos», en <http://www.blawyer.org/2015/04/06/el-advenimiento-de-la-anticipada-neutralidad-de-red-para-estados-unidos/> (02/01/2017).

87 También conocido como «Internet de dos carriles»; en tal sentido, p.e., *cfr.* A. CASTELLET HOMET, J.M. AGUADO TERRÓN, e I.J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red», *Icono 14*, vol. 12, 2014, pp. 442-443. Con todo, la FCC habría establecido una excepción con relación a supuestos que acrediten un interés público significativo y previa autorización de la propia FCC.

88 *Cfr.* T. WU, «Net Neutrality: How the Government Finally got it Right», *The New Yorker*, 5 de febrero de 2015, en <http://www.newyorker.com/news/news-desk/net-neutrality-shows-democracy-can-work> (03/01/2017). A su vez, y de interés, sobre la relación entre desigualdad económica y brecha digital, *vid.* M. CANELLOPOULOU-BOTTIS y K. E. HIMMA, «The Digital Divide: A Perspective for the Future», en AA.VV. *The Handbook of Information and Computer Ethics...*, *cit.*, pp. 621 y ss.

aplicaciones, servicios o máquinas⁸⁹, ni limitar la capacidad de los proveedores de servicios o de contenidos en Internet de poner a disposición del público contenidos, aplicaciones, servicios o aparatos a los usuarios⁹⁰. Por último, en cuanto a las obligaciones de transparencia e información, la FCC ha reforzado las obligaciones de los proveedores (tarifas promocionales, cargos adicionales y topes de descarga, medidas de gestión de red, etc.).

Naturalmente esta normativa ha sido nuevamente muy controvertida en Norteamérica⁹¹, pues dichos proveedores de servicios de Internet presionan en dirección contraria bajo el clásico argumento de que tal normativa perjudicaría la capacidad innovadora de éstos al reducir su intensidad inversora en infraestructuras⁹². Mas ello, y de otra parte, desde el esfuerzo desarrollado antes por las propias Administraciones públicas federales y locales en Estados Unidos (y al impulso de la propia FCC) en pro de la universalización de la red en banda ancha al menos en relación con todos los centros educativos y bibliotecas públicas⁹³.

En cuanto a Europa, a comienzos de la década pasada se advertía ya en la Unión un bloque normativo aplicable al respecto de la neutralidad de Internet (si bien no expresamente destinado a ella, y de escaso desarrollo)⁹⁴: así, las Directivas 2002/19/CE (de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes y servicios de comunicación electrónicas), 2002/20/CE (de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), 2002/21/CE (de 7 de marzo

89 Así, la FCC permite, no obstante, prácticas de gestión de la red que sean razonables, en tanto que soluciones técnicas estrictamente dirigidas a la salvaguarda de la red.

90 Por otra parte, dicho estándar permitirá a la FCC enjuiciar conductas que, no incluyéndose en las tres prohibiciones anteriormente referidas, puedan «poner en peligro la Internet abierta», a cuyos efectos la FCC señala un listado de factores como criterio: libertad del usuario final, impacto en la competencia, protección del consumidor, efectos en la innovación o en el desarrollo de la banda ancha, efectos en la libertad de expresión y neutralidad ante las aplicaciones; *cfr.* nuevamente M. MORACHINO, *op. cit.*

91 P.e., *vid.* R. WILEY y B. SHUMATE, «Net Neutrality and the Rule of Law», *Telecommunications & Electronic Media*, en www.fed-soc.org/publications/detail/net-neutrality-and-the-rule-of-law (03/01/2017).

92 Con carácter general, sobre la tensión entre garantía de la neutralidad y pérdida de capacidad de desarrollo tecnológico por los proveedores, *vid. p.e.* L.M. RUIZ GÓMEZ, «Neutralidad de red y desarrollo de las TIC», *Revista Universitaria Europea*, núm. 20, 2014.

93 Con todo, en junio de 2016 los tribunales (la Corte de Apelación del Distrito de Columbia) venían, en esta ocasión, a dar la razón a la FCC.

94 *Vid.* nuevamente L.M. RUIZ GÓMEZ, pero ahora «Análisis de la competencia y neutralidad de red», *Boletín Económico de ICE*, núm. 3049, p. 57.

de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), y 2002/22/CE (de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas); y entre éstas, destacando los artículos 8.4.d)⁹⁵ de la Directiva 2002/21/CE, y 1.1⁹⁶, 4.2⁹⁷ y 20.2.b⁹⁸ de la 2002/22/CE, conforme a los cuales se reconocía, en el marco de una «conexión de extremo a extremo», la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público de buena calidad y a una velocidad apta para acceder de forma funcional a Internet, además de una libertad de elección real al usuario al respecto, así como la garantía de suficiente información a éste sobre los servicios prestados, sus niveles de calidad, tarifas y condiciones de uso.

Al tiempo, y en línea hacia un marco expreso sobre la neutralidad de Internet (más sin determinar todavía contenidos específicos, y dejando fundamentalmente en manos de los Estados la concreción de dichos contenidos y las medidas de garantía), están las Directivas 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directivas 2002/22/CE y 2002/58/CE, y el Reglamento (CE) 2006/2004, y la definitiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican las anteriores 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE (el llamado tercer «Paquete Telecom»). En cuanto a la 2009/136/CE, ésta, esencialmente, sustituye los artículos 20 a 22 de la Directiva 2002/22/CE (art. 1.14) en relación con una mayor información en torno a las condiciones de uso y las medidas de gestión

95 «Las autoridades nacionales de reglamentación promoverán los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, entre otras cosas: [...] fomentando que se facilite información clara, en particular exigiendo la transparencia de las tarifas y condiciones de uso de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público [...].»

96 «[...] La presente Directiva tiene por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad en toda la Comunidad a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado».»

97 «La conexión proporcionada deberá permitir a los usuarios finales efectuar y recibir [...] transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica».»

98 «Los Estados miembros garantizarán que, al abonarse a servicios que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública, los consumidores tengan derecho a celebrar contratos con una empresa o empresas que presten tales servicios. El contrato precisará, como mínimo: [...] los servicios prestados, los niveles de calidad del servicio que se ofrecen [...].»

a adoptar por los proveedores, así como la exigencia a éstos de unos requisitos mínimos de calidad con los que evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico⁹⁹. Y respecto a la relevante Directiva 2009/140/CE, destaca: de un lado, la adición de un nuevo apartado «g» al referido artículo 8.4 de la Directiva 2002/21/CE (art. 1.8.g), en virtud del cual se insta a la promoción de «la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección»; y de otro, la inclusión de la conocida

99 Así, de interés para estas páginas, art. 20.1: «Los Estados miembros garantizarán que, al abonarse a servicios que faciliten la conexión a una red pública de comunicaciones o a los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, los consumidores, y otros usuarios finales que lo soliciten, tengan derecho a celebrar contratos con una empresa o empresas que proporcionen tal conexión o tales servicios. El contrato precisará, de manera clara, comprensible y fácilmente accesible, como mínimo: [...] b) los servicios prestados, incluidos en particular: [...] — información sobre cualquier otra condición que limite el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones, [...] — los niveles mínimos de calidad de servicio que se ofrecen, [...] así como, en su caso, otros parámetros de calidad del servicio, que establezcan las autoridades nacionales de reglamentación, — información sobre cualquier procedimiento establecido por la empresa para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de red, e información sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar a la calidad del servicio, [...] h) los tipos de medidas que podría tomar la empresa en caso de incidentes de seguridad o integridad o de amenazas y vulnerabilidad. Art. 21.1: «Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para obligar a las empresas proveedoras de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a que publiquen información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre [...] las condiciones generales, por lo que se refiere al acceso y la utilización de los servicios que prestan a los consumidores y usuarios finales [...].» Art. 21.3: «Los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de reglamentación están habilitadas para obligar a las empresas proveedoras de redes de comunicaciones electrónicas públicas o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, entre otras cosas, a: [...] c) informar a los abonados de los cambios en las condiciones que limiten el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones [...]; d) proporcionar información sobre cualquier procedimiento establecido por el proveedor para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de red, y sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar la calidad del servicio [...].» Art. 22.2: «Las autoridades nacionales de reglamentación podrán especificar [...] los parámetros de calidad de servicio que habrán de cuantificarse, así como el contenido y formato de la información que deberá hacerse pública [...], al objeto de garantizar que los usuarios finales [...] tengan acceso a una información completa, comparable, fiable y de fácil consulta [...].» Y muy especialmente, art. 22.3: «Para evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes, los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para establecer unos requisitos mínimos de calidad del servicio a la empresa o empresas proveedoras de redes públicas de comunicaciones [...].».

como «Declaración de la Comisión sobre la neutralidad de Internet», y en la que se habla por fin, y expresamente, del «mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet», si bien como mero «objetivo político» (todavía) y como «principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación», además de las «libertades de Internet»¹⁰⁰.

En esta línea, todavía, la Comisión Europea en 2010, en su «Agenda Digital para Europa (2020)», y en referencia a la neutralidad y al carácter abierto de la red, reitera su compromiso de vigilar «estrechamente la aplicación de las [referidas] disposiciones legislativas sobre el carácter abierto y neutral de internet, que protegen los derechos de los usuarios al acceso y la distribución de información en línea y garantizan la transparencia sobre la gestión del tráfico», junto con potenciar, eso sí, la banda ancha y el acceso «generalizado» a las mismas y «a un precio competitivo»¹⁰¹. Y cuando en 2011 la Comisión

100 Por su relevancia: «La Comisión otorga gran importancia al mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet, teniendo plenamente en cuenta la voluntad de los colegisladores de consagrar ahora la neutralidad de Internet como un objetivo político y un principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación, junto con el refuerzo de requisitos de transparencia afines y la creación de competencias de salvaguardia para las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de prevenir la degradación de los servicios y la obstaculización o entorpecimiento del tráfico en las redes públicas. La Comisión supervisará atentamente la aplicación de dichas disposiciones en los Estados miembros, haciendo especial hincapié en su Informe Anual al Parlamento Europeo y el Consejo en el modo en que se están protegiendo las «libertades de Internet» de los ciudadanos europeos. Entretanto, la Comisión seguirá de cerca las repercusiones de las evoluciones del mercado y de la tecnología en cuanto a las «libertades de Internet», informará al Parlamento Europeo y al Consejo antes de que finalice 2010 de la necesidad o no de directrices adicionales, e invocará sus atribuciones legislativas existentes en materia de competencia para tratar cualquier práctica contraria a la competencia que pueda producirse». Sobre el alcance de ambas Directivas, *vid.* p.e. A. MARTÍ DEL MORAL, «Hacia una configuración adecuada de la neutralidad tecnológica como principio jurídico en las comunicaciones electrónicas y en internet», en AA.VV. *Libro homenaje al profesor RAFAEL BARRANCO VELA (I)... cit.*, pp. 1146-1148, y 1153-1156.

101 Comisión Europea, *Una Agenda Digital para Europa*, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones», Bruselas, 26.8.2010, COM(2010) 245 final/2, pp. 21, 23-24, en http://www.ris3galicia.es/wp-content/uploads/2013/10/com2010_0245es01.pdf (24/11/2016). Y al respecto de tal acceso a Internet, adviértase que, elaborada dicha Agenda en torno al fortalecimiento del mercado digital en la Unión Europea, no se hablaba expresamente (y sin embargo) de acceso universal (más allá, claro, de la referencia al fomento de un acceso generalizado de los consumidores europeos a Internet, en cuanto que puerta necesaria para tal mercado digital), mientras que ello sí había sido objeto de cierto impulso por

decide evaluar finalmente la conveniencia de una normativa específica sobre la neutralidad de Internet en Europa, sigue sin considerar necesario que se realice todavía dicha normativa (sin perjuicio, eso sí, de la potencial actuación de los Estados miembros), limitándose a plantear una serie de recomendaciones (fundamentalmente, informar a los consumidores sobre: la velocidad real de banda ancha, subida y bajada de datos, y velocidad utilizada; los límites o techos de consumo; y las limitaciones que pueda tener Internet) que, de no ser atendidas, sí darían lugar entonces a tal intervención normativa¹⁰². Por su parte el Comité Económico y Social Europeo, y en respuesta a la Comisión, vendría en un Dictamen, de octubre de 2011¹⁰³, a plantear la necesidad de una normativa más concreta y clara en torno a la neutralidad de la red, invocando (incluso) los principios de prevención y precaución, conectando dicha neutralidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y haciendo propuestas de específicos contenidos que habrían de integrar el régimen de la neutralidad de Internet¹⁰⁴; y ya el Parlamento Europeo, en noviembre de 2011, aunque recogiendo parte del anterior Dictamen, se limitaría en este momento a instar a la Comisión a que continuara vigilando las prácticas

la Comisión años antes (1999), en el documento *eEurope - Una sociedad de la información para todos* (en el que uno de sus objetivos era, precisamente: «Llevar la era digital y a la comunicación en línea a cada ciudadano, hogar y escuela y a cada empresa y administración»); *cfr.* Comisión Europea, «Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEurope - Una sociedad de la información para todos», COM (1999) 687, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l24221> (24/11/2016).

102 Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa», de 18 de abril de 2011, COM(2011) 222 final, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:ES:PDF> (28/12/2016). Al respecto, *cfr.* L.M. RUIZ GÓMEZ, «Análisis de la competencia y neutralidad de red...», *cit.*, pp. 57-58; también de interés, *vid.* A. CASTELLET HOMET, J.M. AGUADO TERRÓN, e I.J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «De las libertades de Internet al tráfico...», *cit.*, p. 450.

103 «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa» COM(2011) 222 final», en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52011AE1608> (28/12/2016).

104 *Cfr.* A. MARTÍ DEL MORAL, «Hacia una configuración adecuada de la neutralidad tecnológica como principio jurídico en las comunicaciones electrónicas y en internet...», *cit.*, pp. 1156 y 1157.

ticas de gestión del tráfico, y sin considerar tampoco necesario proceder a su regulación¹⁰⁵.

Es ya en 2015, y al influjo de la normativa norteamericana, cuando la Unión Europea dé un verdadero salto en la neutralidad de la red con ocasión de la aprobación del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, al establecerse, por fin, concretas y directas medidas en relación con el acceso a una Internet abierta (a la par que se modifica la referida Directiva 2002/22/CE y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión); pero ello, desestimándose por el propio Parlamento Europeo buena parte de las enmiendas presentadas en orden a garantizar, precisamente, un alto estándar de neutralidad ante la priorización del tráfico en la red pretendida por los proveedores de Internet. Así es que el Reglamento (UE) 2015/2120, después de un preliminar reconocimiento del «tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y los derechos relacionados de los usuarios finales» (art. 1.1), de libre acceso y uso de aplicaciones y servicios (art. 3.1)¹⁰⁶, y de una genérica y preliminar prohibición de la limitación de dicho tráfico y del reconocimiento de la neutralidad en su artículo 3.3, «ab initio»¹⁰⁷, termine por reconocer un régimen de excepcionalidad a dicha neutralidad con un tenor o carácter amplio y abstracto (según se expresa en la norma), apreciándose cierta permisibilidad con ocasión de supuestos de congestión de la red (y por tanto una puerta a la discriminación del tráfico de la red al consentir acelerar o ralentizar el tráfico

105 «Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de noviembre de 2011, sobre la internet abierta y la neutralidad de la red en Europa», en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0511+0+DOC+XML+V0//ES> (28/12/2016). También, sobre esta resolución, *vid.* A. CASTELLET HOMET, J.M. AGUADO TERRÓN, e I.J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 450.

106 «Los usuarios finales tendrán derecho a acceder a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del proveedor o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio, a través de su servicio de acceso a internet [...].»

107 «Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado».

en función de la situación)¹⁰⁸, además de la creación de vías (más) rápidas para servicios especializados (art. 3.5)¹⁰⁹.

Dicha permisibilidad sobre la neutralidad a la red en Europa parece mantenerse hoy, a pesar de las recientes directrices aprobadas en este año (agosto de 2016) por la «Body of European Regulators for Electronic Communications» (en adelante, BEREC) al respecto del referido Reglamento (UE) 2015/2120, y que han de actuar de guía común (luego) en relación con la actuación de los reguladores nacionales en materia de comunicaciones e Internet (en el caso de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)¹¹⁰. En tal sentido, lo cierto es que la BEREC

108 Sigue diciendo el art. 3.3: «Lo dispuesto en el párrafo primero no impedirá que los proveedores de servicios de acceso a internet apliquen medidas razonables de gestión del tráfico. Para ser consideradas razonables, dichas medidas deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico. Dichas medidas no supervisarán el contenido específico y no se mantendrán por más tiempo del necesario. / Los proveedores de servicios de acceso a internet no tomarán medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las recogidas en el párrafo segundo y, en particular, no bloquearán, ralentizarán, alterarán, restringirán, interferirán, degradarán ni discriminarán entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas, excepto en caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para: / a) cumplir los actos legislativos de la Unión o la legislación nacional acorde con la de la Unión, a la que el proveedor de servicio de acceso a internet esté sujeto, o las medidas que cumplan dicho Derecho de la Unión para hacer efectivos actos legislativos de la Unión o de la legislación nacional, incluidas las sentencias de tribunales o autoridades públicas investidas con los poderes pertinentes; / b) preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales; / c) evitar la inminente congestión de la red y mitigar los efectos de congestiones de la red excepcionales o temporales, siempre que categorías equivalentes de tráfico se traten de manera equitativa».

109 «Los proveedores de comunicaciones electrónicas al público, incluidos los proveedores de servicios de acceso a internet y los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios, tendrán libertad para ofrecer servicios distintos a los servicios de acceso a internet que estén optimizados para contenidos, aplicaciones o servicios específicos o para combinaciones de estos, cuando la optimización sea necesaria para atender a las necesidades de contenidos, aplicaciones o servicios que precisen de un nivel de calidad específico. / Los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas al público, incluidos los proveedores de servicios de acceso a internet, podrán ofrecer o facilitar tales servicios únicamente si la capacidad de la red es suficiente para ofrecerlos además de los servicios de acceso a internet que ya se están prestando. Dichos servicios no serán utilizables u ofrecidos como sustitución de los servicios de acceso a internet y no irán en detrimento de la disponibilidad o de la calidad general de los servicios de acceso a internet para los usuarios finales».

110 *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, 30 de agosto de 2016, BoR (16) 127, en http://berec.europa.eu/eng/document_register/

ha delimitado en gran medida el alcance interpretativo del artículo 3.3 y 3.5 del Reglamento (UE) 2015/2120 a los efectos de su implementación por los Estados miembros (dando mayor seguridad jurídica con relación al principio de neutralidad), pero dejando cuestiones todavía abiertas sobre todo al respecto de momentos de congestión de la red o de las conocidas como prácticas «zero-rating»¹¹¹. Y es que el tono aún abierto y abstracto con el que se siguen moviendo, en algunos casos, las referidas directrices permiten un margen de actuación discrecional por los reguladores nacionales a la hora de comprobar la actividad de los proveedores en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea; y ello, en especial, ante el temor a la presión que los «lobbies» nacionales (fundamentalmente, los proveedores) puedan llevar a cabo ante las respectivas agencias reguladoras de los Estados miembros de la Unión.

5. CONSIDERACIONES FINALES: FRENTE ABIERTOS EN LA NEUTRALIDAD DE INTERNET

A la vista del marco que sobre el progreso de la red y de su neutralidad se ha presentado más arriba, se advierten diversas cuestiones abiertas con relación al futuro jurídico más inmediato de Internet, que, sin ánimo de exhaustividad, procedo a desarrollar:

La primera de dichas cuestiones parte de la extrema dificultad de intervenir en un entramado tan tecnológico y amplio como es Internet, pues esa intervención requiere actuar a través del código y la norma, que forman así un binomio instrumental¹¹², y con enormes recursos, dado el desarrollo progresivo de la red.

subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules (20/11/2016).

111 Cuando los proveedores excluyen a una o varias aplicaciones del consumo mensual de datos, previo acuerdos comerciales privados entre éstas y los prestadores de dichos contenidos y servicios en red.

112 Al respecto no nos referimos tanto a la regulación misma del código como tal (el algoritmo), en tanto que estándares y protocolos (*cfi.* P. GARCÍA MEXÍA, «El Derecho de Internet...», *cit.*, p. 31), sino a que los poderes públicos puedan normar jurídicamente parámetros sustantivos que configuren el desarrollo ulterior de determinados software, al margen, obviamente, de las dificultades técnicas que ello suponga. En tal sentido, de interés (y sin perjuicio de la perspectiva norteamericana con la que afronta la cuestión, y los años pasados desde su estudio), *vid.* L. LESSIG, *El código y otras leyes del ciberspacio*, E. ALBEROLA, Taurus, Madrid, 2001, pp. 89 y ss.; también de interés, sobre la colaboración del jurista y del ingeniero informático al respecto de elaboración de instrumentos de software capaces de colaborar en una adecuada garantía de derechos y libertades, A. ROIG BATALLA, «Tecnología, libertad y privacidad», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales...*, *cit.*, pp. 44 y ss.

En consecuencia, un gran sector de la clásica actividad de policía administrativa no puede llevarse ya a cabo en Internet por los propios poderes públicos, al carecer de los recursos (no sólo técnicos, sino también humanos y materiales) necesarios para dicha labor, además de por el hecho de que la red hoy no está gestionada directamente por ellos. Por esto, buena parte de la seguridad de la red queda en manos de los mismos proveedores de servicios en tanto que propietarios y/o gestores de la misma, y ser una actividad esencialmente técnica, sin perjuicio, claro, de la intervención directa de los poderes públicos al momento de su coparticipación en la planificación de la seguridad de la red¹¹³ o con ocasión de la investigación y represión de graves agresiones a la misma¹¹⁴. Piénsese, por ejemplo, en los ataques masivos a la red que se producen por hackers cada cierto tiempo, paralizándola (como el acontecido el pasado 21 de octubre de 2016, de especial gravedad)¹¹⁵. Pero más allá de la evidencia que suponen dichos ataques sobre el origen de las agresiones a Internet desde el propio Internet, estos ataques también resaltan la certeza de que sólo Internet puede defenderse de sí mismo y a través de sus propios instrumentos tanto a nivel planificador y preventivo¹¹⁶. Desde esta última consideración reactiva, se reconoce la

113 Con carácter general, sobre cómo los agentes privados prestadores de servicios de relevancia pública acaban por participar en funciones públicas, y por tanto la nueva dimensión *garante* que al respecto de éstos han de desarrollar los poderes públicos, *vid.* J. ESTEVE PARDO, *Estado Garante. Idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016.

114 Más ello sin perjuicio, por su parte, de la obligada colaboración tecnológica de los propios proveedores de servicios y contenidos de Internet a través del desarrollo informático del código mismo, a la sombra de la exigencia de responsabilidades que sobre ellos hacen recaer los Estados a tales efectos; de interés, *vid.* S. MILLALEO HERNÁNDEZ, «Los intermediarios de Internet como agentes normativos», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 1, 2015, pp. 33 y ss.

115 P.e., *cfr.* TEKNAUTAS, «Un ciberataque masivo inutiliza las grandes páginas web en EEUU y Europa», *El Confidencial*, 21 de octubre de 2016, en http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-10-21/ciber-ataque-ddos-twitter-facebook_1278793/ (25/10/2016).

116 Y ello en relación con una adecuada y necesaria seguridad (con sistemas escudos) por los proveedores de servicios, como al respecto de una mayor seguridad en los software (tanto inicialmente, como al tiempo mediante sucesivas actualizaciones con parches) de los cada vez más aparatos cotidianos conectados a Internet (el llamado «Internet de las cosas»); no en vano, el referido ataque *DDOS* de 22 de octubre de 2016 se libró a partir de las vulnerabilidades detectadas desde ambas perspectivas. De interés, *vid.* M. IRANZO MARTÍNEZ y L. HERRERO GIL, «Consideraciones de seguridad en Internet de las Cosas», *Revista SIC: ciberseguridad, seguridad de la información y privacidad*, núm. 113, 2015, pp. 106-108; también, AA.VV. *Alcance, escala y riesgo sin precedentes: Asegurar el Internet de las cosas*, Telefónica / ElevenPaths, 2016, en https://www.telefonica.com/documents/23283/5538439/Telef%C3%B3nica_Security_IoT_Spanish.pdf/5137cc8e-e572-44c8-aecd-2f29f3f236be (25/10/2016); y de mane-

capacidad de los proveedores de servicios para actuar en casos de ataques a Internet adoptando medidas técnicas que, aun afectando al servicio y al tráfico ordinario de la red, estén sin embargo dirigidas a garantizar la seguridad y estabilidad genérica del servicio de Internet.

Lo anterior, precisamente, entraña con una de las excepciones reconocidas a la neutralidad técnica o formal de Internet, en cuanto que los proveedores de servicio pueden, para el caso necesario de «preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales», tomar medidas de «gestión del tráfico» que supongan bloqueo, ralentización, alteración, restricción, o discriminación de contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas (art. 3.3.b Reglamento –UE– 2015/2120)¹¹⁷; no obstante, tales medidas han de ser «razonables» y únicamente se tomarán «durante el tiempo necesario» (nuevamente art. 3.3 Reglamento –UE– 2015/2120)¹¹⁸, y en todo caso

ra más concreta, sobre el referido ataque (nuevamente), C. ALONSO, «Winter is Comming: Algunas reflexiones sobre el DDOS que tumbó Twitter, WhatsApp y alertó al mundo», Blog: *Un informático en el lado del mal*, 22 de octubre de 2016, en <http://www.elladodelmal.com/2016/10/winter-is-comming-algunas-reflexiones.html> (25/10/2016). Ya con carácter más general, sobre la seguridad de las redes desde dicha perspectiva técnica, *vid.* A. CARLETTI ESTRADA, *Seguridad en las redes*, DarFE, 2016, disponible en <http://www.slideshare.net/ChemaAlonso2/libro-de-seguridad-en-redes/1> (26/10/2016).

117 BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules : «83. Typical attacks and threats that will trigger integrity and security measures include: flooding network components or terminal equipment with traffic to destabilise them (e.g. Denial of Service attack); spoofing IP addresses in order to mimic network devices or allow for unauthorised communication; hacking attacks against network components or terminal equipment; distribution of malicious software, viruses etc. / 84. Conducting traffic management measures in order to preserve integrity and security of the network could basically consist of restricting connectivity or blocking of traffic to and from specific endpoints. Typical examples of such traffic management measures include: blocking of IP addresses, or ranges of them, because they are well-known sources of attacks; blocking of IP addresses from which an actual attack is originating; blocking of IP addresses/IAS showing suspicious behaviour (e.g. unauthorised communication with network components, address spoofing); blocking of IP addresses where there are clear indications that they are part of a bot network; blocking of specific port numbers which constitute a threat to security and integrity».

118 BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules : «85. NRAs should consider that, in order to identify attacks and activate security measures, the use of security monitoring systems by ISPs is often justified. In such cases, the monitoring of traffic to detect security threats (such as those listed in paragraph 84) may be implemented in the background on a continuous basis,²² while the actual traffic management measure preserving integrity and security is triggered only when concrete security threats are detected. Therefore, the precondition ‘only for as

quedarían bajo el control de las autoridades nacionales de reglamentación (conforme art. 5.2, ahora, Reglamento –UE– 2015/2120)¹¹⁹, mas sin llegar a establecerse la obligación de los proveedores de informar a éstas cuando adopten tales medidas (sin perjuicio, eso sí, de que aporten toda información que ellas les soliciten, en su caso)¹²⁰. Obviamente, el reconocimiento de estas medidas de «excepción» en manos de los proveedores exige de la máxima consideración y relevancia jurídica con relación a la neutralidad técnica o formal de la red, en cuanto que garantía de los derechos de los internautas frente al poder técnico de los proveedores y en ejercicio de una función de evidente trascendencia pública y general (según se sigue a continuación).

long as necessary' does not preclude implementation of such monitoring of the integrity and security of the network. / 86. Besides monitoring the integrity and security of the network, possible security threats may also be identified on the basis of reports/complaints from end-users or blocking lists from recognised security organisations. / 87. This exception could be used as a basis for circumvention of the Regulation because security is a broad concept. NRAs should therefore carefully assess whether the requirements of this exception are met and to request that ISPs provide adequate justifications when necessary».

119 «Los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas al público, incluidos los proveedores de servicios de acceso a internet, pondrán a disposición de la autoridad nacional de reglamentación, si esta lo solicita, información pertinente a efectos de las obligaciones establecidas en los artículos 3 y 4, en particular información sobre la gestión del tráfico en su red y su capacidad, así como documentos que justifiquen todas las medidas de gestión del tráfico aplicadas. Dichos proveedores proporcionarán la información solicitada de conformidad con los plazos y el nivel de detalle exigido por la autoridad nacional de reglamentación».

120 También, pero obviando dicha obligación de comunicación automática por los propios proveedores (que nos parece necesaria si de efectiva garantía de la neutralidad se quiere hablar), *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules* : «NRAs may request from ISPs information relevant to the obligations set out in Articles 3 and 4 in addition to the information provided in contracts or made publicly available. The requested information may include, but is not limited to: more details and clarifications about when, how and to which end-users a traffic management practice is applied; justifications of any traffic management practice applied, including whether such practices adhere to the exceptions of Article 3(3) (a)-(c). In particular, [...] regarding Article 3(3) (b), an assessment of the risk to the security and integrity of the network [...], requirements for specific services or applications that are necessary in order to run an application with a specific level of quality; information allowing NRAs to verify whether, and to what extent, optimisation of specialised services is objectively necessary; information about the capacity requirements of specialised services and other information that is necessary to determine whether or not sufficient capacity is available for specialised services in addition to any IAS provided, and the steps taken by an ISP to ensure that; information demonstrating that the provision of one or all specialised services provided or facilitated by an ISP is not to the detriment of the availability or general quality of IAS for end-users; [...]» (la cursiva es nuestra).

La segunda cuestión versa sobre si los huecos que sobre la referida neutralidad formal o técnica quepan advertirse (como sucedería en Europa, de acuerdo a lo comentado en el apartado anterior), pueden también repercutir en la dimensión más sustantiva o material de dicha neutralidad; me explico. En el contexto globalizado vigente, marcado por un fuerte (neo)liberalismo económico e ideológico que tiende a reducir al mínimo cualquier otra opción política posible (por inviable)¹²¹, y en el que los grupos económicos y mediáticos entran obviamente en contacto tanto con el mercado de las comunicaciones, como con los propios proveedores de servicios y los grupos políticos (privados y públicos), Internet y el foro de ideas que fluyen en él (junto con las nuevas posibilidades de acción conjunta y concertada que han supuesto las nuevas redes sociales), resulta ser un espacio virtual plural que cada día gana mayor capacidad de mediación e interacción de los ciudadanos ante los que ejercen el poder (cualquiera que sea éste)¹²². En tal sentido, y al igual que los canales clásicos de televisión y radio son sustituidos por los más jóvenes por diversas plataformas «on line», la prensa escrita, la histórica guardiana y mediadora política de la democracia, pierde cada día mayor presencia e influencia ante los nuevos diarios digitales¹²³; y en ambos casos, con muchos menores costes económicos, y por tanto con mayores dosis de libertad y menos dependencias (políticas y económicas) que los medios clásicos de comunicación¹²⁴. No es por tanto descabellado pensar, ante

121 De interés, *vid.* G. MONBIOT, «Neoliberalism – the ideology at the root of all our problems», *The Guardian*, 15 de abril de 2016, en https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot?CMP=share_btn_fb (14/11/2016).

122 *Cfr.* A. FUSCO, «Cyberspazio e libertà di informazione: alcune brevi considerazioni alla luce di un recente fatto di cronaca», en AA.VV. *Desafíos para los derechos de las personas ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menos (Navarra), 2013, en especial pp. 269 y ss.

123 Aunque hace ya 6 años, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, «La República del ciberespacio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, pp. 78-79; y en particular, sobre cómo los medios tradicionales de comunicación, y especialmente la televisión, hoy compiten más con las redes que con sus otros medios afines, E. SANTOS SIERRA, «11 lecciones de comunicación que nos ha enseñado @realDonaldTrump» (en especial *cfr.* la 2ª), *El Confidencial*, 24 de noviembre de 2016, en http://blogs.elconfidencial.com/mundo/tribuna-internacional/2016-11-24/once-lecciones-comunicacion-twitter-donald-trump_1294457/ (24/11/2016).

124 No en vano, y como señalara CASTELLS (hace todavía más años), se advierten profundos cambios tanto en la política como al respecto de los medios de comunicación, en especial en atención a la proliferación de variedad de medios en la era digital, a la par que se dan procesos de concentración de los medios más tradicionales, y originando también nuevas formas de entender las relaciones entre el poder, los medios y los ciudadanos. *Cfr.* M. CASTELLS, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura (II)*.

este nuevo panorama digital de independencia ciudadana (y de mayor interacción con el público)¹²⁵, en posibles vínculos entre los proveedores de la red (con intereses propios y particulares) con otros sujetos (no sólo privados, sino también públicos) con los que puedan compartir intereses (tanto económicos, como ideológicos) y definir estrategias comunes al margen, y frente, al actual mercado de ideas que ya supone Internet; y así, el surgimiento de un riesgo al pluralismo ínsito de Internet y de las redes¹²⁶. De este modo, finalmente, es que se advierta la necesidad de extender la neutralidad formal a su perspectiva más material, en razón al riesgo de control de contenidos ideológicos por parte de los proveedores de Internet¹²⁷, de forma que la neutralidad se extienda efectivamente a todos los contenidos que circulen por Internet¹²⁸; así parecería expresarse en la «Declaración Conjunta sobre libertad de

El poder de la identidad), 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 400 y ss.; también, y más recientemente (y de gran interés), del mismo autor, «El poder de las redes sociales», en *De la crisis económica a la crisis política (Una mirada crítica)*, La Vanguardia, Barcelona, 2016, pp. 140-142. Y al tiempo, y en especial en este año, la guerra desatada entre los tradicionales medios de comunicación y las redes tras el Brexit y las últimas elecciones presidenciales en los Estados Unidos. Así, p.e., *vid.* : a dos días de la victoria de Trump allí, G. SORMAN, «Malestar en Democracia», *ABC*, 7 de noviembre de 2016, en <http://www.abc.es/elecciones-estados-unidos/abci-sorman-sobre-donald-trump-malestar-democracia-201611071216-noticia.html> (24/11/2016); e inmediatamente tras dicha victoria, J. RUBIO HANCOCK, «Bulos y burbujas: ¿pudo influir Facebook en la victoria de Trump?», *El País*, 11 de noviembre de 2016, en http://verne.elpais.com/verne/2016/11/11/articulo/1478875516_351782.html (24/11/2016).

125 Sobre los llamados «cibermedios», y la mayor interactividad que ellos permiten con el público, *vid.* G. LÓPEZ, «La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales..., cit.*, pp. 116 y ss.

126 Como se advirtiera durante la aprobación de la normativa reguladora de la neutralidad de la red en Holanda (2012), al aprobarse por error una enmienda por la que se permitiría el filtrado de información por motivos ideológicos, si bien, finalmente, resultaría eliminada del texto definitivo; *cfr.* D. RAMÍREZ MORÁN, «Luces y sombras de la neutralidad en la red...», *cit.*, pp. 9 y 13.

127 Sobre este riesgo, *vid.* ya J. BARATA, «El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 13, 2012, pp. 44 y ss.

128 «En líneas generales podemos decir que la neutralidad de la red es un principio que establece que todos los contenidos que circulan por Internet deben recibir el mismo trato y no ser discriminados por su origen, uso o aplicación»; B. CALIFANO, «Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación», *Revista Eptic Online*, vol. 15, núm. 3, 2013, p. 21, en http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/3813/CONICET_Digital_Nro.5028_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y (29/12/2016).

expresión e Internet» llevada a cabo en 2011 por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, por la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y en la que se pone en contacto la libertad de expresión, la neutralidad de la red y el acceso a Internet como nuevos elementos de la participación política en democracia¹²⁹.

Si el gobierno de Internet aún resulta complejo en razón a su A.D.N. libertario, su control fáctico por los propietarios de las redes ya es otra cosa si no se garantiza al máximo, entonces, la neutralidad formal o técnica de la red; no es así un mero problema de garantía de la igualdad (o discriminación) de los usuarios en relación con el tráfico de Internet, sino una cuestión vertebral de la ordenación constitucional que todavía hoy se predica en torno al pluralismo y que necesitamos que se mantenga en el futuro si de democracia queremos seguir hablando en este contexto digitalizado. La democracia en la red no es un desiderátum (al impulso de un ciberoptimismo desmedido), ni un riesgo o problema en sí (a la sombra, ahora, de un mero ciberpesimismo revisado)¹³⁰; es simplemente la expresión de cómo hoy cualquier relación humana (económica, social, cultural, jurídica y política) pasa por su integración, en mayor o menor medida, por la red¹³¹. Y de ahí, nuevamente, la necesidad de que el concepto de neutralidad de Internet acoja el problema del control de contenidos y su incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de información (Joan BARATA MIR)¹³², como ya habría puesto en evidencia

129 En <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> (28/12/2016); de interés, sobre esta Declaración y sobre la dimensión sustantiva de la neutralidad (técnica) en relación con la libertad de expresión, *vid.* P.-F. DOCQUIR, «Els reptes de la neutralitat d'internet», *Quaderns del CAC*, núm. 37, vol. XIV (2), 2011, pp. 31-37.

130 Al respecto de unos y otros, *vid.* M.R. TORRES SORIANO, «Internet como motor del cambio político: ciberoptimistas y ciperpesimistas», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 1, 2013, pp. 127 y ss.

131 *Cfr.*, p.e., G.M. 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», en AA.VV. *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías...*, *cit.*, pp. 39 y ss.

132 J. BARATA MIR, «El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, pp. 44 y ss.

la propia FCC al fundamentar la misma neutralidad técnica en dicha libertad (aun cuando luego, y sin embargo, no termine de desarrollar tal relación)¹³³.

Como tercer problema, y en línea con lo recién referido más arriba, está el riesgo de reducir la neutralidad a su dimensión más técnica o formal, en la que el internauta venga a identificarse más como mero usuario y consumidor, que como ciudadano activo¹³⁴. Es cierto que, en el contexto de la globalización, la crisis que vive la ciudadanía lleva a considerar la necesidad de complementar ésta con otras categorías como pueden ser la de consumidor o usuario, pero esto sin llegar a sustituirla¹³⁵. La garantía de igualdad de trato en el tráfico de Internet es una garantía formal¹³⁶ que, en puridad, actúa una vez que se accede a la red (así, arts. 1.1 y 3.1 Reglamento –UE– 2015/2120) y al margen del tipo de contenidos que se vierten en Internet, pero es insuficiente para garantizar una efectiva participación en la red tanto a la hora de contribuir con contenidos, como al momento de poder acceder a los mismos, o incluso de llegar a interactuar mediante ella con otros sujetos públicos y privados. Y esto no sólo en relación con una configuración jurídico-social del

133 Cfr. H. TRAVIS, «The FCC's New Theory of the First Amendment», *Santa Clara Law Review*, vol. 51, núm. 2, 2011, pp. 417 y ss.

134 En tal sentido, y p.e., la vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual se presentó como paradigma no sólo de regulación de una nueva televisión digital (ante la anterior, analógica) y plural, sino también como primera regulación de los derechos de los ciudadanos en materia televisiva (Tít. II, Cap. I; de interés, vid. D.B. ENTRENA RUIZ, «Hacia la teledemocracia: los derechos del público a recibir una comunicación audiovisual plural y a participar en el control de los contenidos audiovisuales», en AA.VV. *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 111 y ss.), para, y sin embargo, centrar luego la propia Ley su atención en la garantía de acceso abierto a determinados contenidos de interés público general para la sociedad, pero de una índole fundamentalmente lúdica, como es el caso de ciertas competiciones deportivas (art. 20); se dedica así más atención al deporte (otra vez, art. 20), que al «derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general» (art. 4.6; desde una perspectiva crítica, ahora, cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74, 2009, pp. 199, 203-204).

135 Vid. nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora «Unión Europea y globalización: reivindicando la Europa de los ciudadanos», en AA.VV. «Estudios en Homenaje al Profesor y MAGISTRADO LUIS ORTEGA ÁLVAREZ», Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 145 y ss., y en especial 156.

136 Desde esta perspectiva estrictamente formal de la neutralidad en tanto que mera traslación del principio de igualdad, asimismo formal, a los usuarios y consumidores, vid. M. FUERTES, «Neutralidad de la red y calidad del servicio», en AA.VV. *El Derecho de Internet...*, cit., pp. 145 y ss.

acceso al Internet (como se advierte ya en Derecho comparado)¹³⁷, dado que puntal clave de esta nueva sociedad digital y de la posición que en la misma venga a ocupar la persona, sino al respecto del sentido originario con el que la referida imparcialidad sustantiva comenzara a configurarse jurídicamente en torno al Internet: puesto que más coaligada ésta a las ideas de libertad y dignidad de la persona, como presupuesto del constitucionalismo contemporáneo, que la mera igualdad formal, y en tanto que más propia del constitucionalismo liberal. Y es que con tal derecho de acceso a Internet vendría a satisfacerse no sólo una actuación difusa de la libertad de expresión (según nos recordara Vittorio FROSINI), sino a materializarse un auténtico derecho a constituir relaciones, transmitir y solicitar informaciones, y de poder (incluso) disponer autónomamente del entero conocimiento humano (científico, cultural, etc.) sito en Internet¹³⁸.

Y como última cuestión (y en cierta relación con las dos anteriores), está también la garantía de la neutralidad sustantiva y formal al respecto de los prestadores de aplicaciones y la autorregulación impuesta por éstos (en principio como condiciones generales de contratación¹³⁹, o a modo de códigos de conductas y mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos¹⁴⁰), como hoy se aprecia con ocasión de apli-

137 En tal sentido, p.e., los arts. 16.2 y 17.2 de la Constitución de 2008 de la República de Ecuador reconocen expresamente un derecho de «acceso universal a las tecnologías de información y comunicación», a la vez que el Estado ha de fomentar «la pluralidad y la diversidad en la comunicación» para lo cual ha de facilitar «el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada». Asimismo está el art. 63 de la Constitución de la República Dominicana de 2010, conforme al cual el «Estado garantiza servicios públicos de [...] redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información»; o el art. 6 de la Constitución Mexicana, tras su reforma de 2013, y en virtud del cual el «Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, [...] incluido el de banda ancha e internet».

138 V. FROSINI, «L'orizzonte giuridico dell'Internet...», *cit.*, p. 276.

139 De particular interés, al respecto, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo [working paper]», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, en http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitales.pdf (20/11/2016).

140 Sobre tales códigos y mecanismos, y sus riesgos para la libertad de expresión, *cfr.* G. M. TERUEL LOZANO, «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales... cit.*, en especial p. 68.

ciones muy extendidas como Facebook¹⁴¹ o Youtube¹⁴², y en especial con relación a la influencia social, cultural, económica y política que a través de tales aplicaciones pueden llegar a alcanzar determinados sujetos en razón a los contenidos que elevan en dichas aplicaciones y son visitadas por miles (incluso millones) de internautas. Y es que las limitaciones que al respecto quepan imponer los proveedores de estas aplicaciones a sus usuarios (en particular a la hora de subir o colgar contenidos, pero asimismo en caso de su retirada de la red), bien pueden llegar a afectar también a sus libertades de expresión, información y comunicación, además de su interacción en la conformación de una opinión pública libre. Claro que el temor de tales proveedores de aplicaciones a potenciales responsabilidades derivadas de contenidos elevados por los internautas en ellas permite explicar, en principio, tales limitaciones¹⁴³; pero esto, entiendo, no justifica restricciones a derechos fundamentales por cuanto que, al margen del grado de autodisponibilidad posible en los mismos, dichos derechos constituyen precisamente el marco básico desde el que viene configurándose Internet como nuevo espacio de libertad en comunicación, información y expresión (según se ha señalado antes)¹⁴⁴, y del que, obviamente, se benefician los propios proveedores de tales aplicaciones.

141 Dentro de las condiciones y políticas de Facebook: *Declaración de derechos y responsabilidad*, en <https://es-la.facebook.com/legal/terms> (21/11/2016); y *Normas comunitarias*, en <https://es-la.facebook.com/communitystandards> (21/11/2016).

142 *Términos y condiciones del servicio*, en <https://www.youtube.com/t/terms> (21/11/2016); y muy especialmente, *Directrices de contenido adecuado para anunciantes*, en https://support.google.com/youtube/answer/6162278?hl=es&ref_topic=1121317 (22/11/2016).

143 De interés, sobre el régimen de responsabilidad de los intermediarios de Internet en relación con los contenidos (en particular, los prestadores de servicios de alojamiento), *vid. : A. SIGÜENZA FLÓREZ*, «La libertad de expresión en Internet... *cit.*», pp. 66-68; y especialmente, *R. GARCÍA DEL POYO* y *S. MARTÍNEZ ROJAS*, «La responsabilidad de los intermediarios», asimismo en *AA.VV. El Derecho de Internet...*, *cit.*, pp. 225 y ss.

144 Y por más que los medios de comunicación tradicionales vengan, sin embargo, criticándolos por la falta de capacidad para desarrollar, según ellos, una comunicación veraz y reflexiva, conformadora de una auténtica opinión pública abierta y democrática; en tal sentido, precisamente (y p.e.), la editorial de *El País* (tras la victoria de Trump, nuevamente), «Mentiras y redes sociales (Las plataformas tecnológicas deben velar por que las noticias que albergan sean veraces)», de 18 de noviembre de 2016, en http://elpais.com/elpais/2016/11/17/opinion/1479406670_739608.html (20/11/2016). También de interés, *vid. : la respuesta de Mark Zuckerberg a la proliferación de noticias falsas en Facebook, y la responsabilidad de ésta al respecto*, en «Facebook revela los pasos para luchar contra las noticias falsas», *Público*, 21 de noviembre de 2016, en <http://www.publico.es/economia/facebook-revela-pasos-luchar-noticias.html> (21/11/2016); pero de otro lado, cierta colaboración de Facebook con cen-

Para terminar, hoy el ágora ateniense, símbolo clásico de la democracia, es ya, en gran medida, virtual¹⁴⁵. Una virtualidad que, a buen seguro, no hará sino crecer a impulso del progreso informático; una virtualidad cuya neutralidad sustantiva y formal necesitamos, por tanto, garantizar, a la par que enriquecer con el efectivo acceso a la red en cuanto que prerequisito para un material ejercicio de libertades públicas como son las concernientes a la expresión, información y comunicación¹⁴⁶, pero también a otras como reunión, asociación y participación política, desde este nuevo emplazamiento digital (como se pusiera de manifiesto en los movimientos sociales desarrollados durante la primavera de 2011)¹⁴⁷. Con todo, por supuesto que Internet conlleva nuevos riesgos para nuestras sociedades democráticas y plurales, y por tanto que la red deba ser objeto político y jurídico de intervención y control por los poderes públicos y los propios ciudadanos; pero ello no puede ser óbice para reconocer una nueva realidad tecnológica, social, económica, política y cultural a la que tenemos que enfrentarnos constitucionalmente no sólo desde los postulados y categorías más clásicas del Derecho constitucional, sino desde nuevos principios capaces de afrontar adecuadamente dicha nueva realidad¹⁴⁸ como es el caso, precisamente, de la neutralidad de Internet.

suras oficiales, en «Facebook Said to Create Censorship Tool to Get Back Into China», *The New York Times*, 22 de noviembre de 2016, en http://www.nytimes.com/2016/11/22/technology/facebook-censorship-tool-china.html?hpw&rref=technology&action=click&pgtype=Homepage&module=well-region®ion=bottom-well&WT.nav=bottom-well&_r=0 (23/11/2016); y más recientemente, nueva respuesta de Mark Zuckerberg prometiendo nuevos controles a la proliferación de noticias falsas en Facebook, en «Facebook incorporará una señal para identificar las noticias falsas», *El País*, 16 de diciembre de 2016, en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/12/15/actualidad/1481826281_662486.html (16/12/2016).

145 *Cfr.* R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, «Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales...* cit., pp. 36 y ss. (en especial, pp. 42 y 43).

146 Así, sobre la importancia de la neutralidad en relación con nuevas formas de presentar la censura, *vid.* C.T. MARSDEN, «Neutralidad de la Red...», *cit.*, pp. 33-35.

147 *Cfr.* M. CASTELLS, «El poder de las redes sociales...», *cit.*, pp. 143 y ss.; asimismo de interés, sobre el 15-M en España y los cambios que anticipaba, *vid.* E. GUILLÉN LÓPEZ, «Las enseñanzas del 15-M (El léxico constitucional frente a la crisis de legitimidad)», en AA.VV. *La democracia indignada (Tensiones entre voluntad popular y representación política)*, Comares, Granada, 2014, pp. 1 y ss. (y en especial, pp. 16 y ss.).

148 Desde esta perspectiva crítica sobre el Derecho constitucional en relación con la necesidad de nuevos instrumentos y estructuras doctrinales con los que abordar los cambios tecnológicos, *cfr.* el prólogo de G. DI PLINIO a la traducción italiana (en prensa) a R. WACKS, *Privacy: A Very Short Introduction*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

Ahí, finalmente, está en gran medida el futuro de Internet, pero también nuestro propio futuro en cuanto que comunidad democrática, plural y libre. Ahí, asimismo, un nuevo reto como constitucionalistas.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto una de las principales cuestiones objeto de debate constitucional en relación con el futuro de Internet: la neutralidad de Internet, en tanto que garantía de imparcialidad e igual trato del tráfico de la red en relación con los contenidos, su origen y medios. A este fin, y previa presentación de los cambios que acontecen respecto al propio Derecho constitucional y al Derecho público en la actualidad (como consecuencia del desarrollo tecnológico y la globalización), es que analicemos: de un lado, el debate abierto en torno al gobierno de Internet, con la consecuente intervención de los poderes públicos, a la par que se garantiza por éstos una neutralidad sustantiva de Internet con relación a las libertades de expresión, comunicación e información; y de otro, ya, el desarrollo normativo de un marco garante de una neutralidad formal o técnica de Internet en especial frente a los proveedores del mismo (y ello, particularmente, conforme a su evolución en Estados Unidos y en la Unión Europea). Por último es que dediquemos unas consideraciones finales sobre diversos frentes abiertos en la neutralidad de Internet, fundamentalmente al respecto de la necesidad de conectar sus referidas dimensiones sustantiva y formal.

Palabras clave: Internet, Derecho constitucional, neutralidad de la red.

Abstract

This paper takes account of one of the central questions in the contemporary Internet debate: the net neutrality, that guarantees impartiality and equality related to the contents, origin and instruments. First of all, I present the main changes that affect Constitutional and Public Law in general, due to technological change and globalization). Then I go through the opened discussion on the government of Internet and the public power that guarantees neutrality linked to right of free speech and communication. But I try as well to explain the meaning of formal and technical neutrality against the private service of Internet (especially in the USA and the European Union). Lastly, I analyzes some new problems, trying to join the material and the formal dimension.

Keywords: Internet, Constitutional Law, net neutrality.

Recibido: 12 de diciembre de 2016

Aceptado: 29 de diciembre de 2016

Perfiles/Noticias



ELOGIO DEL PROFESOR DR. D. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO*

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo. Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura

SUMARIO:

1. Exhortación a la alegría.
2. Motivos de la solicitud del Doctorado Honoris Causa.
3. La figura de un maestro.
4. Unas palabras conclusivas.

1. EXHORTACIÓN A LA ALEGRÍA

El acto cargado de un mayor simbolismo (y, probablemente, más bello) de toda la vida universitaria es la investidura de un nuevo Doctor Honoris Causa, en la medida en que sirve como reconocimiento público y solemne de aquellas personas (significativamente profesores) que más han contribuido a la evolución de las distintas ramas de la ciencia y del saber humano en general, así como al desarrollo y a la organización de la sociedad.

Manda una inveterada tradición académica que este tipo de actos se cierre con el precioso himno universitario (el conocido «*Gaudemus igitur*»), que, al menos en su primer verso, contiene una verdadera exhortación a la «alegría». Y esta investidura del Profesor Santiago Muñoz Machado es, ciertamente, un momento en el que debemos alegrarnos por nuestra Universidad y por nuestra tierra extremeña, dotada de una extraordinaria belleza arquitectónica y natural, y con una singular y rica historia de conquistadores indianos, pero que se encuentra tan necesitada de un futuro de

* Laudatio leída el 22 de abril de 2016 con ocasión del acto de investidura del Profesor Santiago Muñoz Machado como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Extremadura.

desarrollo socioeconómico equiparable al de las regiones más avanzadas del país. Y debemos hacerlo, debemos alegrarnos, por un triple motivo:

En primer lugar, porque uno de los grandes juristas de nuestro tiempo está a punto de integrarse en el Claustro de la Universidad de Extremadura, y en concreto de su Facultad de Derecho, que tan necesitada se encuentra de un revulsivo académico como lo es éste. Y es que, como decía el historiador de la ciencia José Manuel Sánchez Ron al inicio de su glosa precisamente de la figura de Santiago Muñoz Machado con ocasión de su recepción como Académico de número de la Real Academia Española en el año 2013, «las instituciones, cualquier institución, se nutren de las personas, que son éstas las que les dan vida y las mantienen, reviviéndolas constantemente. No existe institución que, a la larga, pueda sobrevivir si quienes la componen no son dignos de ellas».

En segundo lugar, constituye motivo de alegría este simbólico acto, porque, si nuestra Universidad ha sido muy parca a lo largo de su historia en el reconocimiento de este máximo honor universitario, más lo ha sido –si cabe– en relación con el mundo jurídico, donde (más allá de dos centroamericanos ilustres, el costarricense Óscar Arias Sánchez y el guatemalteco Jorge Mario García Laguardia, conocidos y reconocidos no tanto por su trayectoria jurídica, como por su impagable contribución a la paz, a la defensa de la democracia y a la protección de los derechos humanos en su tierra americana) tan sólo cuentan con este galardón dos personalidades del mundo jurídico hispano: por un lado, ese gran protagonista de la transición española de la Dictadura franquista a la Democracia, que fue Antonio Hernández Gil, quien, junto a Juan Donoso Cortés, a Juan Meléndez Valdés y, sobre todo, a Diego Muñoz Torrero, constituyen –me atrevería a afirmar– la gran aportación extremeña a la historia política y jurídica española; y, por otro lado, cuenta también con el Doctorado Honoris Causa por la Universidad de Extremadura ese gran iuspublicista español de la segunda mitad del siglo XX y aforado Maestro de varias generaciones de brillantes administrativistas españoles y latinoamericanos, que fue Eduardo García de Enterría.

Y en tercer lugar, porque pocos, realmente muy pocos, pueden constituir un mayor motivo de alegría en esta catedral de la ciencia y de la sabiduría, que debe ser la Universidad, que el reconocimiento y el homenaje a la excelencia de los hombres más sabios, como Santiago Muñoz Machado, que han contribuido (y, como es su caso, siguen haciéndolo) de manera determinante al avance de la sociedad en sus diferentes facetas, y más en una sociedad como la nuestra, la extremeña, que tanto debe trabajar (y debe hacerlo encabezada por los «mejores») para su eficaz desarrollo, y donde nuestra Universidad, la Universidad de Extremadura, porque

es donde enseñan e investigan la mayoría de esos mejores, debería ser la pieza clave para la feliz consecución de ese tan necesario desarrollo socioeconómico regional. Y es que el desarrollo de una tierra, el desarrollo de una sociedad, se encuentra íntima y directamente ligado a su potencial educativo e investigador: una sociedad que no cuente con una buena educación y con una buena investigación está condenada a la mediocridad, a la frustración y a la más absoluta de las tristezas y de las melancolías.

2. MOTIVOS DE LA SOLICITUD DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA

En este contexto, resulta para mí un gran honor, a la vez que un enorme motivo de orgullo, el hecho de poder dirigirme a todos Ustedes, miembros o no de la Comunidad Universitaria, para hacerles partícipes de los motivos esenciales que me llevaron a solicitar al Consejo de Gobierno de nuestra Universidad la concesión del Doctorado Honoris Causa al Profesor Santiago Muñoz Machado y que me mueven a pedir a nuestro Rector su investidura formal en este acto como nuevo Doctor de nuestro claustro; y que son unos motivos compartidos por todos los amigos, colegas y personalidades –del mundo jurídico o no– que me han acompañado en este feliz viaje, en esta feliz tarea, y a quienes quiero reconocer de todo corazón su más firme e infatigable apoyo.

Esta tarea coral –fruto de la colaboración de muchísimas personas–, que se verá culminada en unos instantes, tuvo su origen en sendas misivas fechadas a finales de noviembre del año 2011, dirigidas por quien ahora les habla, por un lado, al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura –Julio Márquez de Prado– y a la Sala de Gobierno de este Alto Órgano Judicial, y, por otro, a la entonces Excm. Sra. Presidenta del Consejo Consultivo de Extremadura, hoy Madrina de este acto, y a quien tanto debe, además, su organización y su celebración –Rosa Elena Muñoz Blanco–, y al Pleno de este Órgano Consultivo. Ambas Autoridades y los Órganos que dirigían –formados por tan excelentes juristas como buenos amigos– apoyaron sin ningún tipo de titubeos mi propuesta mediante sus amables y muy elogiosos Acuerdos de enero de 2012, sumándose con posterioridad a mi propuesta otro ilustre jurista extremeño, el en aquel momento Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Nacional (y hoy Vicepresidente del Tribunal Supremo) –Ángel Juanes Peces–, mediante una bien expresiva carta fechada a comienzos del mes de febrero de 2012.

A la vista de estos escritos de apoyo de las más relevantes personalidades e instituciones extremeñas en el orden jurídico, recabé la opinión de los distintos órganos

de la Facultad de Derecho, que se adhirieron sin fisuras a la solicitud de concesión de la máxima mención académica de nuestra Universidad al Profesor Santiago Muñoz Machado. En este sentido, se pronunció, en primer término, el Consejo de Departamento de Derecho Público, que adoptó a finales de febrero de 2012 un Acuerdo haciendo suya mi propuesta inicial, decisión esta que fue respaldada inmediatamente después mediante sendos Acuerdos del Consejo de Departamento de Derecho Privado y de la Junta de la Facultad de Derecho.

Finalmente, y tras el impulso personal de nuestro Rector, la propuesta –avalada por las elogiosas palabras del Señor Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, y Catedrático de Economía Aplicada, Francisco Pedraja Chaparro– fue definitivamente aprobada por el Consejo de Gobierno de esta Universidad de Extremadura en la sesión celebrada en la ciudad de Badajoz el pasado día 28 de abril de 2015.

En todo caso, desde finales de 2011 hasta llegar al día de hoy, han sobrevenido, además, otras circunstancias que me hacen reafirmarme en mi convicción inicial y en la de todos aquellos que la han avalado a lo largo del tiempo, así como en la corrección y en la justicia de la decisión adoptada por parte de los órganos rectores de nuestra Universidad de incorporar al Profesor Santiago Muñoz Machado a nuestro claustro mediante el otorgamiento de la mayor distinción académica que una institución universitaria puede otorgar en nuestro país, un Doctorado Honoris Causa y, en concreto, el Doctorado Honoris Causa por nuestra Universidad de Extremadura. Y es que el Profesor Santiago Muñoz Machado ha sido nombrado, en primer lugar, miembro de varias Academias (en concreto, de la Real Academia Española –de la cual ha sido elegido, incluso, su Secretario–, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina y de la International Academy of Comparative Law); ha sido, en segundo lugar, investido Doctor Honoris Causa por las Universidades de Valencia y de Córdoba; o ha recibido el Premio Nacional de Ensayo en el año 2013; entre otros muchísimos honores y distinciones por sus impagables servicios al Estado tanto desde dentro de la propia Administración como servidor público como desde su posición de cualificado asesor externo siempre comprometido con los grandes retos a los que se ha enfrentado la España de los últimos cuarenta años (desde la elaboración de la Constitución hasta hoy) y, de manera más en particular, por sus incommensurables aportaciones a una importante rama del saber como es el Derecho Público, que estaría lejos de las elevadas cumbres que ha escalado en esta primera parte de nuestro siglo sin la ingente obra de nuestro Profesor ahora homenajeado. Y es que, como decía Cicerón, «no basta con alcanzar la sabiduría, es necesario saber utilizarla»: nuestro

Profesor homenajeado en este acto ha tocado los cielos de la sabiduría, pero lo más importante es, ciertamente, que ha empleado, y lo ha hecho con gran generosidad, esa sabiduría para contribuir al desarrollo de la sociedad del tiempo que ahora nos está tocando vivir.

3. LA FIGURA DE UN MAESTRO

Pues bien, y aunque el Profesor Santiago Muñoz Machado no necesita realmente de ningún tipo de presentación en la Comunidad Universitaria a la que pertenecemos buena parte de los aquí reunidos, por ser bien conocido en el mundo del Derecho, y en general en todo el mundo de las Ciencias Sociales y de la Cultura con mayúsculas de nuestro país, es para mí (su discípulo) un hecho muy emotivo poder dirigirles unas palabras (estas palabras) sobre su figura, la figura de un Maestro, mi Maestro, pero también el de decenas de los mejores Profesores Universitarios y de los más ilustres y significados juristas de España, y, por supuesto, de nuestra tierra extremeña. Todos estos profesores y juristas acaban, por cierto, de rendir su particular pleitesía a nuestro nuevo Doctor Honoris Causa con sus contribuciones científicas al magno libro colectivo que en su honor acaba de publicarse por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales con el título «Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado».

Creo que no es momento, no obstante, de explicar desde mi perspectiva subjetiva la importancia que el Profesor Santiago Muñoz Machado ha tenido en mi formación y en mi carrera académica. Son ciertamente numerosos los recuerdos que en el momento de escribir estas líneas –y ahora en el de leerlas– me vienen a la cabeza. Y es que, como recuerda el Poeta Cancionero sudamericano, «El tiempo pasa» y «Nos vamos poniendo viejos». Todos. Por eso, algunos de estos recuerdos cuentan con casi ya treinta años, puesto que a mediados de los años ochenta (en los primeros días del mes de octubre de 1986, en concreto) tuve la fortuna de coincidir en las aulas alcalaínas con un joven Catedrático, que ya por entonces era una auténtica eminencia, y que, escoltado por dos brillantísimos y jóvenes ayudantes (Juan Francisco Mestre y Marta Carro), me inició en el mundo del Derecho Administrativo y me ha ido guiando por él hasta el día de hoy, con un principio rector fundamental: Vicente –me decía–, hay que aprender a diagnosticar y a analizar los problemas sociales y jurídicos; hay, por supuesto, que dedicar el tiempo y el cuidado necesarios para estudiarlos correctamente; pero no podemos conformarnos con su descripción o con su mera crítica negativa, sino que tenemos que trabajar de una manera siempre positiva, de una manera siempre rigurosa y constructiva para buscar las mejores

soluciones posibles para esos problemas. Y es que sólo así se contribuye verdadera y decisivamente al desarrollo de una sociedad: no destruyendo, sino colaborando en la construcción de las ideas y de las instituciones. En todo caso, además de referirme a Juan Francisco Mestre y a Marta Carro, que pronto se convirtieron en magníficos amigos por los que he sentido la mayor de las gratitudes y de las admiraciones intelectuales, académicas y personales, me parece de justicia tener siquiera un breve recuerdo para toda esa generación de iusadministrativistas alcalaínos con los que crecí, encabezados, además de por nuestro nuevo Doctor Honoris Causa, por los maestros Jesús Leguina –tan gran humanista como extraordinario amigo¹– y el grandísimo Alejandro Nieto; y seguidos ellos tres por Martín Bassols, José María Baño, Carmen Chinchilla, Miguel Sánchez Morón, Margarita Beladíez, Belén Marina, Eva Desdentado, Ximena Lazo o el tristemente malogrado Jordi Nonell. Con todos ellos crecí y me hice mayor. Y a todos ellos siento que debo este recuerdo.

Si bien, como decía hace unos instantes, no me parece el momento de evocar mis vivencias y mucho menos mis sentimientos subjetivos, sí que creo fundamental, por el contrario, destacar desde un punto de vista objetivo algunos de los méritos que me llevan a solicitar de nuestro Rector la investidura de este ilustre jurista y profesor, que es Santiago Muñoz Machado, como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Extremadura, y que se resumen, por un lado, en su extraordinaria contribución al desarrollo del Derecho Público español y europeo de nuestro tiempo, y, por otro lado, en su dedicación a la construcción y a la enseñanza del Derecho en Extremadura. Y ello, teniendo en cuenta que, aunque, como enseñaba uno de los grandes pensadores de la vieja Roma, «una cosa es saber y otra saber enseñar» (Cicerón), lo cierto es que tanto la sabiduría como la enseñanza de ese saber han alcanzado las máximas cotas imaginables en el particular caso del Profesor Santiago Muñoz Machado.

1 Unos pocos días después de leer esta Laudatio, y tras una dura y larga enfermedad, se nos marchó Jesús Leguina. Se me marchó Jesús. No me siento con fuerzas, ahora cuando escribo estas líneas, para recordar los enormes servicios que prestó para el mejor funcionamiento del Estado en el que vivimos y ni tan siquiera su ingente obra científica de la que tanto hemos aprendido los iuspublicistas de uno y otro lado del Atlántico. Pero, al menos, quiero dejar esta breve anotación de mis sentimientos: Con su partida, se marchó alguien que era mucho más que un Maestro, un colega, una buena persona y un entrañable amigo. Con Jesús no sólo aprendí Derecho, Música, Historia o Literatura, sino que me enseñó a ser una persona mejor, más sensible, más comprensiva y más reflexiva. Con la marcha de Jesús se fue un Padre para mí y, desde ese triste momento, no ha pasado un solo día en el que Jesús no haya estado presente en mis recuerdos y en lo más profundo de mi corazón. Descanse en paz esa gran persona y ese gran humanista que fue el Profesor JESÚS LEGUINA VILLA.

En este sentido, y en primer lugar, Santiago Muñoz Machado es un magnífico profesor, al que acompañan de la manera más íntima y natural el entusiasmo, la sabiduría y las dotes de la oratoria más acabada, como podemos atestiguarlo los miles de estudiantes que hemos pasado por sus clases, en las aulas de las Universidades de Valencia, de Alcalá de Henares y de la madrileña Complutense, pero también de las numerosas universidades europeas y americanas en las que ha sido Profesor Invitado. Por otro lado, conocemos sus extraordinarias dotes de orador no sólo sus alumnos, sino también las miles y miles de personas que han asistido a sus centenares de conferencias tanto dentro de nuestras fronteras como fuera de ellas. Y, por último, creo que vale la pena subrayar su preocupación por la reestructuración de la enseñanza universitaria y la innovación educativa, que tuvo su más acabado reflejo en la creación, junto a Enrique Fuentes Quintana, Eduardo García de Enterría, Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo, de la Escuela Libre de Derecho y Economía, fundación claramente evocadora del krausismo, impulsado en España por Julián Sanz del Río, y sobre todo evocadora de la Institución Libre de Enseñanza creada en la parte final del siglo XIX por Francisco Giner de los Ríos –discípulo aventajado de Sanz del Río– y que fue tan capital para la evolución de la investigación y de la enseñanza superior en España hasta bien entrado el pasado siglo XX.

La faceta investigadora del Profesor Santiago Muñoz Machado es, en segundo lugar, absolutamente impresionante e imposible siquiera de bosquejar mínimamente en esta Laudatio. Mi querido Maestro es autor de innumerables trabajos científicos que se cuentan por centenares (entre los cuales se encuentran ya varias decenas de libros), que abarcan desde el Derecho Público de la economía hasta la organización territorial del Estado o la integración europea, pasando por los campos, entre muchos otros, de la ordenación jurídica del deporte, de la regulación de la comunicaciones o de la reforma y desarrollo de los servicios de carácter social (sanidad, discapacidad, dependencia o tercer sector). Me resulta siempre difícil destacar trabajos concretos dentro de estos ámbitos, dada la enorme relevancia de toda su ingente obra, pero haciendo un esfuerzo que aquí necesariamente resulta un tanto subjetivo creo que son fundamentales los hasta ahora catorce volúmenes de su «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», que ya alcanza su cuarta edición. Y es que ésta es una obra llamada, a buen seguro, a revolucionar el mundo del Derecho Público occidental, cosa que ya ha empezado a suceder, pero que se verá acelerada en los próximos años en la medida en que todos los Profesores de Derecho Público vayamos asimilando y haciendo partícipes a nuestros estudiantes de la inmensa cantidad de conocimientos jurídicos en ella incluidos. Pero con independencia de este descomunal (en todos los sentidos) trabajo, de esta verdadera magna

«catedral» del saber jurídico, quiero destacar, en estos momentos, dos obras más, que son esenciales para la configuración del Derecho de nuestro tiempo: su «Derecho Público de las Comunidades Autónomas», que ha sido capital para la construcción de nuestro actual modelo de Estado; o su «Derecho de la Regulación Económica», que es el intento más importante y acabado a nivel europeo (y muy probablemente mundial) de explicar la función del Derecho en la ordenación de los distintos sectores económicos. Creo preciso, asimismo, hacer una referencia, siquiera breve, a sus recientísimas obras destinadas al diagnóstico y al tratamiento de la grave crisis político-institucional que, de la mano del pronunciadísimo deterioro de nuestra situación económica, ha venido aquejando a la España de los últimos años. Y es que Santiago Muñoz Machado no ha dudado nunca un ápice en hacer realidad lo que un clásico griego escribió una vez de que «el hombre sabio no debe abstenerse de participar en el gobierno del Estado, pues es un delito renunciar a ser útil a las necesidades y una cobardía ceder paso a los indignos» (Epicteto de Frigia). Son cruciales, en este orden de ideas, sus libros «Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo» (que, impulsado desde Extremadura, le valió el ya referido Premio Nacional de Ensayo) y «Cataluña y las demás Españas», que en pocas semanas alcanzó múltiples ediciones, convirtiéndose en un auténtico best-seller jurídico. Estas obras constituyen, en mi más modesta opinión, una clarividente proyección contemporánea de la rica «tradición regeneracionista española» cuyas cabezas más visibles han sido probablemente Joaquín Costa o el mismísimo José Ortega y Gasset, pero que, como es sabido, ha contado con intelectuales tan destacados como Ramiro de Maetzu, Lucas Mallada, Ricardo Macías Picavea, Adolfo Posada, Luis Morote, Rafael Altamira o Rafael María de Labra, sin olvidar al propio Sanz del Río, a Giner de los Ríos, o desde el plano científico y médico, a nuestro nobel Santiago Ramón y Cajal o a Gregorio Marañón, y a tantísimos otros. La historia hará, a buen seguro, que el Profesor Muñoz Machado ocupe un papel más que sobresaliente entre todos ellos.

En tercer lugar, la gran capacidad intelectual y de erudición de Santiago Muñoz Machado ha provocado que sus trabajos vayan más allá de las fronteras jurídicas, para adentrarse en el mundo de la historia (con sus preciosos libros «Sepúlveda, cronista del Emperador» o «Los itinerarios de la libertad de palabra», o con las obras por él dirigidas y publicadas con los títulos de «Los grandes procesos de la historia de España» o de «Historia de la Abogacía Española»). Resultan más que sobresalientes, también, sus incursiones en las disciplinas del medio ambiente y de la protección de los animales (con la obra colectiva de su dirección «Los animales y el Derecho»), de los conceptos antropológicos (con su Prólogo al a su vez Prólogo de don José Ortega y Gasset al libro del Conde de Yebes «Veinte años de caza mayor»), de la teoría de

la restauración arquitectónica (con su obra sobre «La restauración de las ruinas») o de la literatura (donde destaca su relato «Riofrío. La justicia del señor juez»). Pero, mención especial merece, sin ningún género de dudas, su brillante incursión en el mundo de la lexicografía donde, bajo su dirección, acaba de ver la luz, por encargo conjunto de la Real Academia Española, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, un diccionario jurídico (el «Diccionario del Español Jurídico»), que ha resultado ser una obra tan monumental como lo son la inteligencia, la sabiduría y la capacidad de trabajo del profesor Santiago Muñoz Machado.

Es Santiago Muñoz Machado, en cuarto lugar, el creador de la editorial Iustel, con su vertiente tanto escrita como telemática, desde donde se hace una difusión inmensa (e impagable) del Derecho en todas sus ramas, a través de la magnífica edición de sus libros y del portal informático, que, además de las bases de datos jurisprudencial y normativa, cuenta con materiales de primerísima calidad para el acercamiento de los estudiantes, de los docentes y de los profesionales a todo el Derecho, con una extensísima biblioteca jurídica en la red y con una ciertamente amplia colección de revistas telemáticas (las distintas Revistas Generales de Derecho). En este contexto, quiero destacar que Santiago Muñoz Machado es también el creador de una revista tan singular como importante en la formación de la opinión jurídica del tiempo que nos toca vivir, me refiero a «El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho», una revista jurídica de carácter pluridisciplinar, que está destinada a abordar los problemas actuales del Estado, y que ha sido concebida con el afán de que sea accesible, por la forma de redactar sus artículos, tanto para los creadores y aplicadores del Derecho, como para aquellos sujetos que de una u otra forma participan en la «vida pública», proponiendo o decidiendo sobre las distintas políticas de esta naturaleza, sin olvidar, por supuesto, a los estudiantes que se acercan al Derecho en las distintas Universidades de nuestro país. Además de ser el impulsor de estas revistas, actualmente dirige y es miembro de los consejos científicos y de redacción de otra decena de publicaciones periódicas del máximo nivel en el ámbito jurídico nacional e internacional.

Quiero, por último, destacar el papel del Profesor Santiago Muñoz Machado en el desarrollo del Derecho en Extremadura. Son numerosísimos los trabajos en los que ha colaborado con las distintas instituciones autonómicas para perfeccionar, en unos casos, y construir, en otros, el Derecho de nuestra tierra, siendo de justicia subrayar su destacado papel en el seno de la Comisión de Expertos para la Reforma Estatutaria, en cuyo trabajo se encuentra el germen del nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura aprobado a comienzos del año 2011. Por otro lado, resulta difícil relacionar el gran número de conferencias jurídicas que ha pronunciado en múlti-

bles foros de nuestra Región, y en las que ha corroborado la fama de gran orador y de extraordinario jurista que le acompaña. Y no sería justo por mi parte no destacar su papel en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Extremadura, no sólo a través de las numerosas conferencias que ha pronunciado en las aulas de la Facultad de Derecho, sino también, y lo que es más importante, en el quehacer diario de la Universidad, a través de sus construcciones jurídicas que son enseñadas de manera cotidiana por el humilde Profesor que ahora se dirige a Ustedes y por mis distintos colaboradores en la enseñanza universitaria (y que, por cierto, alcanzaron el grado de Doctor en buena parte de los casos con la lectura de sendas Tesis Doctorales dirigidas por su Maestro y antecesor mío en la Cátedra de Derecho Administrativo de nuestra Universidad, el Profesor José Eugenio Soriano García, y que contó con la participación del Profesor Santiago Muñoz Machado en la mayoría de los Tribunales encargados de juzgarlas). Aunando esta faceta a su labor editorial, el Profesor Santiago Muñoz Machado está editando distintos trabajos académicos destinados a la difusión del Derecho Público extremeño.

4. UNAS PALABRAS CONCLUSIVAS

En fin, y por mucho que resulte imposible en unas pocas líneas bosquejar la figura del Profesor Santiago Muñoz Machado, confío en que estas breves palabras de presentación de su inmenso curriculum vitae, repleto de las mayores distinciones que un Profesor Universitario puede recibir en nuestro país, les hayan permitido comprender cuáles fueron las razones que un día me embarcaron a poner en marcha el viaje que hoy termina con la concesión de la máxima distinción académica a uno de los grandes Maestros del Derecho de nuestro tiempo, el Profesor Doctor Don Santiago Muñoz Machado, a quien deseo, de todo corazón, como universitario y fiel discípulo suyo que soy, que, antes de llegar a su particular Ítaca, su travesía por la vida y por los mundos del Derecho y de la Cultura sea bien larga, y le siga deparando muchos logros y satisfacciones, que con toda seguridad serán también los nuestros y los de toda la sociedad.

Así pues, considerados y expuestos todos estos hechos, dignísimas Autoridades y Claustrales, solicito con toda consideración y encarecidamente ruego que se otorgue y confiera al Profesor Santiago Muñoz Machado el supremo Grado de Doctor Honoris Causa por la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

Resumen

Este texto recoge la Laudatio leída por el Profesor Vicente Álvarez García el 22 de abril de 2016 con ocasión del acto de investidura del Profesor Santiago Muñoz Machado como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Extremadura.

Palabras clave: *Santiago Muñoz Machado, Universidad de Extremadura, Doctorado Honoris Causa.*

Abstract

This text is the laudatio of Professor Santiago Muñoz Machado held by Vicente Álvarez García, April the 22th of 2016 in the concession to the first one of the Honoris Causa Degree at the University of Extremadura.

Keywords: *Santiago Muñoz Machado, University of Extremadura, Honoris Causa Degree.*

Recibido: 2 de mayo de 2016

Aceptado: 3 de mayo de 2016



Textos clásicos



LA AVENTURA AMERICANA DE LA LENGUA DE CERVANTES*

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad
Complutense*

Exmo. Sr. Presidente de la Junta de Extremadura, Rector Magnífico, autoridades, profesores y doctores, señoras y señores.

Pocos honores más gozosos que los que concede la tierra en la que estamos enraizados y éste de hoy es, para mí, de esta clase, por más que yo haya nacido un paso más allá de los límites de La Serena. Pero hace muchos años que Extremadura me prohijó, acogiéndome con un afecto que se ha ido incrementando con el paso de los años hasta traerme hoy a esta tribuna y entregarme el más importante reconocimiento de su Universidad. He cultivado aquí amistades muy apreciadas, me he empeñado a veces en proyectos inverosímiles apoyando a empresarios de la tierra y he dedicado no poco tiempo a deshacer conflictos jurídicos de gran envergadura. En el orden estrictamente universitario, han pasado más de tres décadas desde que empecé a explicar en Badajoz Derecho Europeo en las pioneras jornadas que organizaba el magistrado Ángel Juanes, hoy Vicepresidente del Tribunal Supremo; he recorrido la Comunidad dictando las conferencias que me encargaba mi amigo desde la primera juventud y hoy presidente del Tribunal Superior de Justicia, Julio Márquez de Prado, no he faltado nunca a los cursos y seminarios organizados en esta Universidad, a las lecturas de tesis dirigidas por el profesor José Eugenio Soriano, he tenido el honor de participar como experto, por invitación del Presidente Rodríguez Ibarra, en la reforma del Estatuto de Extremadura y, en fin, la fortuna me ha permitido dejar en la Facultad de Derecho simiente de buen universitario sembrada con mi discípulo Vicente Álvarez García, titular de la cátedra de Derecho Administrativo, a quien acaban de oír proclamar maravillas de mí que bien se explicarán ahora que les estoy diciendo que forma parte del cuadro de honor de mi propia Escuela. Se ha formado, bajo mi tutela, en Derecho y prudencia, en las mejores universidades del mundo, y

* Discurso de investidura como Dr. Honoris Causa por la Universidad de Extremadura, 22.4.16.

hoy se le ha desbordado el entusiasmo. Se lo agradezco mucho. También a Rosa Elena Muñoz Blanco, y a toda la Facultad de Derecho, tan ampliamente representada en este acto, con su decano a la cabeza.

Me honran también con su presencia profesores procedentes de más de treinta universidades españolas, a los que manifiesto mi admiración y afecto.

Le ruego, señor Rector, que traslade al Consejo de Gobierno mi agradecimiento por la distinción que me ha concedido. Le dejo público testimonio de mi disponibilidad para hacer todo aquello que pueda ser útil para la Universidad de Extremadura y sirva para engrandecerla.

En estas ocasiones solemnes, el investido debe dictar una lección libremente elegida. Cuando me he planteado el asunto de que podría hablarles he comprobado que el día, el lugar y mis personales circunstancias me imponen uno de forma casi necesaria. Justamente hoy hace cuatrocientos años que murió Cervantes. Suele celebrarse el aniversario el 23 de abril, mañana, pero está probado que murió el 22. El 23 están anotadas en el registro de la parroquia de San Sebastián de Atocha, en Madrid, las exequias, que fueron al día siguiente de la muerte, como es común.

Tal día como hoy murió Cervantes, soy miembro de la Real Academia de la Lengua, jurista de oficio, y diserto en Extremadura, tierra de conquistadores, conque resulta pertinente que dedique el tiempo que tengo por delante a hablarles de «la aventura americana de la lengua de Cervantes».

Conjugando todas estas circunstancias, personales, de lugar y de tiempo, mi propósito es contribuir a elucidar cómo llegó a producirse el asombroso milagro de que quinientos millones de personas puedan leer en todo el mundo el Quijote en su propia lengua materna, la misma en la que fue escrito. El hecho primero fue la acción de los conquistadores, siguieron las políticas americanas de la monarquía y la legislación de la metrópoli, pero también se acumularon otras muchas casualidades y prodigios que ahora resumiré.

El choque cultural que produjo el descubrimiento y conquista de América tuvo su más radical expresión en la imposibilidad de establecer una comunicación fluida entre conquistadores e indígenas. Los españoles eran incapaces de entender nada de lo que los indios decían y la falta de habilidad de los nativos para comprender a los conquistadores era aún más notable. Se sirvieron, al principio, de la gesticulación para intentar explicarse, pero los resultados no eran muy prometedores porque a los indios les producía hilaridad ver a los capitanes, soldados y frailes hacer aspavientos; se morían de risa y seguían sin entender nada. La situación fue cambiando cuando aparecieron en escena las lenguas. Llamaban así los españoles a los intérpretes. Eran

frailes o capitanes que habían aprendido algo de algún idioma local, o indios que balbucían castellano.

Las dificultades que presentaba el farallón lingüístico a la comunicación entre las culturas y los individuos que acababan de encontrarse, eran de una envergadura que puede explicarse con algunas cifras. Entre los siglos XVI y XVII pasó a América medio millón de españoles y la población indígena podría estar alrededor de 50 millones. Hablaban los primitivos americanos más de 1500 lenguas distintas pertenecientes a 170 grandes familias lingüísticas. El número de habitantes que se expresaba en unas y otras difería, claro está, y la extensión del territorio que dominaban cada una de ellas, también. Algunas estaban más generalizadas como el náhuatl, el maya, el quechua y el guaraní. Estas cuatro eran las que más se utilizaron como lenguas generales o lenguas francas, a través de las cuáles podían entenderse otras de la misma familia o vecinas.

El contacto también determinó que el castellano empezara a enriquecerse con la adopción de palabras indígenas o la adaptación de algunos vocablos que designaban cosas desconocidas para los recién llegados.

La primera palabra antillana que se incorporó al castellano fue canoa. Es el americanismo más antiguo de la lengua española y lo recogió Colón en su Diario el 26 de octubre de 1492. Era el nombre de una embarcación desconocida para los españoles. Le pareció a Colón que en nuestro idioma solo teníamos el vocablo almadía para designar un artefacto parecido, formado por troncos amarrados entre sí. Por ello, cuando vio por primera vez esas naves hechas con troncos vaciados las denominó almadías. El nombre de almadía aparece 19 veces en su diario. Pero después empieza a usar canoa; y entre el 13 de octubre y el 7 de diciembre, en su diario cede la palabra almadía y canoa se impone definitivamente. En 1495, Antonio de Nebrija incluyó canoa en su vocabulario español-latino, quedando registrada por primera vez en un diccionario.

A canoa se añadirían enseguida hamaca, cacique, tiburón, cancha, poncho y otras. También se inventaron expresiones nuevas para designar objetos y cosas que no eran conocidas en Europa: para llamar fruta de la pasión a la maracuyá, fruta bomba a la papaya u hoja capote a la hoja del tabaco.

Otras vías de incorporación y recepción de vocablos americanos, que aparecen en los textos de los cronistas de Indias, tuvieron lugar mediante adaptaciones léxicas consistentes en acomodar formas del español a realidades americanas. Los conquistadores llamaron lagartos a los caimanes, leones a los pumas, peras a los aguacates, turmas a las papas, vino a la chicha indígena. Bernal Díaz del Castillo, el cronista de

la conquista de México, se refiere a los pavos como «los gallos de los indios» y Colón describe las hamacas como «redes de algodón».

Todas estas aportaciones lingüísticas eran, sin embargo, bastante rudimentarias y quedaban muy lejos de poder resolver lo más principal. Los españoles habían llegado a América y ocupado sus tierras con una única justificación que les había marcado la Bula de donación otorgada por el Papa Alejandro VI a favor de los Reyes Católicos: evangelizar a los habitantes de aquellas paganas tierras. En el testamento de la Reina Isabel están recogidas las recomendaciones que hace a sus súbditos en este sentido.

Pero se moriría la Reina sin llegar a enterarse del todo que lo que estaba ocurriendo en las tierras descubiertas tenía bastante poco de santo y evangelizador, porque las críticas a las conductas de los conquistadores no estallaron hasta que, años después, el dominico fray Antonio Montesinos pronunció su famosa homilía a los encomenderos de La Española, el segundo domingo de Adviento de 1511. Denunciaba el predicador, en comandita con sus compañeros de la misión que dirigía fray Pedro de Córdoba, que los españoles sometían a los indios y los esclavizaban e imponían trabajos forzados bajo la irreal justificación de que los recogían para traerlos a la fe cristiana.

El asunto provocó la promulgación por el Rey Católico de las Leyes de Burgos de 1512, cuyo contenido no he de recordar ahora. Pero destacaré que una de las novedades en qué consistiría la reforma fue que para emprender cualquier acción contra los indios, tendrían estos que estar advertidos de las consecuencias de su resistencia a los españoles y de la misión que los llevaba por aquellas tierras, que no era otra que la salvación de sus almas. Se imitaba lo que decía la Biblia que había hecho Josué a las puertas de Jericó. Primero advirtió a los habitantes de la ciudad de que debían rendirse y, como no lo hicieron, mandó tocar las trompetas y destruir la ciudad. Esta acción bíblica era también una solución jurídica de interés, cuya preparación se encargó a Palacios Rubios, el letrado más influyente de la época. Redactó Palacios el texto que los conquistadores deberían leer a los caciques indios antes de emprender cualquier acción de fuerza. El documento era largo y explicaba con pormenor que el Papa había donado a sus reyes aquellas tierras, quiénes eran sus majestades, y en qué consistía la santa fe que tenían que predicar y a la que habían de convertirse. El protocolo añadía que, una vez leído el requerimiento, se haría una pausa, para que los caciques reflexionaran y decidieran si aceptar o no lo que se les pedía. En caso de resistencia, se les hacía saber que los conquistadores se consideraban exonerados de cualquier responsabilidad por los estragos que ejecutarían de inmediato sobre ellos, sus familias y bienes, ocupando por la fuerza sus tierras y sometiéndolos.

La primera lectura del requerimiento, según el cronista Fernández Oviedo, tuvo lugar el 12 de junio de 1514. Y ocurrió lo que era previsible. El escribano leía el texto solemnemente, el intermediario que servía de lengua traducía malamente y, al rato, los indios se cansaron de escuchar y rociaron a los españoles con flechas.

La experiencia de las lecturas del requerimiento sirvió para demostrar a los capitanes españoles y a los miembros del Consejo de Indias que el problema no era tan solo que los indios no entendieran el castellano, sino que les resultaba imposible trasponer a sus ideas y convicciones los conceptos que manejaban los españoles.

Esta absoluta incapacidad de comunicación idiomática se manifestó dramáticamente años más tarde, con ocasión de la lectura del requerimiento por Pizarro a Atahualpa, antes de la batalla de Cajamarca. El acontecimiento fue recogido con pormenor por el cronista Guamán Poma de Ayala. Cuenta en su Crónica que Pizarro, Almagro y Fray Vicente, utilizando al lengua Felipe, originalmente indio Wanka Bilka, dijeron que ellos eran mensajeros y embajadores de un gran señor, por lo que le requerían que fuese su amigo. Atahualpa contestó con mucha dignidad, que también él era señor, un gran señor en su propia tierra. Fray Vicente intervino entonces tomando en la mano derecha una cruz y el breviario en la izquierda. Le dijo a Atahualpa que era mensajero de otro señor muy grande, amigo de Dios y que fuese su amigo y que adorase la cruz y creyese en el Evangelio de Dios. Atahualpa le dijo que no tenía que adorar a nadie sino al Sol que nunca muere. Preguntó Atahualpa a Fray Vicente quien le había dicho que otro gran señor quería ser su amigo y le pedía que creyese en el Evangelio. El fraile le dijo que se lo había dicho el Libro del Evangelio. Le pidió el libro Atahualpa y lo abrió y se asomó a sus hojas y después de contemplarlas protestó en el sentido de que el libro no le estaba diciendo nada a él y se quejó de que no lo hiciera. Y tiró el libro al suelo. Fray Vicente entonces se puso a dar grandes voces diciendo: «¡Aquí, caballeros, que estos indios gentiles son contra nuestra fe!». Don Francisco Pizarro y don Diego de Almagro dijeron «salgan caballeros contra estos infieles que son contra nuestra cristiandad y nuestro emperador y rey y demos en ello».

Para predicar no bastaba, pues, con la ayuda de los traductores. Era preciso poder explicar los conceptos cristianos conociendo antes con exactitud la lengua y la cultura de los indios. Esta convicción, desarrollada por los franciscanos y dominicos y, más tarde, por los jesuitas, abrió una nueva y decisiva fase a la comunicación lingüística. No se optó por hacer aprender a los indios castellano a la fuerza, sino que los misioneros se aprestaron a conocer bien las lenguas indias, dejando a un lado el castellano en sus tareas evangelizadoras.

La parte siguiente de esta historia es impresionante. Los frailes se convirtieron en los primeros lingüistas y antropólogos de América. Aprendieron las lenguas ame-

rindias, prepararon diccionarios y gramáticas de muchas de ellas, y estudiaron la cultura de aquellos pueblos, sus costumbres, su religión y sus creencias.

La primera gramática náhuatl, obra del franciscano Andrés de Olmos, data de 1547; la primera edición de un diccionario náhuatl, el del también franciscano Alonso de Molina, es de 1555. La gramática de la lengua purépecha de otro miembro de la orden, Maturino Gilberti, es de 1558, y el diccionario de la misma lengua, de 1559. Fueron destacados la gramática de la lengua mixteca del dominico fray Domingo de Santa María, el diccionario de la lengua zapoteca de fray Pedro de Feria, la gramática de la lengua huasteca del agustino fray Juan de la Cruz. En el Perú, el dominico fray Domingo de Santo Tomás completó en 1560 una gramática y un vocabulario de la lengua quechua, y en 1584 se publicó el manual de doctrina cristiana en quechua y aymará de Antonio Ricardo. Tan solo en México a fines del siglo XVI se publicaron ciento nueve obras dedicadas a las lenguas indígenas, y ochenta de ellas eran de autores franciscanos. En suma, hacia el fin del reinado de Felipe II, la mayor parte de las grandes lenguas indígenas americanas tenían una transcripción al alfabeto latino, y se habían preparado gramáticas y diccionarios (R. Baudot). El conde de Viñaza contabilizó más de mil trabajos concernientes al estudio de las lenguas indígenas.

La política lingüística que he descrito es realmente asombrosa y descubre aspectos inverosímiles del carácter de la conquista española, sobre todo comparándola con la acción de los ingleses en sus colonias de América del Norte. En lugar de imponer su lengua a la fuerza, o de separar y apartar a los indios, son los conquistadores los que aceptan aprender y utilizar las lenguas indígenas.

Siendo así, ¿cómo fue penetrando el español en los territorios conquistados? ¿Cómo progresó el castellano en América?

Las instrucciones que se emiten por la Corona, desde principios del siglo XVI, recogen con frecuencia medidas de apoyo a los misioneros para que enseñen el castellano a los nativos como medio más adecuado para adoctrinarlos en materias de religión, que era la razón de su presencia en las Indias.

La orden dada por el emperador el 17 de julio de 1550 asumió, por primera vez, de forma cabal, que no era posible explicar el Evangelio utilizando las lenguas indias, y estableció las bases de una política conducente a enseñar el castellano a los nativos. Pero no lo imponía, sino que se organizaba la enseñanza solo para los indios que voluntariamente la aceptasen.

Esta clase de instrucciones se aplicaron a duras penas, o no se tuvieron en cuenta en absoluto, porque los frailes y misioneros creían más adecuado el método contrario de que fueran ellos los que aprendieran las lenguas locales y las utilizaran en la predicación.

Había razones de fondo que explicaban las tensiones mencionadas entre las dos políticas lingüísticas, la que propiciaba la castellanización y la favorable a la utilización de las lenguas indígenas. Conocer las lenguas indígenas principales otorgaba un gran poder porque obligaba a que las relaciones con los indios tuvieran que canalizarse a través de los frailes o allegados, que tenían ese dominio. Por tanto estuvieron manifiestamente al lado de la lengua indígena y en contra de la lengua castellana, aun a costa de incumplir normas como la que el Rey había dictado el 17 de julio de 1550.

De cualquier forma que se mire, esta clase de comportamientos de la Iglesia y su ejército de misioneros era una grave muestra del desconcierto que reinaba en las relaciones con los territorios ultramarinos de la Corona de Castilla y su difícil gobernanza. Eran la palmaria manifestación de que las leyes aprobadas en la metrópoli no se cumplían o, si acaso, se atrasaban y aplicaban con reticencias.

Don Diego de Espinosa, que así se llamaba el obispo presidente del Consejo de Castilla e inquisidor general, y el Rey, debieron decidir que lo primero que había que hacer era llevar a cabo una gran visita para averiguar las razones de lo que sucedía. Para llevarla a cabo se eligió a Juan de Ovando, nacido en Cáceres, y formado en la Universidad de Salamanca. Ovando inició su meticulosa inspección en 1567.

Las dos principales cosas que Ovando dijo haber podido comprobar en la visita eran que el Consejo tenía muy pocas noticias de lo que de verdad estaba pasando en las Indias y que había una falta de entendimiento total entre la metrópoli y las tierras descubiertas. Las leyes que se iban dictando ni se conocían allí en su mayor parte y, desde luego, no se cumplían.

De la visita de Ovando resultaron unas nuevas Ordenanzas, pero también fue el principal promotor de una recopilación general de las leyes de aquellos reinos que simplificara su contenido y acercara su conocimiento a los destinatarios. Para ello le pareció que debía continuarse la labor que había realizado durante los años anteriores Juan López de Velasco, a quien asoció a los trabajos de la visita. Considerando el caos normativo reinante, la preparación de una recopilación de las leyes dictadas sería la solución imprescindible.

Con los materiales legislativos preparados por López de Velasco se llegaría a la formulación de la «Copulata de leyes de Indias» en 1569. Y sobre estas bases se formularía el proyecto de recopilación de Juan de Ovando, en el que se trabajó hasta su muerte en 1575. Muchos años después, en 1680, concluiría la Recopilación de Leyes de Indias.

Las nuevas Ordenanzas de Población que dictó Felipe II en 1573, que regulan de nuevo las entradas y conquistas y fijan las normas de relación y trato de los indios y sus culturas, ponen fin a la larga etapa de dudas y desconcierto iniciada con los primeros movimientos de la colonización, durante la cual la legislación se mostró insegura y la administración metropolitana tuvo enormes dificultades para conocer los nuevos territorios y las características de sus gentes; aquel tiempo en el que las Indias y España, como aseguró Ovando, no se entendían.

Habría que esperar hasta el siglo XVIII para que las políticas lingüísticas de la Corona se enderezasen definitivamente hacia la erradicación de las lenguas indígenas y se afirmase el propósito de convertir al castellano en la lengua única de América.

La cultura europea había mantenido durante centurias la tradición, procedente del libro del Génesis, que hablaba de una época originaria, unos tiempos dorados, en los que la humanidad tuvo un solo lenguaje y utilizaba unas mismas palabras para entenderse. La ruptura de esa unidad y la multiplicación de las lenguas fue un castigo divino a la soberbia de Babel.

En el Consejo de Indias empezó a primar también la idea de que había que prescindir de las amables recomendaciones sobre el aprendizaje voluntario del castellano e imponer a los indios su uso. Había que conseguir ahora la definitiva hispanización del Nuevo Mundo. Se trataba de crear «un cuerpo de súbditos lingüísticamente homogéneo» como necesidad imprescindible de un Estado nacional unitario.

En el orden político el impulso más vehemente y definitivo, en pleno Siglo de las Luces, a favor de la implantación forzosa del castellano y la erradicación de las lenguas amerindias se debió a Francisco Antonio de Lorenzana y Buitrón, arzobispo de México. En junio de 1769 dirigió una carta al Rey sobre la necesidad de imponer la unidad lingüística en América con prohibición expresa de las lenguas indígenas. Con este objetivo, en su escrito arremetía contra la práctica de los misioneros de no predicar en castellano, perjudicando así a la lengua de Castilla. Era el obispo perfectamente conocedor de que en la resistencia a utilizar el castellano y seguir valiéndose de las lenguas indias había intereses personales y de las órdenes religiosas.

Estas presiones dieron finalmente en la aprobación por Carlos III de la Real Cédula de 16 de abril de 1770. Su objeto era que «de una vez se llegue a conseguir el que se extingan los diferentes idiomas de que se usan los mismos Dominios y que solo se hable el castellano, como está mandado por repetidas Leyes, Reales Cédulas y Órdenes expedidas en el asunto».

El cumplimiento de la Real Cédula en las diferentes provincias fue muy irregular. Lo cual se correspondía también con las dudas expresadas, respecto de la extinción de las lenguas indígenas, en el propio Consejo de Indias, en el que personajes caracterizados rechazaron las protestas de prohibición e imposición forzosa del arzobispo Lorenzana.

La Cédula de Carlos III sobre imposición del castellano y erradicación de las lenguas indígenas, no llegó a cambiar por sí misma la situación establecida. A las dificultades de llevar a la práctica con rapidez un cambio cultural tan revolucionario, se sumaba la poca convicción con que se aplicó y la circunstancia de que la nueva política se anunciaba al final del siglo XVIII, cuando estaban a punto de estallar los movimientos independentistas.

El progreso de la lengua castellana en América había sido muy lento y su consolidación como lengua mayoritaria tardaría todavía muchos decenios en ocurrir. Al filo del inicio de los movimientos independentistas los cálculos más fiables sobre la población existente en el continente sudamericano la situaba en quince millones de habitantes. Tres siglos después de la colonización, la castellanización había dado unos resultados escasísimos porque al final del XVIII sólo había tres millones de hispanohablantes en América.

El español era la lengua de las élites dominantes, los criollos, que lideraron las independencias de aquellos territorios españoles ultramarinos. Era inevitable, pero para las aspiraciones de algunos resultó paradójico. Una nueva nación precisaría un idioma propio, pero aquellas repúblicas nacientes estaban abocadas a utilizar el español, la lengua de la metrópoli contra la que se habían levantado. Buscaron la manera de diferenciarse del castellano, enfatizando las especialidades americanas y algunos, políticos y lingüistas, llegaron a creer en la posibilidad de fragmentar la unidad del español americano creando una rama separada no solo del castellano de los conquistadores sino también diferente en cada una de las nuevas naciones.

Está probado que los líderes de las independencias conocían bien la cultura y la filosofía política europeas y que, al redactar sus textos constitucionales y legales, al

construir sus emergentes sistemas normativos, tuvieron cerca las experiencias revolucionarias norteamericana y francesa.

En Francia, en particular, se había planteado con especial crudeza la cuestión de la unidad de la lengua como un requisito imprescindible para conseguir la implantación de la igualdad y el correcto entendimiento de las leyes que traducían los ideales de la revolución.

A mediados del XVIII el pueblo no hablaba la «lengua del rey» sino un francés popular. Practicaban una suerte de bilingüismo entre ellos; dominaba el patois, pero comprendían el francés.

En la primera época revolucionaria, que arrancó en 1789, la democratización de Francia alentaría la igualdad de todas las formas de expresión. Al comienzo de la Revolución, los dirigentes desarrollaron una política muy tolerante con las lenguas regionales. Pero pronto los revolucionarios burgueses vieron en el patois un obstáculo para la propagación de sus ideas. Bertrand Barère, miembro del Comité de salud pública, abrió una gran ofensiva en favor de la implantación de una única lengua nacional: «La monarquía, dijo, tenía razones de parecerse a la torre de Babel; en la república dejar a los ciudadanos ignorantes de la lengua nacional, incapaces de controlar el poder, es traicionar a la patria. En un pueblo libre la lengua ha de ser una y la misma para todos». En su «Rapport du Comité de Salut Public sur les Idiomes», presentado a la Convención el 27 de enero de 1794, Barère decía: «¡Cuántos gastos hemos hecho para traducir las leyes de las dos primeras Asambleas nacionales en los diversos idiomas de Francia! Como si debiéramos mantener estas jergas bárbaras y esos idiomas groseros que no pueden servir nada más que a los fanáticos y a los contrarrevolucionarios».

El abad Henri-Baptiste Grégoire publicó un informe en 1794 sobre la necesaria extirpación del patois en el que se decía que era paradójico e insoportable que menos de tres millones de franceses sobre veinticinco hablaran la lengua nacional, y que al menos seis millones de franceses, sobre todo en las zonas rurales, la ignorasen.

Más tarde el Comité de Salud Pública reafirmó, en una circular de 16 de junio de 1794, la necesidad de suprimir los dialectos: «En una República una e indivisible, la lengua debe ser una. La variedad de dialectos no es sino un federalismo con el que hay que acabar por completo».

Con el Decreto de 2 de Thermidor del año II (20 de julio de 1794) Robespierre instaura el terror lingüístico, que no solo imponía la lengua francesa como la única que se podía hablar en Francia, sino que condenaba con grandes penas a cualquier autoridad o funcionario que propiciase o tolerase lo contrario.

Considerando las influencias seguras que venían de un movimiento revolucionario que algunos líderes de la insurgencia habían conocido directamente en sus estancias en Europa, y teniendo en cuenta la importancia de afianzar una cultura propia en la que apoyar la emergencia de las nuevas naciones, nada tiene de sorprendente que también apareciera en las nacientes repúblicas americanas un nacionalismo lingüístico que apostaba por marcar la especialidades del castellano de América como criollizado y diferente del hablado en España

Se aportaron inmediatamente justificaciones a esa política. La más simple fue que no resultaba razonable crear naciones independientes de una metrópoli opresora y mantener oficialmente el idioma que esta les había dado, una lengua que llevaba el nombre y el modelo del país del que se estaban separando. Aunque los independentistas no tuvieran alternativas idiomáticas al español, que era su lengua familiar, constataban que el de América había sido más permeable a los neologismos, se había enriquecido con ellos y remarcado algunos signos de identidad. Las lenguas indígenas aportaron también elementos fonéticos y léxicos con los que esbozar diversas variantes dialectales. Estas percepciones permitieron, al menos, discutir sobre qué español debía utilizarse en América, si el puro que habían llevado los conquistadores y que tenía su mejor expresión en la literatura del Siglo de Oro, o el resultante de la amalgama ocurrida en cada virreinato americano. En conexión con esta elección también se planteaba el problema de la unidad o de la diversidad idiomática según los territorios.

Quedó, sin embargo, viva la cuestión de las particularidades del español americano, que se centró, en esencia, en si debía fomentarse el desarrollo del español, transformado por el pueblo al utilizarlo, acogiendo neologismos y variantes dialectales que terminarían conduciendo a la diversificación de la lengua, según su evolución en cada zona del continente, o, por el contrario, habría que recuperar los modelos del Siglo de Oro español y aceptar que el sistema de la lengua fuera fijado a partir esos cánones.

Se ha destacado siempre la importancia de la obra del filólogo, escritor y erudito venezolano Andrés Bello en el triunfo del español culto acomodado al acervo de la literatura española y a los criterios de la Real Academia de la Lengua que había editado su primer diccionario entre 1726 y 1739. La «Gramática para americanos» de Bello estuvo muy cerca del español de los más grandes escritores de nuestra historia como Lope de Vega, Quevedo, Calderón y, desde luego, Cervantes.

Preparó Andrés Bello otra obra tan decisiva como su Gramática, para la proyección del uso del buen castellano en América, aunque no se refiere a este dato

ninguna de las historias escritas por filólogos. Redactó él mismo el muy pionero e influyente Código Civil de Chile en un español terso y culto que imitaron luego todos los legisladores de las emergentes repúblicas americanas. Se cumplió entonces, exactamente, una admonición que Nebrija hizo a la Reina Isabel la Católica cuando le presentó su Gramática: «la lengua es compañera del Imperio», escribió. Y aún añadió: «Cuando su alteza haya sujetado tantos pueblos bárbaros y naciones de lenguas extrañas, estas tendrán que aceptar las leyes que el conquistador impone al conquistado y, con ellas, nuestra lengua». Esta función esencial de la legislación y, en general, el Derecho, para la consolidación de una lengua, que había olvidado casi del todo España, la retomaron con enorme éxito los gobernantes americanos nada más conquistar el poder. Impusieron la lengua también con las nuevas leyes.

Poco a poco, a partir de las políticas de castellanización desarrolladas en las nuevas repúblicas, el número de lectores de la literatura española y, especialmente del Quijote se amplió. La novela cervantina había llegado a las Indias a primeros de 1605, el año de la edición de la primera parte. El librero de Alcalá de Henares Juan Sarriá fletó en Sevilla un cargamento de libros con destino al importador de Lima Miguel Méndez. El barco que los trasportaba, Nuestra Señora del Rosario, llegó a Portobelo, en el Panamá atlántico, en el verano, y allí los recogió el hijo del librero de Alcalá. El transporte de Portobelo a la ciudad de Panamá, asomada al mar del sur, al Pacífico, no debió ser fácil para Juan de Sarriá hijo, no sólo por el importante volumen de libros que cargaba, sino por la dificultad de encontrar asnos y arrieros que llevaran a cabo la operación. Ya en Panamá el joven Sarriá se vio obligado a vender ocho cajas de libros para aliviar sus gastos. Después, el viaje entre el istmo y Perú tampoco fue sencillo por las dificultades del transporte marítimo. Obtuvo un espacio para cuarenta y cinco cajas en la nave «Ave María» y en la «Nuestra Señora del Carmen», y llegó probablemente a Lima en mayo de 1606. En el documento final de recepción por el librero Méndez se deja constancia de la entrega de 72 ejemplares del Quijote. Fueron los primeros que llegaron a América. Eran de la primera edición. La tercera se envió casi entera a América en las dos flotas del año. Hay constancia también de que muchos viajeros llevaban el Quijote como libro de lectura para la larga travesía.

En el prólogo de la edición hecha por la Real Academia Española en 2005, para celebrar el cuatrocientos aniversario de la edición de la primera parte del Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, se recuerda la influencia central que esta obra

tuvo en la Gramática de Andrés Bello, y por tanto en el castellano de América. Anoto la curiosidad de que se vendieron allí un millón de ejemplares.

Hay incontables testimonios de escritores hispanoamericanos de la segunda mitad del siglo XX que manifiestan la importancia de Cervantes en su literatura: Miguel Angel Asturias, Borges, García Márquez, Cortazar, Vargas Llosa... Pero me limitaré a traer dos: Fernando Dos Pasos, a quien mañana entregan SSMM los Reyes el premio Cervantes, ha escrito muchos hermosos textos sobre la significación de la herencia lingüística que América recibió de España. Uno de ellos se titula «Más que a toda plata, más que a todo oro» y sobra que les explique sus puntos de vista sobre el valor de la lengua común, que ya se deducen del título. Otro premio Cervantes, Carlos Fuentes, el formidable escritor mexicano, utilizó una afortunada metáfora para explicar la influencia de Cervantes en América: la geografía del español, escribió, es el «territorio de la Mancha». Esa Mancha cervantina en la metáfora de Fuentes, no tiene una localización específica, sino que es el universo sin fronteras lingüísticas que habitamos, gozosamente comunicados, quinientos millones de ciudadanos de uno y otro lado del Atlántico.

Señor Presidente, Rector, autoridades y amigos, muchas gracias por su atención.

Resumen

Este texto recoge el discurso de investidura del Profesor Santiago Muñoz Machado como doctor honoris causa de la Universidad de Extremadura, el 22 de abril de 2016. El trabajo expone el recorrido de la lengua castellana en América. Una vez detallada la costosa implantación del castellano, se explica la llegada del Quijote a América.

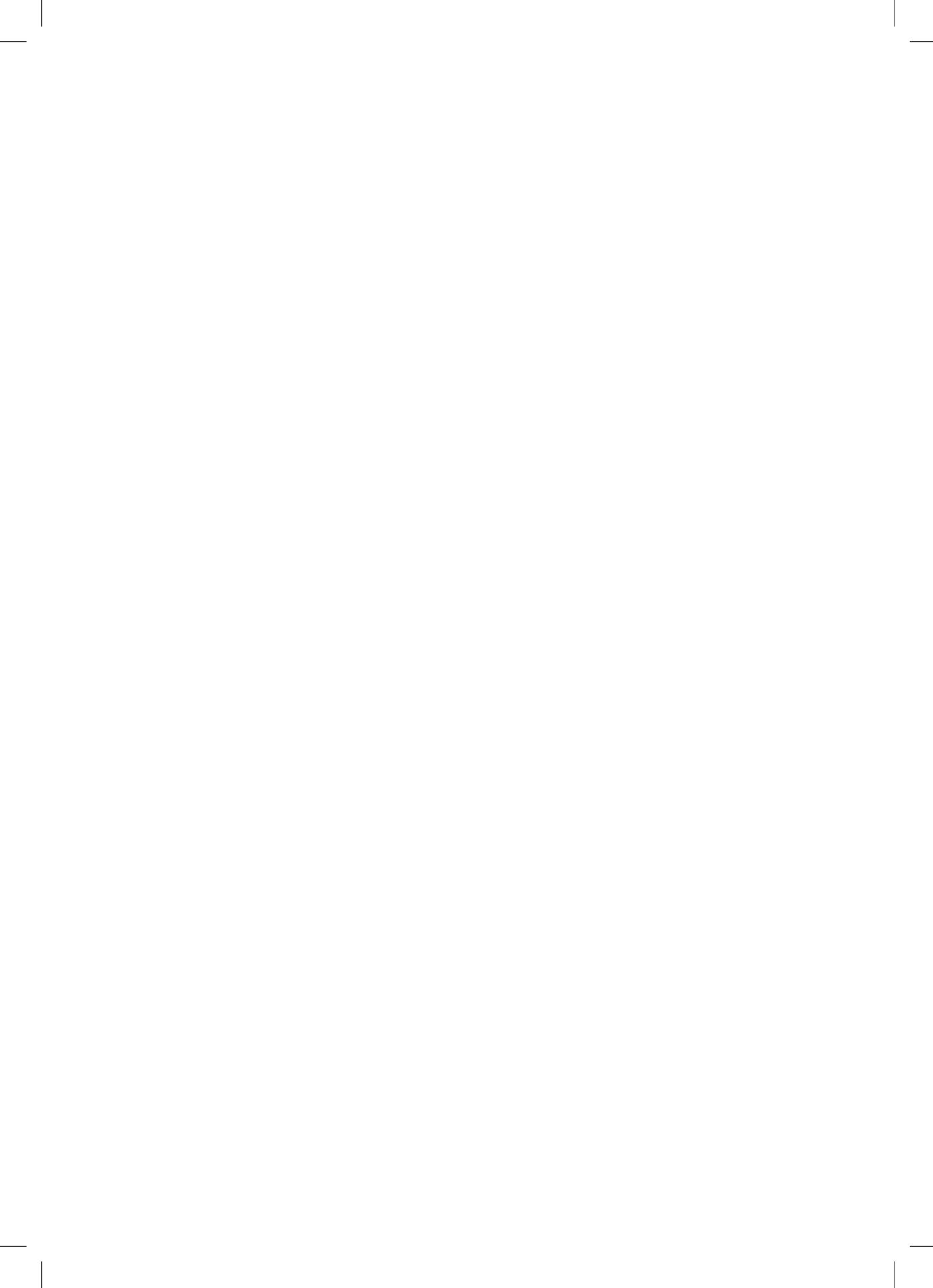
Palabras clave: Castellano, América, lenguas vernáculas, El Quijote.

Abstract

This paper is Professor Santiago Muñoz Machado's speech at his nomination as honoris causa at the University of Extremadura, the 22th April, 2016. The paper recalls the irruption of Spanish in America and its imposition. After that, it explain the expansion of El Quijote in America.

Keywords: Santiago Muñoz Machado, University of Extremadura, Honoris Causa.

Recibido: 2 de mayo de 2016
Aceptado: 3 de mayo de 2016



Jurisprudencia



EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

SERGIO GUTIÉRREZ NOGALES

Doctorando en Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

1. Introducción: el diálogo entre el TEDH y la CIDH.
2. El derecho a la vida familiar de los menores.
3. El derecho a la reagrupación familiar/reunificación familiar.
4. El principio del interés superior del menor.
5. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO ENTRE EL TEDH Y LA CIDH

Ante la inexistencia de un legislador internacional que regule los derechos humanos, deben ser en gran medida el TEDH y la CIDH quiénes tomen la responsabilidad de fraguar un eficiente diálogo judicial que establezca las pautas a seguir y solucione los problemas que suscita en la actualidad la salvaguarda de la garantía del Derecho a la Vida Familiar de los menores.

El TEDH se creó hace más de cincuenta años mientras que la CIDH cumple 35 años de su nacimiento. Los dos tribunales tienen conferidas competencias prácticamente análogas en relación a la garantía y defensa de los derechos humanos en el seno de las organizaciones regionales que protegen.

En términos generales podría decirse que la constitución de la CIDH tomó su forma y estructura adoptando como modelo al TEDH; sin embargo, con el transcurso de los años el TEDH ha experimentado notables cambios en su estructura, fundamentalmente a raíz de la adopción de su Protocolo número 11 y la posterior entrada

en vigencia del Protocolo número 14 del Convenio de Roma. La CIDH, que debe su origen al Pacto de San José de Costa Rica del 22 de Noviembre de 1969, ha manteniendo, en cambio, su estructura originaria.

Es importante destacar que el TEDH dicta aproximadamente unas 1800 sentencias anuales mientras que la CIDH apenas cuenta con unas 250 sentencias emitidas en sus 35 años de funcionamiento. Estos datos podrían llevarnos a asumir que en un supuesto diálogo entre ambos tribunales, el peso del debate jurídico vendría de la mano del TEDH mientras que la CIDH, por su menor experiencia y volumen de asuntos resueltos adoptaría un papel secundario, aprovechando la experiencia de su homónimo. Sin embargo, tal conclusión ha de ser matizada.

Siguiendo a los profesores García Roca¹, Nogueira² y Bustos³ hemos de entender que el diálogo judicial implica que los jueces de un estado interpretan y aplican su derecho teniendo como interlocutora a la doctrina de otros tribunales. Esta comunicación se produce en un contexto de pluralismo constitucional lo que dota de un carácter prácticamente obligatorio a este intercambio de argumentos. En base a estos postulados, ambas Cortes se identifican con los contenidos de los textos universales, para, a partir de ellos, encontrar soluciones adaptadas a los diversos conflictos que se les presentan. Ya hemos señalado como, al no existir un legislador en materia de derechos humanos a nivel internacional, doctrina y jurisprudencia resultan trascendentales. En este sentido, la relación que lleguen a mantener las dos Cortes supranacionales se basará en una influencia de carácter mutuo en cada uno de sus pronunciamientos, manteniendo una relación bidireccional en la aplicación de los principios de información y comunicación recíproca.

Resulta conveniente de igual forma un diálogo de carácter indirecto entre los dos altos Tribunales; un diálogo en el cual los textos internacionales comunes sirvan como intermediarios para asegurar que las soluciones planteadas por el TEDH y la CIDH sean, si no iguales, sí al menos compatibles con los textos universales comunes en la medida que les afecte. En definitiva, este diálogo judicial debe contribuir a crear unos mínimos contenidos que compartan ambos sistemas regionales dentro del ámbito del sistema universal de derechos humanos⁴. No obstante, se trata de un diálogo parcial

1 J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 9, 10, 12, 27, 29, 30.

2 J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, op. cit., p. 9, 10, 12, 27, 29, 30.

3 J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, op. cit., p. 9, 10, 12, 27, 29, 30.

4 J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, op. cit., p. 30.

al no extenderse a todo el contenido, sino sólo al contenido universal de los derechos fundamentales que ambas Cortes perfilan a través de su colaboración⁵.

En la actualidad, la comunicación entre jueces constituye una realidad, ya se trate de jueces dentro del ámbito nacional o jueces dentro del ámbito internacional. La instrumentación del Derecho comparado por parte de estos jueces como un criterio para interpretar el Derecho genera unas intensas relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos. Estas intensas relaciones constituyen el llamado diálogo horizontal, integrado en un contexto claramente globalizado. Prueba de ello es que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene en consideración al CEDH -y en consecuencia la jurisprudencia del TEDH- junto a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como expresión de un patrimonio constitucional común europeo⁶.

Por otra parte, el diálogo de carácter unidireccional parece haber dejado paso a un diálogo bidireccional donde los argumentos y las conclusiones del TEDH y de la CIDH circulan de forma libre en ambas direcciones. Ambas Cortes son ahora interlocutoras en la interpretación y aplicación de sus respectivas convenciones regionales de protección de los derechos humanos. En tal sentido, se empieza a notar cómo algunos jueces del TEDH emplean argumentos propios de la jurisprudencia de la CIDH en sus opiniones disidentes. Es el caso de los votos de los jueces Giovanni Bonello⁷, Paulo Pinto de Albuquerque⁸, Françoise Tulkens, David Thor Björgvinsson, Danute Jočienė, Dragoljub Popović, Nebojsa Vučinić⁹, Rait Maruste¹⁰ y Loukis Loucaides¹¹.

5 J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, op. cit., p 30-31.

6 J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización», *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 2, pp. 88 y 90.

7 Este juez Maltés hizo referencia a la jurisprudencia de la CIDH en el Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH Anguelova vs. Bulgaria, 13 de junio de 2002.

8 Este juez portugués citó la jurisprudencia de la CIDH en su Voto en parte disidente y en parte concordante al fallo, STEDH Konstantin Markin vs. Rusia, de 22 de marzo de 2012.

9 La referencia de este grupo heterogéneo de jueces (Belga, Islandés, Lituana, Serbio, Montenegrino, respectivamente) se encuentra en el Voto disidente común al fallo, STEDH Palomo Sánchez y Otros vs. España, de 12 de septiembre de 2011.

10 Este juez estonio hizo referencia a la jurisprudencia de la CIDH en su Voto concurrente al fallo, STEDH Cicek vs. Turquía, de 27 de febrero de 2001.

11 Este juez chipriota citó la jurisprudencia de la CIDH en su Voto parcialmente disidente al fallo, STEDH Hasan Ilhan vs. Turquía, de 9 de noviembre de 2004. L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CÉSPEDES, *El diálogo jurídico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos*, Manual de Protección Multinivel de Derechos Humanos, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013, p. 195.

En este sentido, podemos distinguir dos tipos de diálogo. Por un lado, un diálogo sobre aspectos procesales y, por otro, un diálogo sobre aspectos de carácter sustancial¹². En concreto, se ha de hacer notar que hay un conjunto de temas que forman una parte importante del diálogo que se ha establecido entre Estrasburgo y San José; por ejemplo, la respuesta a las desapariciones forzadas y las obligaciones positivas derivadas de los compromisos convencionales. En estos dos temas, la CIDH y el TEDH han mantenido un verdadero diálogo de jueces¹³.

A pesar de las diferencias normativas existentes entre los sistemas regionales de garantía, y de las diferencias de tipo social y políticas, se observa cómo los derechos humanos avanzaron finalmente hasta otras latitudes, dado su carácter universal. Es lo que algunos autores definen como el «cosmopolitismo normativo», que se aprecia por ejemplo cuando el TEDH en los fundamentos jurídicos de sus sentencias hace alusión a los fallos de la CIDH¹⁴.

En cambio, analizando la jurisprudencia de la CIDH, detectamos que el número de referencias en sus sentencias a la jurisprudencia europea no ha disminuido. Se esperaba que una vez que la CIDH fuese madurando y afianzando su posición a través de sus pronunciamientos, utilizase un menor número de referencias de su homónimo europeo para justificar sus pronunciamientos pero esto finalmente no ha tenido lugar. Basta el ejemplo de la sentencia Atala Riff e hijas v. Chile (del 24 de febrero de 2012) o la sentencia Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (del 28 de noviembre de 2012)¹⁵ donde continúan este tipo de referencias al TEDH.

En el transcurso de este trabajo iremos detectando de forma progresiva un diálogo cada vez más compensado entre estas jurisdicciones supranacionales. No lograremos percibir un diálogo institucionalizado o formal pero sí que será cada vez más común identificar pronunciamientos jurisprudenciales de magistrados de la CIDH y del TEDH basándose o citando a sentencias del otro tribunal supranacional. Será esta vía de diálogo la que nos permita encontrar la forma efectiva de garantizar el Derecho a la Vida Familiar de los menores desplazados, asunto primordial que conforma este trabajo de investigación.

12 L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CÉSPEDES, op. cit., p. 197.

13 L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CÉSPEDES, op. cit., p. 200.

14 L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CÉSPEDES, op. cit., p. 204-205.

15 T. GROPPi, LECIS, A. M. LECIS COCCO-ORTU, «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», *Revista de Derecho Político*, nº 91, Septiembre-Diciembre, UNED, 2014, p. 192-193.

2. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS MENORES

Tras la aprobación en el año 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas establecieron una serie de normas comunes en relación a los Derechos Humanos. A partir de ese momento, muchos instrumentos internacionales de Derechos Humanos de carácter vinculante han sido aprobados por la ONU. Estos instrumentos internacionales han terminado asentando unos principios y derechos que se convierten en obligaciones jurídicas para los Estados que se vinculan a ellos en la medida en que cabe exigirles responsabilidad jurídica, a través de ciertos mecanismos legales, en caso de que vulneren los derechos humanos que los textos protegen.

Forman parte del marco internacional de Derechos humanos la DUDH y los seis tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes¹⁸; la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁹; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁰; y el tratado que despierta

16 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976 de conformidad con el artículo 27. España procedió a su ratificación por instrumento de 13 de abril de 1977.

17 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49. España procedió a su ratificación por instrumento de 13 de abril de 1977.

18 La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (CCT), fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987 de conformidad con el artículo 27. España procedió a su ratificación por instrumento de 19 de octubre de 1987.

19 La Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) fue adoptada y abierta a la firma, adhesión y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969 de conformidad con el artículo 19. España procedió a su adhesión por instrumento de 23 de abril de 1969.

20 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CETFDCM), fue adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 de conformidad con el artículo 27. España procedió a su ratificación por instrumento de 16 de diciembre de 1983.

mayor interés para el presente trabajo, que no es otro que la Convención sobre los Derechos del Niño²¹, aprobada el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Es de suma importancia entender este marco con el objetivo de promover, garantizar y proteger los derechos de la infancia, pues la totalidad de los derechos y obligaciones comprendidos en la Convención de Derechos del Niño (CDN, en adelante) forman parte de dicho marco internacional. Con el deseo de contribuir de forma efectiva a la eliminación de los abusos y la explotación de los niños y las niñas, en el año 2000, la ONU aprobaría además dos Protocolos facultativos de la Convención: el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de los niños en la pornografía. El primero establece que los 18 años serán la edad mínima exigida para el reclutamiento militar obligatorio, exigiendo a los Estados que aseguren este supuesto. El segundo protocolo denuncia con ahínco este tipo de violaciones a la vez que hace un reclamo público para concienciar a la comunidad internacional en su deber de cooperar y combatir estas prácticas deleznables.

Los protocolos facultativos siempre serán interpretados a partir del tratado original rigiéndose por los principios de no discriminación, interés superior del menor y participación infantil. Estos aportan más detalles y amplían de alguna forma las obligaciones contenidas en el tratado original. Es preciso remarcar que el carácter facultativo de estos protocolos supone que estos no vinculan de forma automática a un estado que hubiera ratificado el tratado original; por el contrario, será preciso que el estado en cuestión ratifique de forma concreta el protocolo en cuestión. Sin

21 La Convención sobre los Derechos del Niño(CDN) es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. Los 54 artículos que componen la CDN recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas. Además, la CDN es el tratado internacional más ratificado de la historia. Los 195 Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño. Se trata de un comité formado por 18 expertos en derechos de la infancia procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes. La Convención sobre los Derechos del Niño tiene tres protocolos que la complementan. El protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil, el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño:<http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>.

embargo, concretamente, en el caso de los protocolos facultativos de la CDN, existe la posibilidad de que estados que no ratificasen el tratado original, ratifiquen o se adhieran a los protocolos. Es el caso de los EE.UU, que no han ratificado la CDN y en cambio sí que han suscrito sendos protocolos facultativos.

Una vez que los gobiernos de los estados ratifiquen la CDN o sus protocolos facultativos, deben presentar informes al Comité de Derechos del Niño (en adelante, CRC²²).

Precisando en la materia objeto de este trabajo, en la CDN se reconoce el Derecho a la Vida Familiar, concretamente en su artículo 9.1, de la siguiente forma: «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».

De igual forma, la CDN dispone en su artículo 3.1 que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

En el presente epígrafe comentamos también otros dos tratados internacionales de especial repercusión respecto a su contenido en materia de derechos humanos, y referidos ahora al ámbito regional: uno suscrito en el continente americano y otro en el continente europeo. En el continente europeo contamos con la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) del 4 de noviembre de 1950. La CEDH consta de un total de 59 artículos, agrupados a su vez en tres Títulos: Derechos y Libertades, TEDH y disposiciones diversas. El catálogo de derechos que protege el CEDH resultó ser en un primer momento muy reducido. Con el tiempo, ese conjunto de derechos humanos y libertades fundamentales ha ido ampliándose de forma progresiva gracias a la aprobación de protocolos adicionales consistentes en proteger nuevos derechos y libertades fun-

22 En dichos informes, describirán la situación en la que se encuentra la infancia en su país exponiendo las medidas que han llevado a cabo para materializar esos derechos. Tras el análisis de los informes, el Comité insta a los gobiernos estatales a tomar como guía la CDN y a partir de ella, programar y aplicar las distintas políticas en pos de la mejora de los derechos humanos que velan por la protección de la infancia.

damentales. Dicho esto, es menester apuntar que lo que caracteriza en mayor medida al Convenio de Roma es su mecanismo de control. A la cabeza de este mecanismo de control se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene a cubrir una necesidad latente en el sistema europeo desde sus inicios²³.

De otro lado, es preciso hacer también referencia a la normativa comunitaria aplicable y, más concretamente, a la Directiva 2003/86 CE de 22 de Septiembre de 2003 del derecho a la reagrupación familiar. Resulta así de interés reparar en el contenido del debate que en el seno de la Unión se ha producido al respecto y considerar específicamente la evolución jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación conjunta de dicha Directiva y de la normativa dimanante de la CEDH.

Por su parte, en el continente americano hemos de contar con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) elaborada en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, conocida popularmente como el Pacto de San José y que contiene un total de 82 artículos. Con este tratado internacional, se buscaba reafirmar el propósito de consolidar en el continente americano un régimen de libertad personal y de justicia social, dentro de un entorno democrático, donde fuesen garantizados los derechos esenciales del ser humano²⁴.

2.1. *La interpretación del artículo 8 del CEDH y del artículo 11.2 y 17 de la CADH*

Concretando más en la CEDH, su artículo 8.1 contempla el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, pese a que se estipula la reserva de ciertas restricciones que se admiten en el caso de que entren en juego la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones de tipo penal, la protección de la salud o de la moral, y por último la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 8.2, como más adelante se viene a desarrollar). En este sentido, las decisiones que puedan llegar a efectuarse en relación a la familia, en materia de inmigración, deben guardar consonancia con el derecho al respeto de la vida familiar que contempla el artículo 8 del CEDH.

23 S. RIPOL CARULLA, «Reflexiones sobre el 60 aniversario de la CEDH», 2013, p. 2. Consultado el 20 de Enero de 2016 del sitio web <http://www.tiempodelosderechos.es>.

24 A. MELET PADRÓN, «La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y su influencia sobre el ordenamiento jurídico interno Venezolano», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas nº3, Universidad de Carabobo, 2007, p. 120-121.

Por su parte, la CADH prevé en su artículo 11.2 el Derecho a la Vida Familiar de la siguiente forma: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación». Además, el artículo 17 de la CADH y el artículo VI de la DADH se encargan de articular el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que ésta debe ser protegida.

La doctrina en el ámbito europeo apunta que los derechos protegidos en el artículo 8 del CEDH son derechos pertenecientes al grupo de los llamados «qualified rights» (limitados o restringidos), pues reconocen libertades específicas, si bien pueden estar limitadas por una serie de causas, como son las del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio²⁵, conforme al cual (nuevamente): «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por tanto, se pueden deducir tres condiciones para considerar justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar previsto en el artículo 8. Estas condiciones serían: que la medida sea conforme a la ley (legalidad); que persiga alguna de las causas consideradas como legítimas (legitimidad); que la medida sea «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar tales fines (necesidad). «Necesidad social imperiosa» y «proporcionalidad» de la injerencia al fin perseguido son, además, otros dos componentes que, según el TEDH, conforman la cláusula «necesaria» en una sociedad democrática.

Apreciamos, pues, cómo el artículo 8 del CEDH prevé una protección directa del respeto a la vida privada y familiar en virtud de la cual, se establece un límite a la expulsión de los extranjeros en el caso de mantener lazos familiares con el país de acogida, previsión que sin embargo no menciona de forma expresa al derecho a la reagrupación familiar. Será la jurisprudencia del TEDH, entonces, quien, fruto de su evolución jurisprudencial, perfila y da contenido a la reagrupación familiar como un concepto de derecho positivo²⁶. En el siguiente epígrafe, no obstante, podremos ahondar más en esta idea.

25 M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, «*La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España*», Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable. Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 81.

26 TEDH, 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Países Bajos*, § 887; TEDH, 1 de diciembre de

En el ámbito americano la CAIDH, además, señala que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida en familia. Un pronunciamiento que sería repetido por la CID entre otros en el Caso de la masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, 2009 de 24 de Noviembre²⁷, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estadio Plurinacional de Bolivia, 2013 de 25 de Noviembre²⁸, Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro»), 2012 de 28 de Noviembre²⁹.

2005, *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*, § 131; TEDH, 31 de julio DE 2008, *Darren Omorregie y otros /Noruega demanda nº 265/07 apartado 57*; TEDH, 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas- requête nº 50435199*.

27 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por falta de debida diligencia en la investigación, juicio y sanción de los responsables del asesinato, tortura, violación sexual, entre otros actos en perjuicio de numerosas personas habitantes del parcelamiento de Las Erres, por parte de agentes militares.

28 El caso sometido a la Corte. - El 21 de febrero de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante «la Comisión Interamericana» o «la Comisión») sometió a la jurisdicción de la Corte, en los términos de los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso Familia Pacheco Tineo respecto del Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante también «el Estado» o «Bolivia»). El caso se refiere a la alegada devolución de la familia Pacheco Tineo desde el Estado de Bolivia al Estado del Perú el 24 de febrero de 2001, como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión adoptada por las autoridades migratorias bolivianas. Los miembros de la familia Pacheco Tineo, compuesta por Rumaldo Juan Pacheco Oso, su esposa Fredesvinda Tineo Godos y los hijos de ambos Juana Guadalupe, Frida Edith y Juan Ricardo Pacheco Tineo (este último de nacionalidad chilena), habían ingresado a Bolivia el 19 de febrero de 2001. Las autoridades de migración tomaron nota de su situación irregular y dispusieron medidas con miras a su expulsión al Perú. A la vez, el señor Pacheco Oso solicitó al Estado el reconocimiento del estatuto de refugiados a favor de él y los miembros de su familia. Se alega que esta solicitud fue resuelta desfavorablemente de manera sumaria y en violación de varias garantías de debido proceso, luego de lo cual los miembros de la familia fueron expulsados al Perú.

29 El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante «la Corte Interamericana», «la Corte» o «el Tribunal») emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por

Además la CIDH precisaría que el citado artículo 11.2 de la CADH, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia, también denominada «vida familiar», forma parte de manera implícita, del derecho a la protección de la familia³⁰.

Tras las anteriores apreciaciones relativas al TEDH y al CIDH en relación al derecho a la Vida Familiar de los menores, podemos deducir entonces un concepto de Derecho de Familia en sentido abstracto, que además resulta común a ambos tribunales supranacionales. Mientras que el CEDH protege el derecho a la vida familiar en su artículo 8, la CADH utiliza dos artículos que, de forma complementaria, protegen a la familia y el derecho a la vida familiar: son los artículos 11.2 y 17; además, la CIDH reconoce que el artículo 11.2 está estrechamente relacionado con el derecho estipulado en el artículo 17³¹.

Entiende la Corte que el derecho a la protección de la familia constituye un derecho tan básico dentro de la CADH que no puede derogarse aunque las circunstancias sean extremas. El tribunal dictamina la existencia de una relación intrínseca entre la protección de la familia y los derechos de los niños y las niñas. En consecuencia, separar a estos de sus padres en ciertos momentos puede poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de esos niños, por lo que insta al Estado a garantizar su protección mediante la protección de la familia no permitiendo la injerencia ilegal o arbitraria del derecho a la vida familiar de los niños y niñas. La Corte remarca que la separación de los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la CADH. Además, este Tribunal ha señalado que «el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda

Costa Rica (en adelante el «Estado»). Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Carrín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

30 CIDH, 28 de noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros*.

31 CIDH, 28 de noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros*.

persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño³².

El TEDH apunta de igual forma que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida en familia, teniendo el artículo 8 del CEDH como objetivo no solo preservar el individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sino, además, respecto a obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar³³.

Coinciden también ambos tribunales supranacionales en que no existe un único modelo de familia. Se trata de una idea que se deduce del referido caso, Atala Riffó e hijas vs. Chile³⁴(del 24 de febrero de 2012)³⁵ y que de igual forma es percibida por el TEDH. En tal sentido, y siguiendo a Presno Linera, apuntamos como el derecho a la vida familiar ha experimentado una gran transformación en los últimos años,

32 CIDH, 25 de noviembre de 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estadio Plurinacional de Bolivia*; CIDH, 24 de noviembre de 2009, *Caso de la masacre de las dos erres vs. Guatemala*; CIDH, 24 de febrero de 2012 , *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*.

33 TEDH, 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Países Bajos*,§ 887; TEDH, 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*, § 131; TEDH, 31 de julio de 2008, *Darren Omorogie y otros /Noruega demanda nº 265/07 apartado 57*; TEDH, 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas- requête nº 50435199*.

34 Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuerto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.1 en contra de la señora Karen Atala Riffó por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

35 1.2.4. Alegado derecho a una familia «normal y tradicional» Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia «normal y tradicional», la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo «tradicional» de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común fuera del matrimonio. En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una «familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social», y no en una «familia excepcional», reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la «familia tradicional»).

desde que fuese reconocido por el CEDH, gracias en gran medida a «la interpretación «constructiva» llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo, que viene realizando una lectura conjunta del Convenio y, en particular, de los artículos 8 y 12.» Gracias a dicha interpretación, se deja a un lado el concepto tradicional de familia, para acercarse a una concepción de la familia en un sentido más moderno, algo que nos recuerda la Gran Sala del Tribunal, al expresar que esta «no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones «familiares» fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio» (asunto Elsholz c. Alemania, de 13 de julio de 2000, 43)³⁶».

3. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR/REUNIFICACIÓN FAMILIAR

En este epígrafe se procederá al análisis del derecho a la reagrupación familiar o reunificación familiar, un derecho que se presenta como desarrollo del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Tras su estudio, comentaremos algunas de las sentencias en materia de reagrupación familiar o reunificación familiar en las que se han pronunciado el TEDH y la CIDH que marcan una línea jurisprudencial de gran trascendencia. Conviene recordar, no obstante, dos aspectos antes de adentrarnos en la cuestión; por un lado, que el término reagrupación familiar es el utilizado por el Tribunal de Estrasburgo mientras que la Corte emplea la expresión reunificación, pese a que el contenido y desarrollo de este derecho es prácticamente idéntico. Es más, según las circunstancias del caso, como ya apuntábamos en el epígrafe anterior, el pronunciamiento del TEDH en relación a este derecho varía notablemente según las circunstancias del caso.

En primer lugar mencionamos el asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido (STEDH de 28 Mayo 1985). Esta sentencia constituye un referente jurisprudencial en materia de reagrupación familiar y, por extensión, del artículo 8 del CEDH. En los tres supuestos que conforman la sentencia³⁷, las demandantes pretendían que se declarara contrarias al derecho al respeto de la vida en familia

36 M. A. PRESNO LINERA, *El Derecho Europeo de Familia*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 22, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 12.

37 Los tres supuestos que conformaban la sentencia se basaban en tres residentes legales en el Reino Unido que contraen matrimonio en su país de origen y a cuyos maridos se les niega la residencia en el Reino Unido como consecuencia de la aplicación de las leyes reguladoras de la inmigración. Las recurrentes alegarían que esa negativa implicaba una injerencia ilícita por parte de las autoridades británicas en su vida familiar, al ser un impedimento para la misma.

las normas de control de inmigración llevadas a cabo por el Reino Unido, que no permitían la entrada y residencia de sus parejas para poder desarrollar una vida en familia con los otros miembros de la familia que eran residentes legales en territorio británico.

Sin embargo, el TEDH entendió que no se encontraba obligado a permitir esta reagrupación familiar por el mero hecho de que estas mujeres pretendieran que sus parejas convivieran con ellas en territorio británico. Le seguirían a esta Sentencia el caso *Gül c. Suiza* de 19 de Febrero de 1996 (TEDH 1996, 9) y el caso *Ahmut c. Francia* de 28 de Noviembre de 1996 (TEDH 1996, 64).

En el caso *Gül* se planteaba la problemática del rechazo a admitir a un niño de siete años que por diversos motivos había permanecido en Turquía, mientras que sus padres habían emigrado a Suiza. El TEDH remarcó que el señor *Gül* emigró en 1983 a Suiza por voluntad propia, y que no existían inconvenientes para que esta familia pudiera reanudar su vida familiar en Turquía; además, el hijo de siete años estaba totalmente integrado a la cultura y a las costumbres de Turquía, país donde siempre había vivido.

En el *caso Ahmut*, la problemática era muy similar, salvo que los padres de la menor marroquí de nueve años habían adquirido la nacionalidad holandesa tras su residencia legal en Países Bajos. En la misma línea que en el caso *Gül*, el TEDH entendió que no existía concurrencia del artículo 8 del CEDH, porque la menor mantenía vínculos con su país de origen y el hecho de que sus padres hubieran emigrado a los Países Bajos, había sido una decisión totalmente voluntaria.

En estas dos sentencias, el TEDH asienta la doctrina en virtud de la cual los Estados miembros tienen la facultad de negar la admisión de los miembros de la familia cuando entienden que, según las circunstancias del caso, es posible que los miembros de la familia puedan reanudar su vida familiar en su país de origen no existiendo barreras que lo impidan, siendo además decisión voluntaria de los mismos el hecho de abandonar su país de origen para establecerse en otro territorio. Comparto la opinión de Vargas Gómez-Urrutia³⁸ de criticar la postura doctrinal del TEDH, porque restringe el derecho a la reagrupación familiar y el respeto a la vida familiar, no permitiendo ejercitarse a aquellas familias que, de forma voluntaria, decidieran abandonar su país de origen en búsqueda de mejores alternativas laborales o de calidad de vida, negando el derecho a la reagrupación familiar de éstas, cuando sea posible reanudar la vida familiar en el país de origen.

38 M. A. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, op. cit., p. 44.

Ya en 2001 nos encontramos con otro caso de interés por parte del TEDH en el asunto Sen c. Países Bajos de 21 de Diciembre de 2001 (STEDH 2001, 887). En esta Sentencia los demandantes denuncian la conculcación del artículo 8.2 del CEDH ante la negativa a admitir la entrada y residencia de su hija menor de edad, residente en Turquía por parte de la legislación holandesa de extranjería. El TEDH en este asunto da un nuevo rumbo a su postura doctrinal, realizando una ponderación entre el interés general del Estado y su capacidad de controlar y restringir la entrada de extranjeros en su territorio. A esta ponderación inicial se ha de sumar el derecho a la reagrupación familiar como desarrollo del derecho al respeto de la vida familiar. En este caso en concreto, los vínculos familiares con el país de residencia eran bastante sólidos, siendo más leves los que mantenía esta familia en su país de origen, además, hay que tener presente la nacionalidad que ostentaban y la integración de la hija menor de edad con el resto de sus familiares en el país de acogida (obligación positiva). Una vez ponderados todos estos datos, se concluye que la mejor forma de poder desarrollar de forma efectiva su vida familiar, a pesar de mantener vínculos familiares en su país de origen, pasa por permitir la entrada y residencia de la hija de los Sen en los Países Bajos con sus progenitores.

Cabe comentar también la Sentencia de 1 de Diciembre de 2005 (TEDH 2005, 131), asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos. Este asunto contiene alguna complicación mayor que los asuntos anteriores, como podremos comprobar de las circunstancias del caso. La señora Tuquabo-Tekle contrae matrimonio en 1992 con el señor Tuquabo, refugiado residente en Holanda. Cuando recibe el permiso de residencia en Holanda, se traslada a dicho territorio con su hijo mayor. De ese matrimonio nacen dos hijos que obtienen la nacionalidad holandesa. No obstante, la requirente, había dejado dos hijos menores al cuidado de su abuela materna y un tío en Eritrea, fruto de un matrimonio anterior. En 1997 el matrimonio Tuquabo iniciaría trámites para la obtención del visado por parte de una de las hijas de la señora Tuquabo, fruto de su anterior matrimonio. Sin embargo, las autoridades holandesas negaron sistemáticamente el visado entendiendo que esta hija que había crecido en Eritrea no guardaba ningún vínculo con la nueva familia que se había creado en Holanda, y que la señora Tuquabo-Tekle no había mantenido ningún vínculo con sus familiares residentes en Eritrea, habiendo cesado de forma definitiva su vida familiar con ellos. El TEDH tendría en consideración las sentencias anteriores en esta materia, además de la edad de la menor (quince años) y sobre todo el hecho de que el tiempo transcurrido entre la entrada en territorio holandés (1993) y la fecha de tramitación del visado (1997) había sido el necesario para poder cumplir con la normativa de la legislación holandesa en materia de extranjería. Concluiría el TEDH que la negativa

de admisión de la menor en territorio holandés por parte del Estado holandés concubaba el artículo 8 del CEDH.

De igual forma, pero en el campo que separan las obligaciones negativas de las positivas derivadas de ese respeto a la vida familiar conviene comentar la sentencia de 31 de enero de 2006 asunto Rodriguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos e incluso, el asunto Darren Omoregie y otros c. Noruega del 31 de Julio de 2008. En estas sentencias el TEDH confirmaba la existencia de una violación del artículo 8 del CEDH, al no manifestarse un justo equilibrio entre los diferentes intereses que estaban en juego: el mantenimiento de la vida familiar de una madre y su hija -independientemente de la situación administrativa en la que se encontrase la madre- y, por otro lado, la prosperidad económica del país. El TEDH, examinaría el Convenio de Roma a raíz de la denegación de las autoridades holandesas, de una solicitud de residencia postulada por una persona que se encontraba en situación de irregularidad administrativa durante todo el tiempo que residió en el estado contratante. Posteriormente, esta línea jurisprudencial sería matizada con medidas antifraude con el firme propósito de evitar instaurar un precedente que generara un alcance extensivo del respeto a la vida familiar a situaciones concretas que parten de la irregularidad y que van en contra de las políticas migratorias³⁹.

Apenas un año después de emitirse la sentencia Rodrigues da Silva, el TEDH se encuentra con un asunto en el que confluirían la situación irregular de un migrante con su particular contexto familiar. En el asunto Konstantinov contra Holanda, de 26 de abril de 2007 el respeto al derecho a la Vida Familiar de los extranjeros hace posicionarse nuevamente al TEDH como ya hiciera en el asunto Rodrigues da Silva. El TEDH expondrá en esta sentencia de forma abstracta los principios aplicables que utilizan los estados para ponderar los diversos intereses que entran en juego para posteriormente aplicar estos principios al caso concreto que tenía lugar en el asunto Konstantinov. Finalmente, los miembros del TEDH emitirían de forma unánime la inexistencia de lesión del artículo 8 del CEDH.

En el asunto Núñez contra Noruega de 28 de junio de 2011 el TEDH confirma su línea jurisprudencial previa si bien se aprecian ciertos tintes de ruptura al respecto de sus anteriores pronunciamientos. La demandante de este asunto es una mujer

39 Si la creación de la vida familiar se produjo en una época en la que las personas afectadas eran conscientes del carácter irregular de su status migratorio, en tales casos, es probable que sólo en las más excepcionales circunstancias el rechazo del familiar extranjero constituya una violación del artículo 8 (...), sin tener ningún derecho a esperar que les sea concedido un permiso de residencia (Rodrigues da Silva, apartado 43).

de nacionalidad dominicana madre de dos hijas de siete y nueve años sobre la que versaba una orden de expulsión por parte de Noruega. Estas hijas nacieron y fueron criadas en el país noruego argumentando la demandante, Mirtha Ley de León Núñez, que las infracciones por ella cometidas con respecto al derecho migratorio de Noruega de las que derivaba su orden de expulsión no debían ser suficientes como para separarla de sus dos hijas menores.

La demandante había llegado al país escandinavo en el año 1996 siendo deportada dos meses después tras serle impuesta multa por un robo que cometió en una tienda. A su deportación le vino aparejada una prohibición de entrar en el país por período de dos años, si bien, haciendo caso omiso de tal prohibición, volvería a entrar cuatro meses después a Noruega con un pasaporte de identidad falsa. Obtendría su permiso de residencia tras casarse con un nacional noruego disfrutando de nuevos derechos fruto de su falsa identidad. Posteriormente se separaría de su marido y mantendría una nueva relación sentimental con el que sería el padre de sus dos hijas, de nacionalidad dominicana como ella. Un tiempo después rompe su relación sentimental con el padre de las niñas, quedándose ella con la custodia de ambas. Consecuencia de su identidad falsa, será detenida por la policía noruega, procediendo el Departamento de Inmigración a emitir una orden de expulsión de Noruega tras retirarle todos los permisos migratorios de los que disfrutaba. Tal orden de expulsión llevaba aparejada la sanción administrativa de tener prohibida la entrada en Noruega durante dos años. La demandante recurrió esta decisión hasta el Tribunal Supremo quien ratificaría la orden de expulsión. La custodia de las dos menores pasaría a su padre ante la probable expulsión de la madre y consecuente prohibición de entrada al territorio noruego por espacio de dos años.

Si bien en un primer momento, la Corte de Estrasburgo confirma el principio de proporcionalidad de la medida de expulsión, a la vista de las infracciones del derecho migratorio noruego cometidas por las demandantes, su pronunciamiento no acabaría en este punto. A raíz de los tests de integración en el estado de origen -el test de la responsabilidad individual y el criterio del interés superior del menor- el TEDH plantea una conclusión inesperada entendiendo que se está conculcando el artículo 8 del CEDH con la decisión de expulsión emitida y ratificada por las autoridades y tribunales noruegos. La corte entiende que son más sólidos los vínculos que mantiene con su país de origen que los que le unen a Noruega, puesto que su ingreso en el país europeo tuvo lugar a la edad de 31 años. Por otro lado, el TEDH valora de forma crítica la demora en la que incurren las autoridades noruegas desde que le revocan el permiso de trabajo y residencia hasta que emiten su orden de expulsión. En este sentido, el TEDH entiende que tal lentitud de actuación difiere en gran medida

del interés de eficiencia y control migratorio por el que se constituyen las medidas administrativas que conllevan la expulsión de un extranjero en situación irregular. Por último, en lo referente al interés superior de las menores, se tiene en consideración que ambas hijas nacieron y fueron criadas por la demandante, manteniendo que ésta es muy importante en la vida de sus hijas por lo que el hecho de tener que salir del país y prohibida su entrada durante un período de dos años, supondría un menoscabo y un sufrimiento de gran consideración para las menores, aunque se atribuya su custodia y cuidados a su progenitor. Entiende la Corte que un plazo de dos años es demasiado para que las niñas estén alejadas de su madre, apoyándose además de forma totalmente nueva en el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, por cuanto estima que el interés superior de las menores es una cuestión de enorme peso a la hora de tomar una decisión por parte de una autoridad pública. Se desprenden, en definitiva, de esta sentencia dos posturas casi contradictorias sostenidas por el propio TEDH. Supone esta sentencia, entonces, un hito cuando el propio tribunal expone que no se ha otorgado el peso suficiente al interés primordial de estas menores a tenor de los postulados del artículo 8 del CEDH.

Los propios magistrados Mijović y De Gaetano emitirían una opinión conjunta de carácter disidente, remarcando la importancia de respetar de forma efectiva el control migratorio conforme a un legítimo interés de carácter público⁴⁰. Este voto disidente nos hace plantearnos dónde se encuentra el equilibrio entre la protección de los derechos humanos, por una parte, y, por otra, el deber de respeto al margen de apreciación con el que cuentan los estados en cuestiones migratorias que, además, están aparejadas a un contexto familiar. El TEDH en esta sentencia adolece de cierta actitud temeraria al entrar al fondo de un problema complejo del que desprende un pronunciamiento que carece de claridad y orden, predominando en última instancia la salvaguarda del Derecho a la Vida Familiar de las hijas de la demandante.

Por las mismas fechas que la sentencia anterior, concretamente el 14 de junio de 2011, se dicta sentencia sobre el asunto Osman v. Dinamarca en el cual, nuevamente el TEDH cae en un planteamiento que genera confusión en relación a la distinción de las obligaciones migratorias de carácter positivo de las de carácter negativo. El asunto Osman radica en la denegación por parte del gobierno de Dinamarca de una rehabilitación de permiso de residencia de una ciudadana somalí, a la que le había caducado al ausentarse del país de acogida por tiempo superior a un año. La demandante en cuestión había pasado la mayor parte de su infancia en

40 Opinión conjunta disidente emitida por los jueces Mijović y De Gaetano, apartado primero.

Dinamarca, cursando la totalidad de sus estudios en el país danés con un perfecto conocimiento del idioma del país de acogida. A la edad de 15 años por decisión de sus padres, viajó a Kenia para cuidar a su abuela, que se encontraba en un campo de refugiados en dicho país. Debe resaltarse que tal viaje fue realizado en contra de su voluntad, únicamente por decisión unilateral de sus progenitores. Con 17 años de edad solicitaría a Dinamarca el restablecimiento de su permiso de residencia con el objetivo de volver a reunirse con su familia, ya que su anterior permiso de residencia había expirado tras pasar más de un año fuera del territorio danés. Es importante señalar que en el momento en que realizó esa petición, la normativa migratoria danesa había cambiado sustancialmente por lo que para exigir solicitudes de reagrupación familiar de hijos menores, estos debían ser menores de 15 años, circunstancia que no concurría en la demandante.

Puesto que la edad que tenía la demandante en el momento de su solicitud es el punto clave por el que le fue denegada la misma, el TEDH argumentaría que, en el momento de solicitar reunirse con su familia, aún era menor, si bien alcanzó la mayoría de edad en el momento de que las autoridades danesas le denegaron de forma definitiva tal solicitud. El TEDH intenta ampliar la cobertura de protección del artículo 8 del CEDH a los hijos que fuesen mayores de edad para garantizar la sostenibilidad de la vida familiar de los denominados «adultos jóvenes» que no disfrutan de un núcleo familiar propio.

El TEDH defendería que la denegación del permiso de residencia afectaba a su vida privada y especialmente a su vida familiar. Nuevamente el Tribunal de Estrasburgo aplica los parámetros de control del artículo 8.2 haciéndolos encajar de forma perfecta. Entre otros argumentos, justifica que los lazos familiares adquiridos en Dinamarca son con diferencia, notablemente más sólidos que los que podría mantener la demandante en Kenia. Por todo ello, se concluye que existe una violación del artículo 8 del CEDH al no tenerse en cuenta de forma suficientemente garantista los intereses de la ciudadana somalí.

En el asunto Osman la protección de que hace gala el TEDH se vuelve a confirmar -incluso de forma más notoria- al ampliar la cobertura de protección a aquellas relaciones familiares que, en principio, estaban fuera de la tutela prevista por el artículo 8 del CEDH.

Por todo ello, la doctrina jurisprudencial del TEDH desde el asunto Sen se va ratificando y ampliando siendo contradictoria por referencia a los primeros pronunciamientos emitidos en la materia. Su postura vigente no es otra que la prevalencia de la concesión del Derecho a la Reagrupación Familiar.

Tras el estudio de la jurisprudencia, resulta de interés considerar la dura crítica⁴¹ a la que se le somete cuando se sostiene que el TEDH no establece criterios generales de análisis, sino que, por el contrario, actúa por impulsos. Lo que esta crítica arguye es que el Tribunal decide su fallo y posteriormente, escoge diferentes criterios que puedan apoyar su decisión, con la consiguiente inseguridad que ello conlleva. Para argumentar esta idea, se comparan dos sentencias del TEDH, concretamente, el caso Mousaquim contra Bélgica, y el caso, Boujifla contra Francia cuyos hechos son muy similares, y sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal resultaron ser muy diversos. Como colofón se expone que del análisis de las sentencias del TEDH, que adolecen de un gran subjetivismo, se extrae una “fórmula matemática” que emplea el TEDH a la hora de decidir si una expulsión de un no nacional es desproporcionada en relación a su derecho a la vida privada y familiar. Para que el TEDH considere una medida contraria al CEDH, la vida familiar en el estado de acogida menos los vínculos con el Estado de destino ha de ser mayor que la gravedad de los delitos cometidos menos el tiempo transcurrido sin delinquir.

Si bien no comparto el hecho de que el TEDH actúe por impulsos o busque fundamentos a sus decisiones a posteriori de la realización de sus fallos, es cierto que en circunstancias del caso muy similares, los fallos emitidos por el TEDH no han guardado en muchos casos una línea jurisprudencial continuada o consecuente. En palabras de Vargas Gómez-Urrutia⁴² (nuevamente), son tres los cánones de interpretación que realiza el TEDH al respecto de la reagrupación familiar de los extranjeros, al amparo del artículo 8 del CEDH. Aunque la reagrupación familiar no derive de forma directa del artículo 8 del Convenio, tampoco se trata de supuestos exclusivos en política migratoria. La protección de la familia derivada del artículo 8 del CEDH puede conllevar de forma excepcional el derecho a la reagrupación familiar tras ponderar intereses generales e intereses particulares y, por último, que debe tenerse en consideración la integración de la familia en la célula familiar constituida en el país de acogida porque forma parte del derecho a la vida privada y familiar.

En base a estas conclusiones, mi planteamiento -al menos en parte- comparte las mismas, pues entiendo que la reagrupación familiar, en los casos en que se ha solicitado, deriva siempre del artículo 8 del CEDH y la estructura familiar que se construye en el país de acogida es un referente de integración de los familiares desplazados que solicitan el derecho de reagrupación familiar, si bien, como se ha

41 D. BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, p. 141 y 142.

42 M. A. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, op. cit., p. 48.

analizado en los diferentes casos jurisprudenciales en el presente epígrafe, los Estados cuentan con una capacidad decisoria y de ponderación de intereses en juego, ya sean generales o particulares que deben valorar a la hora de tomar una decisión al respecto admitiendo o no la solicitud de reagrupación familiar de los desplazados en territorio comunitario. No obstante, del análisis de las últimas sentencias emitidas por la corte de Estrasburgo, se detecta una especial prevalencia por la concesión del derecho a la reagrupación familiar en detrimento de esa capacidad decisoria que asiste a los estados.

Aprovecho el final de este epígrafe para retomar la comentada Sentencia de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica, en la cual el TEDH alude a que el derecho a la reagrupación familiar no es la única solución compatible con el interés del menor. Por ejemplo, en los supuestos en los que sean los propios familiares quienes obliguen o inciten a emigrar a los miembros de la familia menores o en supuestos de menores desplazados que emigran solos buscando mejores oportunidades de vida, reunificarlos con sus familiares en el país de origen podría poner en peligro su derecho a la integridad física. Esto ocurre por ejemplo cuando las circunstancias que acontecen en sus países de origen son de una crudeza e inestabilidad manifiesta, como puede ser el caso de las dictaduras políticas, las pandemias o las persecuciones étnicas o ideológicas...

Así, el Tribunal ya no analiza la reagrupación familiar como el único medio para asegurar la vida familiar en la sociedad de acogida, sino con base al criterio de la proporcionalidad, como el medio potencialmente más adecuado para la familia en su conjunto.

Por su parte, la CIDH también hace referencia de una forma u otra en sus sentencias al derecho a la reunificación familiar, con la particularidad de que sus pronunciamientos van dirigidos a casos en los que los conflictos armados o las desapariciones forzadas de personas marcan la forma de entender y regular dicho derecho. Sirvan de ejemplo para esclarecer esta idea los siguientes pronunciamientos emitidos por el Tribunal de San José.

En el caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (del 24 de Noviembre de 2009), la Corte apunta en su párrafo 191 «que, en el contexto de un conflicto armado interno, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Dicho artículo establece que: «se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y, en particular se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas». De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja esta obligación ha sido definida en el sentido de que «las partes en conflicto deben

hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso».

En el Caso Contreras y otros vs. El Salvador (del 31 de Agosto de 2011), «el Tribunal considera que, sustraer a una menor de edad de su entorno familiar y cultural, retenerla ilegalmente, someterla a actos de violencia y violación sexual, inscribirla con otro nombre como propio, cambiar sus datos de identificación por otros falsos y criarla en un entorno diferente en lo cultural, social, religioso, lingüístico, según las circunstancias, así como en determinados casos mantenerla en la ignorancia sobre estos datos, constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal. Más aún cuando el Estado no ha adoptado con posterioridad ninguna medida dirigida a fin de reunificarla con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad».

Ya en el año 2013 la CIDH recalcaría que «la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados⁴³».

Por último, para concluir este epígrafe, apuntar la consideración emitida por la CIDH en su Opinión Consultiva OC-21/14 (del 19 de Agosto de 2014) donde coincide totalmente con la idea que sostiene el TEDH de ponderar y establecer un juicio de proporcionalidad para cada caso concreto en los supuestos de separaciones familiares originadas por expulsiones de carácter motivado debidas a la situación migratoria de uno o ambos padres: «Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter admi-

43 CIDH, 25 de noviembre de 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, § 227.

nistrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño».

4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del niño al que hacíamos referencia al comienzo del epígrafe segundo del presente trabajo constituye uno de los principios rectores sobre los que se apoyan el resto de los derechos previstos en la CDN. En palabras de Alejandro Morlachetti, la Convención no es precisa a la hora de definir este principio: «el interés superior debe siempre ser la consideración primordial para todas las acciones que afecten a los niños y niñas, sean tomadas por actores públicos como instituciones sociales, tribunales, autoridades administrativas y cuerpos legislativos o por actores privados como organizaciones sociales»⁴⁴. La propia CDN define el principio del interés superior del menor como el conjunto de medidas tomadas por las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos exigiendo acciones por parte del gobierno, de los legisladores o de los propios jueces.

Al respecto de lo anterior, Aguilar Cavallo⁴⁵ ha analizado cómo la CIDH en los últimos años ha ido tratando asuntos relacionados con los derechos de los menores utilizando la normativa aplicable de la CADH, la DADH o la propia CDN. Aprovechando su posición y el contexto en el que ha tenido que resolver ciertos asuntos, la CIDH va fijando los aspectos definidores y claves que engloban o conforman el principio del interés superior del menor. La dignidad de la persona tendría totalmente cabida en este principio, así como todos aquellos factores que rodean a los niños en general y a los menores en el asunto en concreto que se esté resolviendo, buscando siempre potenciar al máximo todos los derechos de los niños, el desarrollo de los mismos en todos los aspectos de su infancia y su adolescencia. En definitiva, este principio sienta la base a partir de la cual se generan y se hacen cumplir el resto de los derechos humanos de los niños. Constituye la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de aquellas personas que sean menores de 18 años basándose en sus circunstancias concretas, otorgándoles una protección especial en caso de que ésta resultase necesaria. CIDH y CIDH dispondrán que toda violación

44 A. MORLACHETTI, *La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de Derechos Humanos*, Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables, UNICEF, 2014, p. 28.

45 G. AGUILAR CAVALLO, «El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 1, 2008, p. 223-247.

de los derechos de los niños y las niñas tendrá en consecuencia una responsabilidad agravada sea cual sea el lugar donde esta acontezca.

En concreto, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 (del 28 de Agosto de 2002), la CIDH dejaría bien presente: «Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo⁴⁶»; y «que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal⁴⁷».

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño establece como objetivo fundamental en su Observación General el ofrecimiento de una solución de carácter duradero para los menores extranjeros no acompañados. Esta solución se inicia mediante un estudio de las diversas posibilidades de llevar a cabo la reagrupación familiar de estos menores. No obstante, el CRC manifiesta de igual forma que, teniendo en cuenta el interés superior del menor, puede llegar a dilatarse en el tiempo la separación del menor con su familia, sopesando la posible repatriación de los menores con otros intereses en juego y en consecuencia, valorando otras alternativas como pueden ser que el menor permanezca un tiempo en el país de acogida o incluso en un tercer estado.

El profesor Díez Morrás⁴⁸ critica en este sentido, por un lado, que la Observación General del CRC no conecta de forma adecuada el interés del menor con las pretensiones de aplicar una solución de carácter duradero⁴⁹. Por otro lado, Díez Morrás destaca cómo la Convención no concreta el contenido del interés superior

46 Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, X, Opinión, § 137.4.

47 Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, X Opinión, § 137.5.

48 F. J. DÍEZ MORRÁS, «Indefinición del interés superior del menor no acompañado en perjuicio de su protección», REDUR 10, diciembre, 2012, p. 99.

49 El CRC en el párrafo 79 de su Observación General establece que su objetivo es buscar una solución de carácter duradero para el menor desplazado. En base a los artículos 9 y 10 de la CDM esa solución pasa por llevar a cabo la reunificación familiar del menor desplazado; no obstante, el propio artículo 9 dispone «las autoridades competentes determinen... que tal separación es necesaria en el interés superior del niño». En este caso, en particular, si la reunificación familiar conllevara un riesgo razonable de violación de los derechos del menor, esta opción se descartaría optando por otra medida más viable que salvaguarde ese interés superior del menor.

de los menores extranjeros desplazados debido a su carácter de concepto jurídico indeterminado.

Sobre esta postura que mantiene el CRC, de carácter indeterminada, la CIDH es tajante en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia (del 25 de Noviembre de 2013) al conectar el derecho de protección de la familia con el derecho de los niños y las niñas. La Corte entendería en este caso que se había conculado el artículo 19 de la CADH al devolver a los menores con sus padres a Perú sin atender el interés superior de estos, pues de haberse puesto las diligencias adecuadas y la atención exhaustiva a las circunstancias del caso, el Estado se hubiera percatado de que esta medida no era la más adecuada para garantizar sus derechos.

Resulta de enorme interés esta Sentencia al ponerse de manifiesto nuevamente la confrontación entre el principio del interés superior del menor y la reunificación familiar o ejercicio del derecho a la vida familiar de los menores desplazados, pues según las circunstancias del caso, las realidades que generan unas u otras medidas pueden llegar a generar resultados que perjudican los derechos de estos menores.

En relación al TEDH, por otra parte, Díez Morrás⁵⁰ apunta como éste se ha erigido como pilar fundamental en la concreción del contenido y la salvaguarda del principio del interés superior del menor en sus diversos pronunciamientos jurisprudenciales⁵¹. De igual forma, Morrás criticará como los sistemas jurídicos de los estados miembros y la normativa comunitaria no han sabido concretar y salvaguardar este principio, generando en consecuencia, una cierta indefensión de los menores desplazados.

5. REFLEXIONES FINALES

Decíamos al principio de este trabajo que la mayor cantidad de sentencias formuladas por el TEDH a lo largo de sus más de cincuenta años de historia colocaba a este tribunal supranacional en una posición de «auctoritas» en un posible debate jurídico o diálogo con respecto a su homónimo, la CIDH, cuyas sentencias emitidas

50 F.J. DÍEZ MORRÁS, op. cit., p. 103.

51 TEDH, 26 de junio y 26 de octubre de 1996, *Nsona c. Holanda*; TEDH, 9 de junio de 1998, *Bronda c. Italia*; TEDH, 16 de noviembre de 1999, *E. P. c. Italia*; TEDH, 18 de junio de 2002, *Samy c. Holanda*; TEDH, 7 de octubre de 1998, *D. c. Reino Unido y BB. c. Francia*; TEDH, 19 de septiembre de 2000, *Benjamin Gnahiré c. Francia*; TEDH, septiembre de 2001, *Boultif c. Suiza*; TEDH, 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Holanda*; TEDH, 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle and others c. Holanda*; TEDH, 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*; TEDH, 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*; TEDH, 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

son notablemente inferiores en número en sus 35 años de existencia. Concretamente, en el derecho objeto de estudio hemos de reconocer que el TEDH ha tenido un papel muy importante a la hora de configurar el Derecho a la Vida Familiar de los menores desplazados intentando perfilar en los sistemas constitucionales de los estados europeos esa idea y trasladarla de forma clara y concisa. No obstante, como se comentaba anteriormente, en materia de menores desplazados el concepto de interés superior del menor aún es indeterminado y debe concretarse mucho más. Se entiende así, que la CADH y la CIDH hacen referencia al CEDH y al artículo 8.1 del convenio para otorgar mayor peso y relevancia al artículo 11.2 que a su vez se complementa con el 17 de la misma convención que contempla el derecho a la protección de la familia.

Los derechos humanos de los menores, y en nuestro caso los derechos humanos de los menores desplazados, son derechos que tienen un ámbito de aplicación global, conectando tradiciones constitucionales y regulaciones diversas que, como se expone en este párrafo, están condenadas a entenderse. El TEDH y la CIDH deben en todo caso colaborar de forma conjunta en la ardua tarea de perfilar el indeterminado principio del interés superior del menor. Una actuación individual e incluso opuesta podría llegar a generar como resultado indefensión y pérdida de garantías. Esto ocurría en el caso de la señora Makeya y su hija o en el asunto de la Familia Pacheco, donde se optó por medidas opuestas que conculcaban de igual forma el interés superior de los menores, con la consiguiente violación de derechos sometidos a las arbitrarias decisiones de los tribunales estatales de los que en ese momento dependían.

La conveniente idea de un diálogo entre ambos tribunales resulta primordial en la medida que están en juego derechos humanos fundamentales y además derechos humanos de personas menores de edad, niños, niñas y adolescentes que, por otra parte, cuentan con el agravante de encontrarse desplazados en un territorio que les resulta ajeno, sumergidos en una realidad migratoria de especial crudeza. Las averiguaciones, los avances, las decisiones de un tribunal y otro deben estar en continua comunicación de forma oportuna para generar una mayor garantía. Con esto se lograría reducir los pronunciamientos erróneos por parte de los tribunales nacionales que terminan obligando a las víctimas afectadas, a denunciar su situación ante estos dos tribunales supranacionales. Se trata, en definitiva, de un diálogo que favorece la prevención y evita una posible carga de trabajo añadida a posteriori por la mala ejecución de los pronunciamientos de los tribunales nacionales. Entiendo, también, que el diálogo es indirecto porque parte de una justificación por medio de las correspondientes normas en las que cada uno de estos tribunales tienen compe-

tencia, a saber, el CEDH y la CADH. Es un diálogo, asimismo, de carácter parcial porque se busca el mínimo común denominador de estos derechos fundamentales para conforme a la CDN realizar pronunciamientos similares.

Durante el transcurso de este trabajo ha sido posible detectar como iba desapareciendo el desequilibrio latente entre el diálogo de ambos tribunales supranacionales. Si bien es cierto que en un principio la CIDH estaba en una situación inferior o con menor peso en el diálogo respecto al TEDH, tras 35 años desde su creación y a colación de su diferente estructura y funcionamiento, podemos entender que su debilidad, la asimetría de su comunicación con respecto al TEDH se viene compensando, quizás no con la rapidez y contundencia esperada, pero sí que es cierto que se atisba un camino cada vez más evidente hacia una comunicación o diálogo entre tribunales, de carácter no formal.

El TEDH ha resuelto muchísimas más sentencias y su realidad histórica es más avanzada que aquella en la que opera CIDH, consecuencia del desarrollo económico de los estados que se someten a su jurisdicción; pero esto no es impedimento para que ciertos pronunciamientos del TEDH, como hemos visto a lo largo del trabajo, se contradigan; que no se aprecie, en definitiva, una línea jurisprudencial firme. En ciertas ocasiones entendía que la mejor forma de garantizar el respeto al derecho a la vida privada y familiar pasaba por autorizar el derecho a la reagrupación familiar de los menores y su retorno al país de origen; en otros, en cambio, entendía que mantener a los menores alejados de su familia garantizaba mejor el interés superior del menor. La CIDH, por su parte, parece que en su menor tiempo de existencia ha sabido de mejor forma entender e interpretar lo postulado en la CADH y su conexión con la CDN de tal forma que su posición en el diálogo es igualmente equiparable y su peso es cuanto menos, idéntico al que puede ofrecer el TEDH en su interpretación del CEDH.

Para concluir estas reflexiones quiero hacer una mención especial a una función competencial de enorme repercusión e importancia que posee la CIDH y de la cuál carecía el TEDH hasta la aprobación el 2 de octubre de 2013 de su Protocolo nº 16. A través de este Protocolo nº 16 se permite la presentación de consultas al TEDH por parte de los altos tribunales nacionales regulando además el procedimiento que debe seguirse para que el TEDH emita un dictamen de carácter consultivo. El problema principal de este protocolo radica en que estos dictámenes consultivos no poseen carácter vinculante, así como que los jueces del TEDH que no compartan la opinión mayoritaria del tribunal pueden emitir votos particulares de carácter disidente. En consecuencia, los Estados parte podrán en cierto modo acogerse a interpretaciones minoritarias del CEDH, generando discrepancias en la protección efectiva de los

DDHH entre los diferentes tribunales de carácter interno y los Estados que forman parte del Protocolo.

La CIDH, en cambio, no tiene ninguna limitación al respecto de su función consultiva, la cual tiene una gran importancia y una valoración muy positiva por parte de los estados miembros en base a la conformidad de sus legislaciones internas con la CIDH. También puede apreciarse esa trascendencia de la función consultiva en relación a consultas que se le han propuesto al respecto de interpretar normas internacionales en materia de derechos humanos. Más de 20 opiniones consultivas ha emitido la CIDH por lo que se concluye que cuenta con una competencia eminentemente jurídica con una sólida base normativa.

Esta función consultiva ofrece un servicio por parte de la CIDH a todos los miembros integrantes del sistema interamericano favoreciendo que estos cumplan con las normativas internacionales que han ratificado y pronuncien sus resoluciones en consonancia con éstas. Todos los estados miembros de la OEA, independientemente de que ratificaran o no la CADH, pueden solicitar a la CIDH una opinión consultiva gracias al artículo 64.1 de la CADH y las materias que pueden ser objeto de consulta son las que versen sobre la interpretación de la CADH u otros tratados que se encarguen de regular la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

Estamos ante una función que sí desarrolla con acierto y gran valor jurídico la CIDH y que, en cambio, el TEDH no puede realizar con igual eficacia tras los cambios adoptados en su evolución histórica. En consecuencia, el peso en el diálogo judicial de la CIDH en este asunto en concreto se compensa y la asimetría que adolecía la Corte en décadas pasadas desaparece.

Para apoyar esta idea es fundamental sacar a colación la Opinión Consultiva «derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional Opinión Consultiva OC 21/14. Corte Interamericana de Derechos Humanos». Esta opinión, enormemente reciente (y que ya hemos comentado en el epígrafe tercero), con total certeza marcará en América un antes y un después en materia de los derechos y garantías de los niños y las niñas en relación a la migración, dados todos los asuntos que contempla, por la cantidad de Estados miembros de relevancia constitucional que forman parte de la consulta y por la precisión y agudeza con la que la CIDH, en mi opinión, interpreta las diferentes consultas y se pronuncia conforme a su interpretación de la CADH. Una comunicación obligatoria e indirecta mantenida regularmente entre ambos tribunales permitiría al Tribunal de Estrasburgo beneficiarse de esa labor consultiva que posee la CIDH, para así, adoptar conforme a la CDN y a su principio estructural, a saber el principio

del interés superior del menor, las medidas que en cada caso, salvaguardaran de mejor forma el derecho a la vida familiar de los menores desplazados, que se encuentran inmersos en un contexto migratorio.

Resumen

El presente trabajo remarca a través de determinadas vías de diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la mejor forma de salvaguardar la efectiva garantía del Derecho a la Vida Familiar de los menores. Por un lado se postula el derecho a la reagrupación familiar como la estrategia más adecuada para desarrollar el derecho a la vida familiar de estos menores, mientras que por otro lado, el principio del interés superior del menor (principio estructural en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989) será el elemento común definidor que sirva a ambos tribunales supranacionales para solventar y tutelar los derechos de estos menores.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, diálogo judicial, menores desplazados, vida familiar, interés superior del menor, reagrupación familiar, reunificación familiar.

Abstract

This paper argues that the best way to guarantee the children's rights to enjoy their family is the dialogue between the ECHR and ICHR. The essay defends that the right to family reunification is the best way to assure the children's right to have a family. Besides that, the best protection of children (structural principle of the Children Convention of 1989) is the common element that helps both Courts to protect the children's rights.

Keywords: European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, judicial dialogue, displaced children, family life, best interests of the child, family reunification.

Recibido: 19 de julio de 2016

Aceptado: 8 de octubre de 2016



Legislación



CRÓNICA DE LEGISLACIÓN EUROPEA

M.^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. Los partidos políticos.
2. El lenguaje de género en la Unión Europea. Decisión (PESC) 2016/1182, del Consejo de 18 de julio de 2016 relativa al estatuto del personal de estudios de seguridad de la Unión Europea.
3. Otras normas de interés.

1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Decisión (UE Euratom) 2016/1432, del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 19 de agosto de 2016, por la que se nombra al director de la Autoridad para los partidos europeos y las fundaciones políticas europeas.

Después de la apertura del plazo correspondiente, y elaborada la lista de candidaturas presentada ante un Comité de selección, compuesto por los secretarios generales del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, se nombra el Director de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas por un mandato de 5 años, que abarca desde el 1 de septiembre de 2016 a 31 de agosto de 2021.

El mandato no es renovable, y esta idea de no permitir la renovación del cargo tiene que ver con la necesidad de transparencia que preside estos órganos, y la prevención de que la permanencia en el tiempo, no vaya en detrimento de la objetividad necesaria para el desempeño de su función.

La resolución lleva un anexo que consiste en el formulario de una declaración jurada por parte de la persona propuesta, de aceptar el cargo con total independencia respecto de cualquier institución o gobierno así como de oficinas, órganos, oficinas o agencias. Igualmente debe abstenerse de toda acción incompatible con la naturaleza de sus fines.

Se trata de una figura jurídica que es creada por el Reglamento 1141/2014, del Parlamento y del Consejo, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, para facilitar los controles de financiación de estos partidos, e impedir el tráfico de influencias. No hay una idea clara sobre en qué debe consistir su función y cómo sería la manera de ejercerla, pero su creación da cuenta

de cómo los instrumentos democráticos de participación en la política, deben tener una vigilancia interna para impedir la corrupción.

En este sentido, ha de destacarse que nuestra legislación estatal, en su día modificó en un sentido similar la regulación de los partidos políticos en el tema de la financiación, e introdujo una figura parecida. El legislador español, a la vista de la situación creada por la corrupción en algunas formaciones políticas, sobre todo en el partido político del gobierno, consideró que la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, había resultado insuficiente para afrontar la situación de corrupción en la que algunos de los partidos habían incurrido.

De ahí la necesidad de llevar a cabo una reforma, que ha tenido lugar en la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. El Preámbulo de la ley, justifica esta nueva normativa por la necesidad de transparencia y control en la actividad de los partidos políticos en los momentos actuales. En la ley se modifican las condiciones para llevar a cabo donaciones por parte de los particulares a los partidos, y se prevén controles más exhaustivos por parte del Tribunal de Cuentas, así como una mayor claridad en la administración interna. Se crea la figura del responsable de la gestión económico-financiera del partido, que deberá ser designado «entre personas con acreditados conocimientos o experiencia profesional en el ámbito económico, y en las que concurre la condición de honorabilidad». Exigencia que no concurre según la ley en los condenados por sentencia firme, por la comisión de una serie de delitos que se enumeran en ella, por los que estén incursos en un proceso penal, o inhabilitados por procedimientos concursales.

La reforma establece además un procedimiento sancionatorio por el que establecen cuantiosas multas en los casos de detectarse irregularidad en la contabilidad de los partidos políticos.

2. EL LENGUAJE DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA. DECISIÓN (PESC) 2016/1182, DEL CONSEJO DE 18 DE JULIO DE 2016 RELATIVA AL ESTATUTO DEL PERSONAL DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA

Este Estatuto viene a sustituir al de 2001, con una modificación de 2005, y se justifica por la necesidad de adaptarse a la evolución que ha seguido el mismo, así como a la del marco regulador en el que se desenvuelve.

Su ámbito de aplicación lo conforman el conjunto de personas que contratadas por el organismo, ya sea de manera permanente o eventual.

Es importante analizar lo establecido en el art. 1.4 donde se establece que «toda referencia contenida en el presente Estatuto a personas del sexo masculino, se entenderá hecha igualmente a personas del sexo femenino, y a la inversa, salvo que se indique expresamente lo contrario». Esta norma no es nueva en algunos textos legales, y conviene analizarla desde el punto de vista de la transversalidad de género, para intentar indagar en la posibilidad de que constituya un avance o un retroceso, en la consideración de un lenguaje igualitario. Posiblemente si la redacción se hubiera hecho en el sentido contrario, sería posible pensar en un avance, es decir, que la norma hubiera regulado la posibilidad de que las referencias al lenguaje se hubieran hecho en femenino, y se hubieran extendido al personal masculino, pero el hecho de que el masculino comprenda al género femenino no es nuevo, es la regla general que se ha venido entendiendo desde una concepción patriarcal del lenguaje, y es justamente lo que debe eliminarse para llegar a un lenguaje igualitario que tenga en cuenta la necesidad de extender el lenguaje a las mujeres, para que puedan ser nombradas y ser sujetos de derechos en igualdad con los hombres. Más bien lo que pretende esta medida es ser políticamente correctos en la determinación de la igualdad de género, sin parecer androcéntricos, pero bien mirado este intento de avance constituye un importante retroceso, en cuanto que considera solución lo que no es más que una perpetuación del sistema lingüístico desigualitario.

En este sentido es importante también poner de relieve el estado de la cuestión de nuestro ordenamiento jurídico estatal, en relación con el lenguaje de género en el derecho.

2.1. *Ordenamiento europeo*

Sobre la exigencia de legislar bien en general, se ha pronunciado con mucha frecuencia la Unión Europea. La calidad del producto legislativo, desde una técnica legislativa adecuada, ha sido una preocupación tanto del Parlamento de Europa como de la Comisión y del Consejo. El Libro Blanco sobre la gobernanza europea que la Comisión presenta en julio de 2001, incide en la buena legislación como condición ética de buen gobierno. También el Consejo de la Unión Europea aprueba en 2003 un proyecto de acuerdo interinstitucional sobre la forma de legislar mejor, no solamente las instituciones específicamente europeas, sino también ayudando a los Estados a crear homogeneidad y uniformidad en los procesos legislativos. Y por lo que se refiere específicamente al lenguaje de género, la Recomendación n.º 90 (4) del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1990, para la eliminación del sexismoen

el lenguaje, ha contribuido a la elaboración de una normativa en nuestro ordenamiento jurídico estatal y autonómico, de adecuación a esa exigencia europea. También la doctrina se ha pronunciado sobre esta necesidad. (F. Balaguer Callejón, «La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea», en Revista de Derecho Constitucional Europeo. n. 1. Instituto Andaluz de la Administración Pública. Sevilla. 2004. Pg. 310)). Para el autor, es el momento de articular un lenguaje adecuado de género de modo que «En la Unión Europea la promoción de la igualdad de género en el lenguaje debe pasar también al primer plano de la construcción constitucional y jurídica de la Unión. Como en otros tantos aspectos, la Unión podrá servir de modelo para sistemas jurídicos menos evolucionados ayudando así a su progreso constitucional».

2.2. *Ordenamiento estatal*

Igualmente en el Estado Español, se ha intentado regular el uso de una técnica legislativa de calidad. En tal sentido, hay que decir sin embargo, que no ha habido un particular esfuerzo en legislar más allá de unas normas con algunas directrices concretas, emanadas del poder ejecutivo, a través de la potestad reglamentaria de la Administración.

Las normas a que hacemos referencia se limitan al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, que ha sustituido a la Resolución, de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno. Esta Resolución publicada en el BOE de 29 de julio de 2005, contiene un Anexo en el que se publica el Acuerdo por el que se aprueban las directrices de técnica normativa. Sustituye como se ha dicho, al Acuerdo de 18 de octubre de 1991, que se limitaba a los Anteproyectos de ley, y ahora se extiende a los de los decretos leyes y decretos legislativos, si bien por analogía estas disposiciones normativas venían haciendo uso del Acuerdo. En lo que ahora interesa, el Acuerdo de 2005 contiene unas directrices en el punto IV que se refieren específicamente a los criterios lingüísticos generales. Se exige: lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible.

También en el ordenamiento estatal español, el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca del lenguaje de género en dos importantes ocasiones. La primera fue con motivo del Dictamen emitido en el año 2004, ante la petición del Gobierno de España, acerca de la posibilidad de una reforma constitucional. Se pedía al Consejo el pronunciamiento en torno a cuatro bloques fundamentales, autonomías, sucesión a la Corona, contenido europeo y reforma electoral. El Consejo en ese momento se pronunció sobre el lenguaje de género, con un razonamiento similar al que ahora analizamos, es decir, la utilización del masculino genérico, haciendo la salvedad de que se comprendía también

a las mujeres. No parece que tuviera éxito esta consideración del Consejo de Estado de nuestro país, en la medida en que él propio órgano no lo ha seguido.

Dos años más tarde, con ocasión del Dictamen 803/2006, sobre el Anteproyecto de la Ley para Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de junio de 2006, e informando sobre las medidas positivas de la igualdad de género, dirá que «Un ejemplo de estas medidas positivas luce en la propia ley que, desde el mismo título, se aparta del uso generalizado y gramaticalmente correcto del masculino plural inclusivo, para designar ambos性 e incluso antepone el femenino al masculino «ciudadanas y ciudadanos», «empleadas y empleados». La ley Orgánica que finalmente se aprobó, LO 3/2007, de 22 de marzo, contiene diversos preceptos sobre la necesidad de utilizar un adecuado lenguaje de género.

De este modo, la ley regula de manera imperativa, y para todo el ordenamiento jurídico del Estado, la exigencia del lenguaje de género. A partir del art. 14. Pf. 11) de la ley puede decirse que toda norma que no contenga la exigencia del lenguaje de género de manera correcta, adolece de una defectuosa técnica legislativa. La ley, consciente de esta realidad, pretende introducir el lenguaje de género, fundamentalmente en la Administración Pública y en los medios de comunicación. Y regula con un carácter bastante general la recomendación de que no se haga un uso sexista del lenguaje. Con esta regulación, la ley se enfrenta a sectores amplios de la sociedad que considera correcto el uso del masculino genérico para designar tanto a las mujeres como a los hombres. En esta norma es donde se establecen los criterios generales de actuación de los poderes públicos, está el de «la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas».

En el art. 37 cuando se habla de la Corporación de RTVE en el ejercicio de su función de servicio público, se dice que perseguirá los siguientes objetivos: b) utilizar el lenguaje en forma no sexista. El art. 38 al regular las funciones de la agencia EFE dice que velará por el respeto del principio de igualdad entre mujeres y hombres «y, en especial, por la utilización no sexista del lenguaje», y perseguirá en su actuación los siguientes objetivos: b) utilizar el lenguaje en forma no sexista. Aún así, la propia ley incluye en algunos preceptos, en contradicciones respecto del lenguaje de género, como en el art. 45 de la ley, donde se habla de «trabajadores», en el pf. 1 y en el pf. 4 «trabajadores y trabajadoras».

La exigencia de una evaluación del impacto de género en las leyes proporciona una cobertura teórica suficiente para cumplimentar el lenguaje de género. Sin embargo, es difícil con esa sola exigencia la solución a la técnica legislativa que exigiría la utilizaron del lenguaje de género en las leyes, habida cuenta la parquedad con que se ha regulado la evaluación del impacto de género. Hubiera sido deseable que el concepto de impacto

de género se hubiera desarrollado más en las normas que lo regulan. Esta previsión de desarrollo se encuentra en el art. 18 que establece la necesidad de determinar reglamentariamente los términos de elaboración de un informe periódico del impacto de género. Como desarrollo reglamentario de la ley, el RD 1729/2007, de 21 de diciembre, ordena la elaboración del Informe periódico, relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Es una regulación muy sucinta, que se limita en sus seis artículos, a establecer el procedimiento por el que la Secretaría de Igualdad elevará al Consejo de Ministros este informe, la recepción de información de los diferentes departamentos ministeriales y su remisión a la Secretaría General de Políticas de Igualdad, y finalmente, su periodicidad bianual. No se determina nada acerca de los contenidos de un informe de evaluación del impacto de género, ni se establecen criterios para la aplicación de un lenguaje adecuado de género, considerando por consiguiente que el lenguaje de género, no formaría parte del contenido de la transversalidad en materia de igualdad. Tampoco en lo que respecta a la técnica legislativa, se contienen criterios acerca del lenguaje de género.

2.3. Ordenamientos autonómicos

La exigencia de una normativa que regule la calidad técnica de las normas plantea a su vez problemas complejos, ahora ya desde las exigencias competenciales de un Estado compuesto. La posibilidad de regulación estatal de unas bases mínimas, a las que deban ajustarse los Parlamentos autonómicos, no está exenta de algunas dificultades técnicas. El uso reciente por parte del Estado del art. 149.1.1 para regular algunas materias competencialmente atribuidas a las CC.AA. como la asistencia social, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por alguna Comunidad Autónoma. La colisión competencial entre el Estado y las CC.AA. en orden a la técnica legislativa puede obstaculizar una ley estatal.

En cualquier caso, bien regulando el Estado las bases de una técnica legislativa para la elaboración de las normas, o mediante una ley de aplicación exclusivamente estatal, las consecuencias no serían demasiado distintas, por el más que probable efecto mimético que se viene mostrando en la regulación de materias similares. En la legislación acerca de la paridad de género, la iniciativa de algunas CC.AA. fue muy pronto asumida por las demás Comunidades y por el propio Estado. Por ello, la cuestión competencial no debe plantearse como un obstáculo determinante de la legislación sobre la calidad técnica de las leyes.

También sería deseable que por parte de los organismos que tratan la calidad técnica de las leyes, muy destacadamente los Gabinetes Jurídicos, Cuerpos Letrados y Consejos Consultivos, se tuviera en cuenta la necesidad de adecuar el lenguaje al género.

De todos los ordenamientos autonómicos, es en el de Andalucía donde ha adquirido un mayor desarrollo hasta ahora, el lenguaje jurídico de género. Se inicia con la aprobación de la Orden de 24 de noviembre de 1992, conjunta de la Consejería de Gobernación y la Consejería de Asuntos Sociales, sobre la eliminación del lenguaje sexista en los textos y documentos administrativos, (BOJA n. 126 de 5 de diciembre de 1992), que exige que en los textos y disposiciones administrativas no se contenga discriminación alguna por motivo de sexo. A tal fin se crea una Comisión paritaria entre la Consejería de Gobernación y el Instituto Andaluz de la Mujer, al objeto de progresar en el análisis del lenguaje no sexista. Después se produce una Instrucción de 16 de marzo de 2005 de la Comisión General de Viceconsejeros, para evitar el uso sexista del lenguaje en todas las disposiciones de carácter general de la Junta de Andalucía, que establece tres reglas esenciales para homologar los textos legales: la regla de inversión, consistente en sustituir la palabra dudosa por la correspondiente de género opuesto, de tal modo que si la frase resulta así inadecuada, debe cambiarse la palabra. La regla de evitación del masculino genérico, mediante la utilización de términos genéricos, perífrasis, infinitivos, pronombres neutros, metonimias, aposiciones y construcciones gramaticales que faciliten la neutralidad de género. Y la regla específica de la Administración, que exige la citación del género en el cargo que en ese momento desempeñe la persona. Recomienda la evitación de barras y arrobas, y en la medida de lo posible la duplicación terminológica. Esta última medida responde además a las exigencias del art. 139 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban las medidas fiscales y administrativas, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este precepto exige que «todos los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno deberán tener en cuenta de forma efectiva el objetivo de igualdad por razón del género». En desarrollo de este precepto, el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, regula el informe de evaluación del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, y establece el procedimiento y los criterios para llevar a efecto esa evaluación. En 2007, se produjo una reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, (Resolución de 22 de noviembre de 2007, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se da publicidad a la Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía. BOJA n. 11 de diciembre de 2007).

Esta reforma se efectúa conforme a unos criterios aprobados por el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía 7-05/AEA-000112, de 16 de noviembre de 2005, (BOPA n. 337, de 12 de diciembre), y cuyas recomendaciones son: la limitación de los

desdoblados, y en el caso de usarse se utilizará primero el masculino, y el plural en masculino genérico, la perifrasis, los genéricos, la metonimia, los pronombres sin marca de género, la omisión del sujeto, y algunos otros recursos, nunca la arroba cibernetica ni las barras, salvo, estas últimas, en uso de formularios. El resultado de la utilización de estos criterios no ha sido demasiado satisfactorio desde el punto de vista técnico, pero supone una decisión política muy importante para avanzar en el lenguaje de género.

Se dice que el destinatario de las normas jurídicas es el «ciudadano». Por ello el lenguaje ha de ser accesible al ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla. Se debe evitar el uso de extranjerismos, las construcciones lingüísticas inusuales, los epítetos, las perifrasis, las oraciones pasivas, o la pobreza de las expresiones. Y sobre todo, debe adecuarse la norma jurídica a las normas lingüísticas generales de la Real Academia Española, de manera que la redacción de los textos seguirá sus normas ortográficas y gramaticales, y su Diccionario. Las dudas que se presenten se solventarán de acuerdo con el Diccionario Panhispánico de dudas. La Subsecretaría de la Presidencia, en colaboración con la Real Academia Española, elaborará unas instrucciones complementarias de tipo práctico que ayuden a aplicar los criterios lingüísticos generales en disposiciones y normas oficiales. Dichas instrucciones formarán parte integrante de estas directrices.

El Consejo Consultivo de Andalucía sigue con carácter general, un adecuado lenguaje de género, en todas las disposiciones que le son sometidas a Dictamen. Y de forma especial, insistió el Consejo con ocasión del Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. En el punto primero del dictamen se contiene una Observación general que es la contestación a otra en la que la Ponencia advertía que por falta de tiempo no había podido procederse a la corrección del lenguaje en términos de género. El Consejo dice que «no solo comparte positivamente la intención anunciada por la Ponencia de Reforma del Estatuto de realizar una revisión del texto desde el punto de vista del uso no sexista del lenguaje, sino que considera este aspecto de gran importancia. En este sentido basta recordar la doctrina de este Consejo (por todos, dictamen 49/2006 al señalar que «la incorporación de la mujer a la sociedad como sujeto de derechos civiles y políticos, exige la reconsideración del Derecho en términos de igualdad. Uno de los elementos más importantes para conseguir esa igualdad, lo constituye la posibilidad de que las mujeres sean nombradas por el Derecho en su propia identidad de género, y por la extensión del genérico masculino. El lenguaje puede constituir en sí mismo un factor de discriminación por razón del género, si no se denomina por igual a las mujeres y a los hombres, y en ese sentido, el Derecho en su contenido de justicia material exige también la utilización de términos que abarquen por igual a ambos géneros»).

2.4. *Organismos internacionales no gubernamentales*

Finalmente, en cuanto a la necesidad de un adecuado lenguaje de género, se han pronunciado algunos organismos internacionales. Este desarrollo ha sido muy desigual en los diferentes ordenamientos. Algunas instituciones han optado ya por un lenguaje de género. La Organización Mundial de la Salud, en su grupo intergubernamental, encargado de examinar los métodos de trabajo del consejo ejecutivo, aconseja la utilización del lenguaje neutral en su reglamento de régimen interior. La conferencia de la FAO aprobó en Resolución 7/99, la utilización del lenguaje neutral en sus textos. La UNESCO, la UIT y otros tantos organismos internacionales han hecho lo propio.

3. OTRAS NORMAS DE INTERÉS

Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos o acusados en los procesos penales, y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento y el Consejo establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita, financiada por los estados miembros, a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. Y ahora esta Directiva, de 2016, lo que pretende es establecer las normas mínimas comunes a los estados, sobre ese derecho de asistencia jurídica gratuita con la adopción de las medidas pertinentes para su ejercicio. Con ello además se avanza en otro de los fines de la UE, que es el de ir progresivamente unificando los ordenamientos jurídicos estatales en materia procesal.

El art. 1 define el objeto de esta Directiva como el establecimiento de unas normas mínimas comunes sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para personas sospechosas en proceso penal y personas objeto de un procedimiento de orden europea de detención, así como la necesidad de compensar las Directivas 2013/48/UE y (UE) 2016/800, que se consideran de contenido mínimo, y que por tanto no serán limitadas en los derechos por ella regulados.

El ámbito de aplicación se delimita en el art. 2 que considera de aplicación esta Directiva a los presos que deban ser asistidos de letrado conforme al derecho nacional o de la Unión, actos de investigación, pruebas, entre las que estarían las ruedas de reconocimiento, careos, o reconstrucciones de hechos. Igualmente a las personas que acudan a prestar declaración y con motivo de ello se vean incursas en una acusación.

En cuanto al orden jurisdiccional concernido, lo será solo en el penal, es decir con imputación de delito o de falta.

En la medida en que la asistencia es gratuita, se recomienda a los estados la evaluación de los medios económicos del inculpado, como criterio delimitador del derecho, así como la garantía del derecho sin demora injustificada, y en todo caso, el procedimiento escrito como medio de notificación en caso de denegación.

Incumbe a los estados miembros el control de una asistencia jurídica de calidad, la adopción de medidas para la correcta financiación el servicio, la formación adecuada al personal que desempeñe esta función, así como a la sustitución del letrado en caso de causa justificada.

El derecho abarcará la posibilidad de los recursos pertinentes, en caso de sentencias desfavorables, y entado caso, aquellos ordenamientos jurídicos que desarrollen medidas más favorecedoras que esta directiva, no verán modificados sus derechos.

Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilite la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/ 2012.

En aras de favorecer la comunicación entre los diferentes estados de la Unión, se regula la posibilidad de simplificar los requisitos para la libre circulación entre los ciudadanos de estos estados.

El objeto del reglamento es el de eximir de la legalización los documentos o trámites similares entre los estados, el de simplificación de otros y establecer impresos multilingües, como ayuda de traducción en documentos públicos, como partidas de nacimiento o defunción, matrimonio o uniones de hecho, domicilio, residencia o antecedentes penales.

El ámbito de aplicación se extiende a documentos referidos al nacimiento, fe de vida, defunción, matrimonio, divorcio, separación, anulación del matrimonio, unión de hecho, cancelación de registro de unión de hecho, filiación, adopción, domicilio o residencia, nacionalidad, antecedentes penales.

A estos efectos, se definen términos como documento público, que es el dimanado de una autoridad o funcionario vinculado a los órganos jurisdiccionales de un estado miembro, incluyendo los provenientes del Ministerio Fiscal o de un secretario, oficial o agente judicial. Igualmente documentos administrativos, actas notariales, las certificaciones oficiales, o los documentos expedidos por los agentes diplomáticos o consulares.

En cuanto a la autoridad, se define como la entidad de carácter oficial que en virtud del derecho nacional pueda expedir un documento público. La legalización se considera como un trámite de autenticidad de una firma o documento que sea certificado por persona autorizada.

Para solventar el problema del idioma, el art. 6 prevé que no se exigirá traducción en los casos en que el documento público esté redactado en la lengua oficial del Estado miembro en el que se presente el documento o si dicho estado tiene varias lenguas oficiales, en la lengua oficial del lugar en el que se presente el documento. En todo caso, una traducción jurada realizada por una persona habilitadas por el derecho de un estado miembro, será aceptada todos los estados miembros.

En casos de dudas razonables sobre la autenticidad de un documento público, se comprobaran por parte del funcionario responsable con arreglo a un procedimiento establecido en el art. 14, y que consiste esencialmente en la utilización del sistema de información del mercado interior que ya fue creado en el Reglamento 1024/2012.

Resumen

Esta crónica da cuenta de las principales novedades normativas en el derecho de la Unión. Se realiza una reflexión sobre la organización interna de los partidos para evitar la corrupción, a la luz de la Decisión (UE Euratom) 2016/1432, del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 19 de agosto de 2016, por la que se nombra al director de la Autoridad para los partidos europeos y las fundaciones políticas europeas. Y, en virtud de la Decisión (PESC) 2016/1182, del Consejo de 18 de julio de 2016 relativa al Estatuto del personal de estudios de seguridad de la Unión Europea, se plantean las dificultades para introducir una reflexión de género.

Palabras clave: Partidos políticos, lenguaje jurídico, igualdad de género.

Abstract

This chronicle takes account of the main legislative novelties of the European Union. It takes account to the Decision (EU, Euratom) 2016/1432 of the European Parliament, the Council and the Commission of 19 August 2016 appointing the Director of the Authority for European political parties and European political foundations, which allows to ponder some ideas on political parties and corruption. Secondly, it goes through Decisions Council Decision (CFSP) 2016/1182 of 18 July 2016 concerning the Staff Regulations of the European Union Institute for Security Studies, adding deep thoughts on the use of language and genre.

Keywords: Political parties, language, genre.

Recibido: 22 de diciembre de 2016

Aceptado: 26 de diciembre 2016



Foro



EL REFERÉNDUM DE SECESIÓN EN EUROPA

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El referéndum de secesión en un marco constitucional flexible: Reino Unido.
3. El referéndum de secesión en constituciones rígidas: Italia, Alemania y España.
4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la agudización de la crisis territorial en Cataluña tras la STC 31/2010 se ha planteado recurrentemente en España el debate sobre la convocatoria de un referéndum en el que la ciudadanía catalana se pronuncie sobre su «futuro político»; en concreto, sobre la secesión de ese territorio. La convocatoria y celebración del referéndum ha sido presentada como la vía para resolver el conflicto político generado por el crecimiento de las aspiraciones independentistas. En este sentido, las instituciones autonómicas han impulsado diversas iniciativas a fin de celebrar ese referéndum. El problema jurídico-constitucional estriba en que el Tribunal Constitucional español ha considerado que no tiene cabida en la Constitución un referéndum para que la ciudadanía de un territorio se pronuncie sobre su secesión del Estado, aunque ha abierto la posibilidad de que a través de la reforma constitucional se incorpore cualquier contenido, sin límite material alguno; incluso el derecho a la secesión. Esta situación de conflicto entre la reivindicación política de un referéndum de secesión y el marco jurídico-constitucional está provocando una situación de tensión que crece a medida que las instituciones autonómicas desarrollan actuaciones al margen del ordenamiento jurídico, amparándose en la legitimidad derivada del principio democrático, y las del Estado vedan cualquier cauce de diálogo político, limitándose a requerir la aplicación de la legalidad. Ello está provocando no sólo la reacción del Tribunal Constitucional sino también de los órganos jurisdiccionales ordinarios, incluidos los del orden penal.

El conflicto político-territorial que se está produciendo en España no tiene parangón en ningún otro Estado descentralizado europeo. No obstante, la cuestión de si la Constitución permite la convocatoria de un referéndum para la secesión de alguna de sus partes se ha planteado en diversos países. En estas páginas, pretendemos trasladar la respuesta dada a esta cuestión en otros Estados europeos. Por supuesto en Reino Unido, donde, como es sabido, se celebró en 2014 un referéndum sobre la secesión de Escocia, pero también en Italia o en Alemania donde los respectivos Tribunales Constitucionales han rechazado la posibilidad de ese referéndum de secesión. De esta forma, se configuran tres posiciones distintas a la hora de abordar la cuestión que nos ocupa. En primer lugar, la del Reino Unido, caracterizada por la posibilidad de celebrar dicho referéndum en virtud de una decisión parlamentaria en el marco de una Constitución flexible. En segundo lugar, la de Italia, y más recientemente Alemania, cuyos tribunales constitucionales han establecido la imposibilidad de referéndum en cuanto vulneraría el ordenamiento constitucional. En tercer lugar, la de España, cuyo Tribunal Constitucional señala que no resulta posible un referéndum de secesión en el marco constitucional actual pero no impide que sea reconocido a través de la reforma constitucional. Exponemos los supuestos apuntados, partiendo de que en el primer caso (Reino Unido) estamos ante un marco constitucional flexible y en los restantes (Italia, Alemania, España) la Constitución es rígida¹.

2. EL REFERÉNDUM DE SECESIÓN EN UN MARCO CONSTITUCIONAL FLEXIBLE: REINO UNIDO

Como es sabido, Reino Unido carece de una Constitución escrita, en el sentido de un texto único situado en la cúspide del ordenamiento jurídico. Está, ciertamente, parcialmente escrita y compuesta por un conjunto fragmentado de convenciones y leyes cuya determinación no resulta siempre fácil. En cualquier caso, nos interesa destacar que su sistema jurídico-constitucional se caracteriza por la soberanía del Parlamento del Reino Unido. Ello le permite adoptar cualquier decisión política y,

1 Escapa a nuestro objeto el caso de Canadá donde, como es sabido, se han celebrado dos referéndum sobre la independencia de Quebec en 1980 y en 1995. La Asamblea de Quebec convocó estos referéndum ante el silencio constitucional, esto es, en cuanto la Constitución no lo impedía. En este contexto, tanto el Dictamen del Tribunal Supremo como la Ley de Claridad aprobada por el Parlamento Federal han regulado los requisitos que debe tener una convocatoria de referéndum de secesión así como las condiciones para su validez. La influencia de ambas actuaciones en el debate sobre el referéndum de secesión en todo el mundo es evidente.

en su envés, modificar las que han sido previamente adoptadas incluso cuando se les ha otorgado una naturaleza materialmente constitucional. Además, las decisiones que tienen su origen en la soberanía del Parlamento no pueden ser controladas por ningún órgano jurisdiccional; no existe un Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

Desde una perspectiva territorial, en 1998 se había producido la «Devolution» como una decisión del Parlamento de Westminster en virtud de la cual el Reino Unido devuelve algunos poderes a territorios subestatales (Escocia, Gales, Irlanda del Norte) sin que el Parlamento británico pierda la plena soberanía sobre dichas decisiones en cuanto pueden ser revertidas por una decisión posterior. En el caso de Escocia, la «Devolution» se materializa a través de la aprobación de la denominada «Scotland Act». En este marco de descentralización política, a partir de decisiones adoptadas por el Parlamento británico, el SNP (Partido Nacional Escocés), tradicionalmente independentista y claramente mayoritario en el Parlamento escocés tras las elecciones de 2011, plantea la convocatoria de un referéndum sobre la independencia respecto al Reino Unido².

La respuesta del Gobierno del Reino Unido a esa reivindicación es positiva. Se incluye en el Informe presentado ante el Parlamento por el Secretario de Estado para Escocia en 2012 con el título «Scotlands Constitutional future. A consultation or facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave UK». En él se concluye que el Gobierno británico no va a interponerse en el camino hacia el referéndum sobre la independencia pues el futuro de Escocia dentro del Reino Unido debe ser decidido por el pueblo escocés mediante votación, en un referéndum legal, equitativo y vinculante. Con estos presupuestos, el 15 de octubre de 2012, se suscribe entre ambos gobiernos el Acuerdo de Edimburgo en virtud del cual tendría lugar un referéndum legal, regulado por el Parlamento de Escocia y con una pregunta clara.

Desde un punto de vista jurídico-constitucional la decisión sobre la celebración de un referéndum de independencia no podía adoptarla el Parlamento de Escocia. Esa era la posición sostenida por el Gobierno escocés desde que empieza a reivindi-

2 La reivindicación es anterior. En concreto, desde que el SNP accedió al Gobierno en minoría tras las elecciones de 2007 había planteado la convocatoria de un referéndum en el marco del «Diálogo Nacional sobre el futuro constitucional de Escocia». Ocurre que tras obtener la mayoría absoluta en las elecciones de 2011, en un sistema electoral que no es mayoritario, se encuentra especialmente legitimado para reivindicar la convocatoria de ese referéndum de independencia incluido en su programa electoral.

car la convocatoria del referéndum; sin embargo, parecen más consistentes los argumentos en contra esgrimidos por el Gobierno británico. En el mencionado «Scotland Constitutional future» se indica que el Parlamento escocés no puede legislar en las materias reservadas al Reino Unido y la «unión entre los reinos de Escocia e Inglaterra» se menciona expresamente entre las materias excluidas de la competencia del Parlamento escocés en la «Scotland Act»³. Es evidente que la ampliación de poderes del Parlamento escocés para convocar un referéndum que pudiera tener como consecuencia la independencia afecta a la unión entre los Reinos. Este hecho no se ve alterado por el carácter consultivo de dicho referéndum pues aunque no tuviera el efecto directo de modificar unilateralmente la Unión, el propósito implícito del referéndum es impulsar el objetivo de la independencia⁴.

No obstante, como se decía antes, las instituciones británicas no van a impedir la celebración de un referéndum de secesión, amparándose en la incompetencia de las instituciones territoriales para convocarlo, sino que encauzarán su convocatoria en el marco jurídico-constitucional. Se parte del principio de soberanía parlamentaria, sobre el que se asienta, con algunas matizaciones, el sistema constitucional británico. Con ese presupuesto, el Parlamento del Reino Unido podía alterar los límites y competencias establecidas en la «Scotland Act». De hecho, esta fuente prevé la posibilidad de que se atribuya al territorio la competencia para actuar en el ámbito de materias excluidas de su competencia. Así se hizo a través de una «Order in Council» aprobada por el Gobierno británico con la autorización del Parlamento. En este sentido, no sólo podría convocarse un referéndum de independencia en Escocia por decisión del Parlamento británico, en ejercicio de su soberanía, sino que también era posible atribuir al Parlamento escocés la competencia para convocarlo en el marco jurídico de la «Scotland Act». Esta segunda opción fue la finalmente elegida en el citado Acuerdo de Edimburgo.

El procedimiento que se recoge en dicho Acuerdo consiste, por tanto, en una ampliación de las competencias del Parlamento de Escocia establecidas en la «Scotland Act» de 1998 en virtud de la cual se le atribuye la competencia para regular el referéndum⁵. La Orden de ampliación de competencias del Parlamento de Escocia

3 El modelo seguido en la *Scotland Act* es el típico de una Constitución federal: enumeración de las competencias reservadas al Parlamento central y cláusula residual a favor de los territorios, en este caso de Escocia.

4 S. SÁNCHEZ FERRO, «El referéndum de independencia escocés: ¿Evolución o Revolución?», *REDC*, 2015, 103, p. 139.

5 Se acude, en concreto, a la sección 30 de la <>*Scotland Act*> que permite aumentar los poderes del Parlamento escocés mediante una Orden que amplía el ámbito competencial y establece el

fue pactada por ambos gobiernos y aprobada por ambos parlamentos. En cualquier caso, la titularidad de la competencia continúa siendo del Parlamento del Reino Unido que, para este caso concreto, habilita al Parlamento de Escocia. Con ese sustento, el Parlamento escocés aprueba la «Scottish Independence Referendum Act 2013», en la que se procedía a la convocatoria del referéndum para el 18 de septiembre de 2014 y se establecía la pregunta, la forma de la papeleta y las disposiciones de funcionamiento y de actuación en el referéndum⁶.

En consecuencia, ante una reclamación de independencia por parte de las instituciones representativas de un territorio, democráticamente elegidas, se alcanza un acuerdo político con el Gobierno del Estado del que forma parte ese territorio para celebrar un referéndum de secesión. La articulación jurídico-constitucional no plantea problemas pues, aunque en Reino Unido no existe un derecho a la secesión formalmente reconocido, el Parlamento británico es soberano. En ejercicio de esa soberanía podía tanto convocar un referéndum de secesión como aceptar que la convocatoria se hiciera por las instituciones escocesas. Para ello ha acudido a la regulación de la «Devolution» de poderes al Parlamento escocés, la «Scotland Act» de 1998, que permite la ampliación de competencias y por esta vía se atribuye al Parlamento escocés la competencia para convocar ese referéndum a partir del acuerdo alcanzado con el Gobierno del Reino Unido. Se trata de una competencia del Reino Unido que para este supuesto concreto ha sido atribuida al Parlamento escocés por un cauce previsto en su ordenamiento constitucional.

3. EL REFERÉNDUM DE SECESIÓN EN CONSTITUCIONES RÍGIDAS: ITALIA, ALEMANIA Y ESPAÑA

Sin duda, el carácter flexible de la Constitución británica ha facilitado la articulación jurídica del conflicto político generado en Reino Unido a partir de la reivindicación de independencia por el partido mayoritario de Escocia. Más compleja es la cuestión en los Estados descentralizados con una Constitución rígida, cuya

marco normativo de la legislación que pueda aprobar el citado Parlamento.

6 Para la descripción del proceso desarrollado en Reino Unido hasta la celebración del referéndum de secesión he utilizado los excelentes y bien documentados trabajos de algunos de los autores españoles que lo han seguido de cerca. En concreto, A. LÓPEZ BASAGUREN, «Reflexiones acerca del referéndum sobre la independencia de Escocia», *Blog RCDP*, 8 de octubre de 2014; S. SÁNCHEZ FERRO, op. cit. pp. 137-152; A. LÓPEZ BASAGUREN, «Escocia: el referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la Devolution», *REDC*, 104, 2015, pp. 135-165; J. TORNOS MÁS, *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 31-95.

interpretación última corresponde a un Tribunal Constitucional, según el modelo kelseniano. De hecho, distintos tribunales constitucionales europeos se han pronunciado sobre esta cuestión, aunque el conflicto político tiene un distinto alcance; prácticamente inexistente en Italia y Alemania y muy vivo, como es sabido, en el caso de España.

Partimos, por tanto, de que los citados Estados descentralizados tienen una Constitución escrita cuya normatividad resulta garantizada por la existencia de tribunales constitucionales que sancionan su incumplimiento (garantía ordinaria) y por la previsión de un procedimiento específico de reforma, la rigidez constitucional, de forma que resiste frente a cualquier actuación posterior que no siga el procedimiento establecido en la propia Constitución (garantía extraordinaria). La aplicación combinada de ambas garantías (rigidez y justicia constitucional) asegura la supremacía normativa de la Constitución. Esa Constitución, a su vez, tiene su origen en la actuación de un poder constituyente, ilimitado y prejurídico. Una vez aprobada la Constitución todos los poderes son constituidos y, por tanto, limitados. Se ha dicho que en el Estado constitucional no hay soberano; el único soberano es la propia Constitución en cuanto establece los límites que deben ser respetados por los poderes constituidos.⁷

Resulta suficiente este acercamiento a los rasgos básicos del modelo constitucional racional-normativo para entender que en ese marco la respuesta a la pregunta sobre si es posible la convocatoria de un referéndum sobre la secesión debemos buscarla en la propia Constitución. En una Constitución flexible, sustentada en la soberanía del Parlamento, una decisión política puede convertirse con facilidad en decisión constitucional en cuanto el órgano de representación política es el soberano, y, por ello, no encuentra límites constitucionales a su actuación. Por el contrario, en el marco de una Constitución normativa, rígida y jurisdiccionalmente garantizada, la pregunta sobre la posibilidad de convocar un referéndum para la secesión de una de las partes de un Estado compuesto debe desglosarse en tres: ¿está previsto en la Constitución?; aunque no esté expresamente previsto ¿la Constitución lo permite? o, en su defecto, ¿puede reformarse la Constitución para incorporar la posibilidad de convocar un referéndum de secesión? La primera pregunta tiene una respuesta simple pues es absolutamente excepcional que una Constitución reconozca expresamente la secesión de sus territorios. Se suele mencionar el ejemplo de las dos islas

7 Cfr. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos del Estado constitucional democrático*, DePalma, Buenos Aires, 1980, pp. 49 ss. Esta idea fue desarrollada en España por I. de OTTO PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 138-139.

caribeñas Saint Pitts and Nevis que tras unirse han mantenido en su Constitución la facultad de separarse u otros supuestos también excepcionales como el de Etiopía. Más interesantes son las preguntas sobre si la Constitución lo permite, aunque no lo mencione expresamente, como ocurre en el relevante supuesto de Canadá, o si, aunque no lo permita en la actualidad, resulta posible incorporar esa previsión a través del procedimiento de reforma constitucional. Vamos a relatar cómo han respondido los tribunales constitucionales de Italia, Alemania y España a ambas cuestiones.

3.1. *Italia*

El Tribunal Constitucional italiano había reconocido en diversas sentencias el carácter «único e indivisible» de la República Italiana. No obstante, hasta la sentencia nº 118, de 29 de abril de 2015 no se había pronunciado expresamente sobre la cuestión que aquí nos interesa: la convocatoria de un referéndum sobre la secesión de una de sus regiones. El origen de la sentencia está en las «*questioni di legittimità costituzionale*» planteadas por el Presidente del Consejo de Ministros contra dos leyes de la región del Véneto: la Ley n. 15, de 19 de junio de 2014 de Referéndum consultivo sobre la autonomía del Véneto y la Ley n. 16, de 19 de junio, de convocatoria del referéndum consultivo sobre la independencia del Véneto. Nos interesa específicamente la segunda⁸.

El Tribunal Constitucional italiano se ocupa, en primer lugar, de la figura del referéndum. Nos lo presenta como un instrumento de relación entre el pueblo y las instituciones representativas a través del cual el cuerpo electoral, del Estado o de la región, es llamado a expresarse en un procedimiento determinado. Por tanto, más allá de sus efectos jurídicos inmediatos, esto es, de su naturaleza consultiva o vinculante, el referéndum popular, estatal o regional, debe desenvolverse en las formas y en los límites previstos en la Constitución o establecidos sobre la base de ésta. En consecuencia, el cuerpo electoral no puede ser convocado a expresar su posición sin seguir los procedimientos señalados en la Constitución o contradiciendo sus contenidos. El referéndum se distingue de otras formas de participación política y, por

8 El origen de esta Ley está en la Resolución n. 44 de 2012, aprobada por el Consejo Regional en la que se comprometía a su Presidente y al Presidente de la Junta Regional a comenzar conversaciones con las instituciones de la Unión Europea y de Naciones Unidas para garantizar la convocatoria de una consulta referendaria a fin de comprobar la voluntad del pueblo del Véneto en relación no sólo a la autodeterminación sino también a la declaración de independencia.

tanto, resulta lógico que se desarrolle «en la forma y con los límites» establecidos en la Constitución⁹.

A continuación, el Tribunal Constitucional se detiene en los referéndum convocados por las regiones. Son los Estatutos regionales quienes deben disciplinarlos en ejercicio de su autonomía y en armonía con los preceptos y los principios constitucionales. De esta forma, conforme a la jurisprudencia constitucional precedente, cada región puede establecer formas, modos y criterios de participación popular en los procesos de control democrático de sus propios actos; puede introducir nuevas tipologías de referéndum respecto a las previstas en la Constitución o determinar los sujetos que van a tomar parte en ellos. En consecuencia, el ordenamiento constitucional ha abierto un amplio margen para la convocatoria de referéndum por las regiones y, desde estos presupuestos, enjuicia las dos leyes del Véneto.

Ciertamente, plantea pocas dudas al Tribunal la inconstitucionalidad de la Ley de convocatoria de un referéndum consultivo sobre la independencia del Véneto. Esta ley preveía en su artículo 1 la convocatoria por el Presidente de la Junta regional de un referéndum consultivo para conocer la voluntad de los electores con la siguiente pregunta: ¿quiere que el Véneto llegue a ser una República independiente y soberana? Si o no. Para el Tribunal este referéndum consultivo previsto en el artículo 1 «no sólo se refiere a asuntos fundamentales de nivel constitucional, y como tales impeditos a los referéndum regionales según la doctrina previa del Tribunal Constitucional, sino que sugiere subversiones institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República». Además, indica que «la unidad de la República es uno de aquellos elementos tan esenciales del ordenamiento constitucional que debe quedar sustraído incluso al poder de revisión constitucional». En este sentido, «pluralismo y autonomía no permiten a las regiones cualificarse en términos de soberanía» y, por tanto, «no pueden ser invocados como justificación de las iniciativas de consulta a los votantes, aunque sea con un objeto meramente consultivo, sobre la prospectiva de la secesión a fin de instituir un nuevo sujeto soberano». Una iniciativa referendaria que contradiga la unidad de la República no puede nunca traducirse en un legítimo ejercicio del poder por parte de la región¹⁰.

9 En el marco del juicio constitucional, la región ha pretendido enmascarar la naturaleza de la consulta, calificándola como meros «sondeos formalizados», lo que es frontalmente rechazado por el Tribunal Constitucional considerando que nos encontramos ante un referéndum. Es una actitud similar a la que observaremos en el caso español.

10 La jurisprudencia de esta sentencia no ha sido considerada restrictiva en relación a la anterior por la doctrina, sino todo lo contrario. El Tribunal ha aceptado un referéndum en el que se pregunte sobre la posibilidad de «atribuir ulteriores formas y condiciones particulares de autonomía» a

Por tanto, la respuesta del Tribunal Constitucional italiano a las dos cuestiones planteadas al inicio es nítida. La Constitución italiana no permite un referéndum regional que aborde asuntos constitucionales, como es, evidentemente, la secesión de una de sus partes. Pero no sólo eso. En la interpretación del Tribunal, nunca podría incluirse en la Constitución dicha previsión pues al ser contraria al principio constitucional de unidad e indivisibilidad de la República reconocido en el artículo 5 de la Constitución resulta excluida de la reforma constitucional. En puridad, la unidad de la nación italiana no se contiene en la cláusula de eternidad prevista en la Constitución italiana, que se ciñe exclusivamente a la forma republicana de Gobierno (artículo 139). En la doctrina italiana se ha debatido sobre el alcance de esa cláusula y la posibilidad de darle un contenido material que incluya a la soberanía popular o la democracia. Sin embargo, el carácter irreformable del principio de unidad de la República ha sido establecido por el Tribunal Constitucional a partir de sentencia n. 1146 de 1988 al considerarlo uno de los elementos esenciales del ordenamiento constitucional. Estamos, por tanto, ante una cláusula de eternidad implícita.

3.2. Alemania

En el caso de Alemania el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión es reciente. La Decisión («Beschluss») de 16 de diciembre de 2016 admite el amparo o queja constitucional («Verfassungsbeschwerde») planteado por un ciudadano de Baviera contra la denegación de la solicitud de celebrar en ese «Land» un referéndum de secesión.

El Tribunal Constitucional alemán ha resuelto el asunto en sólo tres frases. En primer lugar, nos dice que la República Federal de Alemania es un Estado nacional («Nationalstaat») basado en el poder constituyente del pueblo alemán. Por ello, los «Länder» no son los señores o dueños («Herren») de la Constitución. Y, en consecuencia, no hay espacio en la Constitución para las aspiraciones secesionistas de cada uno de los «Länder». Son, por tanto, aspiraciones políticas que no pueden ser encauzadas desde una perspectiva jurídico-constitucional.

la Región en cuanto es una consulta «anterior y externa» al procedimiento previsto en el Constitución. El elemento nodal para aceptar la constitucionalidad de ese referéndum es que, más allá de su carácter abierto, se está refiriendo a la autonomía, no a la soberanía. Lo que no acepta es que se pregunte por la independencia. Cfr. F. CONTE, «I referéndum del Veneto per l'autonomia (e l'indipendenza). No c'e due senza tre. Anche se...», *Quaderni costituzionali* 3, 2015; D. TEGA, «Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?», *Le Regioni*, 5-6, 2015.

Precisamente por lo parco y asertivo del razonamiento no es fácil su interpretación más allá de constatar que según el Tribunal un referéndum de secesión viola el orden constitucional alemán.

Con la primera afirmación se nos presenta al pueblo alemán al completo, y no a cada una de sus partes, como único poder constituyente y único sujeto de la soberanía. Esto enlaza con la afirmación siguiente según la cual los «*Länder*» no son los señores de la Constitución. La expresión es típicamente alemana. Se había utilizado no sólo respecto a los «*Länder*» sino también en el ámbito de la Unión Europea para sostener que los Estados son los «señores de los Tratados». En un constitucionalismo multinivel sitúa al Estado, y su Constitución, como referencia tanto hacia arriba (Unión Europea) como hacia abajo («*Länder*»). A nuestro objeto, significa que un territorio no puede decidir sobre algo que afecta al orden constitucional pues corresponde al pueblo alemán, en quien reside la soberanía.

No obstante, las mayores dudas interpretativas derivan de la última afirmación: no hay espacio en la Constitución para las aspiraciones secesionistas a través de un referéndum. ¿No existe ese espacio en el actual marco constitucional o en ningún caso sería posible un referéndum de secesión, ni siquiera previa reforma constitucional? La reforma constitucional podría considerarse como el pronunciamiento del pueblo alemán que exige una decisión con incidencia en el orden constitucional. Sin embargo, aunque no se diga expresamente, parece que el Tribunal alemán no abre siquiera la posibilidad de una reforma constitucional para incluir el referéndum de secesión. Por un lado, nada menciona en ese sentido y, por otro, termina afirmando genéricamente que las aspiraciones secesionistas, cualesquiera que sean, violan el orden constitucional.

En un primer acercamiento, podría pensarse que la causa de este posicionamiento radica en la existencia de elementos irreformables; las mencionadas cláusulas de eternidad, a diferencia de lo que ocurre en España. Sin embargo, como hemos visto también en Italia, ninguno de los contenidos intangibles previstos en el art. 79.3 de la Constitución alemana se refiere expresamente a la integridad territorial o al principio de unidad sino a la organización federal, la protección de la dignidad humana o a la definición del Estado como democrático y social. El problema en este caso es que no podemos saber si el Tribunal ha derivado una cláusula de eternidad implícita de su carácter de Estado nacional y, por ello, considerado indivisible. Incluso, la afirmación de que los «*Länder*» no son los «señores» de la Constitución podría significar que la Constitución no puede permitir en ningún caso que una decisión con incidencia en la integridad del territorio pueda ser adoptada por una parte sino decidida por todos. En fin, parece que el Tribunal Constitucional no sólo impide la convocatoria de un referéndum de

secesión en el actual marco constitucional sino que también imposibilita una reforma constitucional con ese objeto. No obstante, respecto a esta última cuestión hubiera sido conveniente una mayor concreción. No se ha producido seguramente porque no hay un conflicto político-territorial al que hubiera que dar salida constitucional.

3.3. *España*

Como hemos anunciando desde el principio, el caso español es el más problemático al coincidir un conflicto político-territorial y un marco constitucional rígido en el que debe encuadrarse un hipotético acuerdo político que, por lo demás, no se atisba. En este contexto, las dos cuestiones planteadas: si el referéndum de secesión tiene cabida en la Constitución y, en su defecto, si resulta posible incorporarlo a través de la reforma constitucional han obtenido una respuesta distinta. Como hemos apuntado, y ahora desarrollamos, según el Tribunal Constitucional español no resulta posible un referéndum de independencia en el marco constitucional actual pero, sin embargo, ha aceptado de forma reiterada que a través de la reforma constitucional puede incorporarse un referéndum a través del cual se ejerza el denominado «derecho a decidir», eufemismo a través del cual se ha presentado en el debate español el derecho a la secesión de una parte del Estado, democráticamente decidida por la ciudadanía de ese territorio.

En primer lugar, debemos resaltar que el Tribunal Constitucional no considera posible un referéndum de secesión en el marco constitucional vigente, al margen de la valoración que nos merezca dicha posición. Por tanto, la Constitución española no permite, en su redacción actual, dicho referéndum porque así lo ha establecido su «intérprete supremo», que apela, a su vez, a una reforma constitucional para hacerlo posible. Frente a ello, el Consejo Asesor para la Transición Nacional, creado por el Gobierno de Cataluña para asesorar en el proceso de secesión que estaba impulsando, soslaya este obstáculo a partir de una apelación genérica al principio democrático, considerado como un «valor absoluto» que se impone y permite contradecir cualquier otro contenido o principio constitucional¹¹. En su primer Informe, titulado «La consulta sobre el futuro político de Cataluña», explora las distintas vías para convocar un referéndum sobre la independencia. Considera, en cualquier

11 Una atinada crítica a esta concepción en A. LÓPEZ BASAGUREN, «Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El procés a la luz de la experiencia comparada», TyRC, 37, 2016, pp. 177-178. Sobre esa vinculación entre «derecho a decidir» y principio democrático en sede doctrinal, cfr. M. BARCELÓ I SERRAMALERA, M. CORRETJA, A. GONZÁLEZ BONDIA, J. LÓPEZ, J.M. VILAJOSANA, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Atelier, Barcelona, 2015.

caso, que si dichos cauces son obstruidos o ralentizados por el Estado, el principio democrático habilita a las instituciones territoriales para convocar unas elecciones autonómicas, consideradas materialmente plebiscitarias y, a partir de ellas, aprobar en el Parlamento una declaración unilateral de independencia que pudiera obtener reconocimiento internacional. Lógicamente, no nos interesa esa opción pues, como el propio Informe reconoce, supone situarse fuera del ordenamiento constitucional, aunque haya sido la finalmente seguida por las instituciones autonómicas como muestra de forma palmaria la Resolución 1/XI, del Parlamento de Cataluña, a la que luego nos referimos. Nos ceñimos aquí a los cauces pretendidamente constitucionales que se plantean en el Informe para convocar el referéndum.

La primera opción mencionada es la utilización del artículo 92 CE en cuanto prevé la convocatoria de un referéndum consultivo sobre «decisiones políticas de especial trascendencia». Para celebrarlo habría que solicitar su convocatoria al Presidente del Gobierno o bien la atribución extraestatutaria por el Estado de la facultad competencial de convocarlo por la vía del artículo 150.2 CE.

En primer lugar, las instituciones autonómicas podrían solicitar al Presidente del Gobierno que propusiera al Rey, con la autorización del Congreso, la convocatoria de un referéndum sobre la secesión de Cataluña. No obstante, aunque desde una perspectiva constitucional nada impide el ejercicio de esa petición, refleja una posición subordinada de la Comunidad Autónoma en relación al Estado, en concreto al Presidente del Gobierno, que justifica su descarte. Se trata de una mera petición y la hipotética convocatoria sería exclusivamente estatal, sin participación territorial en el proceso.

Por ello, resulta más adecuada la presentación de una proposición de ley para que se transfiera o delegue en la Comunidad Autónoma la convocatoria del referéndum de secesión. De hecho, en 2012, el Parlamento de Cataluña aprobó una Resolución por la que se acordó presentar en la Mesa del Congreso una propuesta de proposición de ley orgánica de transferencia y delegación del art. 150.2 CE para que el Estado atribuya a Cataluña la facultad competencial de autorización, convocatoria y celebración de un referéndum sobre el futuro político de Cataluña, en ejercicio del artículo 87.2 de la Constitución. Desde una perspectiva política, es una opción interesante. Tres parlamentarios autonómicos podían defender en las Cortes Generales esta iniciativa, trasladando al Congreso el debate sobre la celebración de dicho referéndum. Debe tenerse en cuenta, de cualquier modo, que una vez formulada la propuesta de iniciativa queda sometida a la voluntad de los órganos estatales: el Parlamento catalán postula y las Cortes Generales deciden si delegan la concreta

facultad de titularidad estatal que ha sido solicitada. De hecho, el Congreso rechazó la tramitación de esta propuesta de iniciativa legislativa por una amplia mayoría¹².

Pero, más allá de la decisión política, procede analizar si esa atribución extraestatutaria de la facultad competencial para convocar este referéndum, reconocida al Estado por el artículo 149.1.32 CE, encuentra límites constitucionales que la hagan inviable. En concreto, el art. 150.2 CE introduce un límite que, pese a su dificultad interpretativa, no puede ser soslayado. Sólo pueden atribuirse aquellas facultades competenciales que, «por su propia naturaleza», sean susceptibles de transferencia y delegación. Esto significa que determinadas facultades competenciales de titularidad estatal no pueden ser atribuidas a las Comunidades Autónomas. La cuestión es ¿cuáles son? La utilización de un concepto jurídico indeterminado dificulta la acotación pero ello no nos permite desconocer el límite ni entender que depende exclusivamente de la voluntad política. Habrá de analizarse el supuesto de hecho de cada pretendida atribución extraestatutaria para valorar si resulta constitucionalmente posible, específicamente cuando se trata de facultades de titularidad estatal en virtud del art. 149.1 CE, y no de la cláusula residual del art. 149.3 CE. El límite tiene un sentido material. Al no existir un listado de facultades no atribuibles ni un procedimiento para determinarlo, la única forma de acotarlo es enjuiciar si con esa atribución se pueden contradecir otros «preceptos o principios constitucionales» pues, en ese caso, la propia naturaleza de esa facultad competencial constitucionalmente configurada impide su atribución. Es difícil poner ejemplos pero sin duda el primero que surge es el principio de unidad e indisolubilidad de la nación española del art. 2 CE. No resulta posible la atribución de facultades competenciales de titularidad estatal que puedan afectar a ese principio que, junto a los de autonomía y solidaridad, sostienen la estructura territorial del Estado¹³. El supuesto que nos ocupa encajaba en este límite. Aunque en la proposición de ley orgánica remitida al Congreso no se incluye la pregunta concreta de ese referéndum sino que se habla genéricamente del pronunciamiento sobre el «futuro político colectivo», tanto del propio Preámbulo de la Resolución como del acuerdo político entre varias fuerzas políticas presentado públicamente por el Presidente de la «Generalitat» caben pocas dudas sobre el objeto del referéndum: preguntar a la ciudadanía de ese territorio sobre la independencia. Cualquiera que sea la interpretación que se haga de dicho referéndum para cuya convocatoria se solicita la delegación conlleva la directa afec-

12 299 diputados votaron en contra mientras que sólo 47 lo hicieron a favor.

13 En este sentido, J.A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Tecnos, Madrid, 1998.

tación del principio de unidad del art. 2 CE. Desde estos presupuestos, el Estado no podría atribuir la facultad competencial para convocar dicho referéndum por la «propia naturaleza» del objeto de la delegación pues, dicho en términos constitucionales, se pretende la delegación de la facultad competencial para que la ciudadanía de Cataluña se pronuncie sobre la secesión de ese territorio, esto es, sobre la unidad del Estado.

Pero, más allá de esta imposibilidad de atribuir a la Comunidad Autónoma la facultad competencial de convocatoria de este referéndum, procede preguntarse si el artículo 92 CE permitiría convocar un referéndum de secesión directamente por el Estado, en concreto a propuesta del Presidente del Gobierno, en virtud de un hipotético acuerdo previo con el territorio, como el que hemos advertido en el caso del Reino Unido. La respuesta también es negativa, a mi juicio. El obstáculo no es el carácter consultivo o vinculante del referéndum del art. 92 CE, pues la vinculación política resultaría insoslayable en cualquier caso para las instituciones representativas. Por otro lado, se ha sostenido que el artículo 92 se refiere literalmente a un referéndum de «todos los ciudadanos», por lo que no podría hacerse sólo en una parte del territorio sino en el conjunto del Estado. No obstante, cabría una interpretación distinta de ese «todos los ciudadanos» para entender que no se refiere a toda la ciudadanía española sino a toda la ciudadanía del territorio convocado a referéndum, sin discriminación. Pero, aun aceptando esa interpretación, ciertamente forzada pues «todos los ciudadanos» parece referirse a «todos los ciudadanos de España» y no a «todos los ciudadanos de una Comunidad» quedaría un obstáculo insalvable. Y es que desde una perspectiva jurídico-constitucional no puede someterse a referéndum un contenido contrario a la Constitución actual sin modificarla antes. Como ha indicado también el Tribunal Constitucional italiano, el límite no está sólo en el procedimiento sino también en el contenido constitucional. No se puede someter a referéndum la reinstauración de la pena de muerte sin reformar previamente el artículo 15 de la Constitución. De la misma forma, no se puede hacer un referéndum sobre la independencia de una parte del Estado en cuanto resulta claramente contrario a otros contenidos constitucionales actualmente vigentes, en concreto al artículo 2 de la Constitución, entre otros. Por consiguiente, la convocatoria de referéndum que podría hacer el Presidente del Gobierno no puede referirse a la independencia sino, en su caso, a la posibilidad de reformar la Constitución para prever el ejercicio del derecho de secesión, siempre que no encuentre el límite constitucional de una hipotética cláusula de eternidad, expresa o implícita. Y, en ese caso, no tiene sentido preguntar sólo a la ciudadanía de una parte del Estado sobre una reforma constitucional que afecta a todos. Por tanto, un referéndum consultivo del art. 92 CE podría ser planteado sólo como una forma de

iniciar un procedimiento de reforma constitucional para hacer posible una hipotética alteración de la estructura territorial del Estado. Recuérdese, en cualquier caso, que la propuesta de iniciativa de reforma constitucional puede ser ejercida directamente por el Parlamento autonómico, entre otros sujetos legitimados.

Esta imposibilidad de convocar un referéndum de secesión en el actual marco constitucional había sido establecida por el Tribunal Constitucional en su STC 103/2008 con un razonamiento principalista. Al enjuiciar la Ley del Parlamento vasco sobre la convocatoria y regulación de una consulta popular sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política se adentra el Tribunal Constitucional (de forma inadecuada, a mi juicio, pues el asunto había quedado resuelto desde un acercamiento competencial) en la «inconstitucionalidad material» de la actuación autonómica en cuanto se convoca una consulta partiendo de la existencia de un «derecho a decidir del pueblo vasco» y para establecer una nueva relación entre la Comunidad Autónoma y el Estado español. Según el Tribunal, esa actuación vulnera el principio de soberanía nacional en cuanto la decisión sobre el futuro político corresponde adoptarla a todo el Estado y no a una parte de éste. Por tanto, un territorio no puede pronunciarse sobre su permanencia o secesión del Estado. Por otro lado, también la STC 42/2014 incide en la misma idea, siquiera de forma implícita. Como exponemos después, no ha declarado la inconstitucionalidad de las referencias al «derecho a decidir» incluidas en la Resolución del Parlamento catalán sobre esa cuestión porque se trata de una «aspiración política a la que sólo puede llegar mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», que únicamente puede ser la reforma constitucional sin límites materiales. Se trata, en cualquier caso, de una hipotética situación futura pues en la actualidad es claro, como indica la propia sentencia, que el «derecho de autodeterminación» no está reconocido en la Constitución y el derecho a decidir no puede considerarse una «atribución de soberanía» de la que carecen los territorios que conforman el Estado.

No resulta posible, por tanto, la convocatoria de un referéndum de secesión en aplicación del artículo 92 CE. De hecho, en el Informe del Consejo Asesor para la Transición Nacional, pese a considerarse esa vía la más adecuada, opta por proponer la convocatoria de una consulta popular, distinta al referéndum consultivo previsto en la Constitución, en ejercicio de la competencia autonómica sobre consultas populares. Con ese objeto, fue aprobada la Ley catalana 10/2014, de consultas populares no referendarias¹⁴. Ya en ese momento la doctrina del Tribunal Constitucional

14 En ese primer Informe del Consejo Asesor para la Transición Nacional se planteaba también la utilización de la Ley catalana 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, que en ese

era clara sobre esa cuestión. Como hemos mencionado, la STC 103/2008 había declarado la inconstitucionalidad de una convocatoria de consulta popular en el País Vasco. Indica el Tribunal, en primer lugar, que, pese al nombre, estamos ante un referéndum, no ante otro tipo de consulta popular; y, en segundo lugar, que la competencia para autorizar la convocatoria de referéndum corresponde al Estado (art. 149.1.32 CE). La sentencia define el referéndum como una especie del género «consulta popular» cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas. En este sentido, para determinar si una consulta popular es un referéndum ha de atenderse a esos elementos. Una consulta sobre un asunto de trascendencia política a través de un proceso electoral con las garantías propias de estos procesos es un referéndum. En consecuencia, como la autorización de la convocatoria de referéndum es competencia exclusiva del Estado, la convocatoria por una Comunidad Autónoma supone una extralimitación competencial por vulneración del art. 149.1.32 CE por lo que resulta irrelevante la existencia o no de una competencia autonómica para convocar consultas populares. Estamos ante un referéndum, más allá de la expresión utilizada, y la autorización de la convocatoria de un referéndum corresponde al Estado.

Consciente de esa doctrina, la Ley catalana 10/2014, de consultas populares no referendarias, reconoce a la Comunidad la facultad de convocar «consultas generales» sin utilizar el procedimiento electoral general (censo y garantías jurisdiccionales). De esta forma, pretende esquivar lo establecido en la STC 103/2008. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de esas «consultas generales» convocadas por las Comunidades Autónomas. En la STC 31/2015 concreta los elementos definidores del referéndum desde una concepción material. Estamos ante un referéndum cuando: a) «se hace un llamamiento del poder público a los ciudadanos para ejercer el derecho fundamental de participación en asuntos públicos», no a título individual o como miembro de un colectivo; y b) la opinión del cuerpo electoral se expone a través del sufragio emitido en el curso de un proceso electoral. En este sentido, las exigencias del procedimiento de celebración deben entenderse como «medios para garantizar la realidad y veracidad del juicio emitido por el cuerpo electoral». A partir de esta concepción, el Tribunal Constitucional considera que

momento había sido ya recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno. En ella se prevé la autorización del referéndum autonómico por parte del Estado, lo que puede explicar su soslayo.

las «consultas generales» previstas en la ley catalana constituyen un referéndum al ser un llamamiento para la participación política del cuerpo de electores a través de un procedimiento de naturaleza electoral, aunque no sea idéntico al previsto en la legislación electoral del Estado en cuanto comportan «un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral» (FJ 8). En aplicación de esa doctrina, la STC 32/2015 ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña (Decreto del Presidente de la Generalitat 129/2014, de 27 de septiembre).

Por otro lado, desde una perspectiva sustantiva, tanto la STC 103/2008 como la STC 42/2014 ya habían rechazado la posibilidad de que una Comunidad Autónoma convoque «un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España» (STC 42/2014). El fundamento es la distinción entre autonomía y soberanía, establecida por el Tribunal en la STC 4/1981, y repetida desde entonces en innumerables ocasiones: a ninguna fracción del pueblo español, en quien reside la soberanía, puede un poder público atribuirle la condición de soberano. Por tanto, como señala la STC 31/2015, no se pueden formular consultas de ningún tipo, aun no referendarias «que incidan sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos». Salvo, claro está, que se encauce a través de los procedimientos de reforma constitucional, como se apostilla en todas las sentencias mencionadas.

En cualquier caso, estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no han impedido que las instituciones autonómicas continúaran con su propósito de convocar una consulta sobre la independencia, amparada en la legitimidad que otorga el principio democrático y presentada finalmente como «proceso de participación ciudadana» sobre expresan nítidamente su objeto: ¿Quiere que Cataluña sea un Estado? y, en caso afirmativo, ¿quiere que sea un Estado independiente?¹⁵ Pese a la suspensión de ese proceso de participación ciudadana ordenada por el Tribunal Constitucional tuvo lugar finalmente una suerte de consulta sobre la independencia el 9 de noviembre de 2014. Ello ha provocado la apertura de distintos procedimien-

15 Las actuaciones vinculadas a ese proceso de participación ciudadana también fueron declaradas contrarias a la Constitución una vez desarrolladas, en la STC 138/2015. En concreto, considera el Tribunal que las preguntas efectuadas en la consulta inciden sobre cuestiones que corresponden al poder constituyente. La formulación de las preguntas presupone el reconocimiento indirecto de atribuciones a Cataluña contrarias a la Constitución, ya que parten de identificar a los ciudadanos de Cataluña como pueblo soberano y tales cuestiones han de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma (FJ 4).

tos penales contra el Presidente y dos consejeros autonómicos y, lógicamente, un agravamiento de la tensión política.

En lo que interesa a nuestro objeto, el Tribunal Constitucional ha impedido la convocatoria de un referéndum de secesión tanto por la vía del referéndum consultivo sobre asuntos de especial trascendencia (art. 92 CE) como en virtud de la competencia autonómica sobre consultas populares. Sin embargo, a diferencia de lo advertido en Italia o Alemania, el Tribunal Constitucional español ha abierto la vía de la reforma constitucional para que la Constitución reconozca el ejercicio de ese derecho a decidir a través de un referéndum de secesión. Por ello, sorprende que junto a las iniciativas expuestas para la convocatoria de dicho referéndum, consideradas contrarias a la Constitución por su intérprete supremo, no se haya impulsado la que el Tribunal ha considerado ajustada a la legalidad constitucional: la presentación de una propuesta de iniciativa de reforma constitucional para lo que está legitimada la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma en virtud del artículo 87.2 CE en relación al art. 166 CE. Y no tanto por la esperanza de culminar el proceso con el reconocimiento constitucional del derecho a la secesión sino para trasladar el debate a las Cortes Generales y comprobar que la salida constitucional a la que se refiere reiteradamente el Tribunal Constitucional está políticamente obturada.

En la STC 42/2014, al enjuiciar la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, del Parlamento de Cataluña sobre el derecho a decidir, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de buena parte de su contenido pese a tratarse de una resolución parlamentaria de naturaleza política. Señala, en una discutible argumentación, que lo jurídico no se agota en lo vinculante¹⁶. Sin embargo, en lo que ahora nos interesa considera el Tribunal que resulta posible una interpretación constitucional del derecho a decidir en cuanto no aparece proclamado como una manifestación del derecho de autodeterminación no reconocido en la Constitución o como una atribución de soberanía no reconocida en ella sino como una aspiración política a la que sólo se puede llegar mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional. En este sentido, afirma que la primacía constitucional no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental porque en nuestro ordenamiento no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva a la Constitución. Además, y esto es lo realmente importante, desarrolla una idea ya recogida en la

16 Una crítica plenamente justificada a esa interpretación del Tribunal Constitucional en E. FOSSAS ESPADALER, «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», REDC, 101. 2014.

STC 103/2008, a la que remite: el derecho de secesión de un territorio no está previsto en la Constitución pero puede incorporarse a ésta a través de la reforma que no tiene límites materiales en nuestro ordenamiento constitucional. No hay cláusulas de eternidad, ni expresas ni implícitas; todo puede ser reformado y, en consecuencia, puede incluirse la posibilidad de un referéndum de secesión. Concluye su argumentación el Tribunal con un razonamiento que es una apelación a la actuación del Parlamento catalán: si la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional (artículo 87.2 en relación al 166 de la Constitución) formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla.

Sin embargo, las instituciones representativas del territorio no han utilizado la rendija abierta por el Tribunal Constitucional para trasladar a las Cortes Generales su reivindicación de un referéndum de secesión. Tras las elecciones autonómicas de 2015, presentadas por los grupos políticos independentistas como un plebiscito sobre la independencia y en la que obtuvieron la mayoría absoluta de los escaños, aunque no de los votos, han optado decididamente por un vía unilateral, al margen del ordenamiento jurídico-constitucional, tanto para la convocatoria de un referéndum sobre la independencia, como para el inicio de un proceso unilateral de secesión. Ello se plasma de forma evidente en la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, del Parlamento de Cataluña, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015. En ella se declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente; se presenta al Parlamento de Cataluña como depositario de la soberanía y expresión del poder constituyente y se declara que dicho Parlamento no se supeditará a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional. Lógicamente, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de esa Resolución en la STC 259/2015. Su argumentación se construye sobre el principio de unidad del ordenamiento que no permite la existencia de varios sujetos soberanos, sino un sujeto soberano, el pueblo español, único poder constituyente. Por ello, el Parlamento de Cataluña, como poder constituido, no puede rebelarse y convertirse de forma unilateral en poder constituyente. A partir de ello, la segunda idea relevante es que no hay democracia sin constitucionalismo. Nos dice la sentencia que no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda. El principio democrático, en el que pretenden sustentarse las actuaciones autonómicas contrarias a la legalidad ordinaria y constitucional, no puede ejercerse al margen de la Constitución pues no hay más legitimidad que la fundada en ésta. Así, destaca la primacía incondicional de la

Constitución como expresión única del poder constituyente en cuyo marco, y nunca fuera de él, debe interpretarse el principio democrático. El Tribunal, en fin, hace una defensa de la soberanía del pueblo español y de la Constitución como marco para impedir cualquier actuación al margen de ésta. Han desaparecido las referencias al posible encauzamiento constitucional del derecho a decidir. Estamos en una fase distinta y el Tribunal se adapta a ella. Ya no plantea que la comunidad política de Cataluña pueda pronunciarse sobre su futuro político sino que la mayoría del Parlamento ha declarado solemnemente la apertura de un proceso constituyente optando por una vía unilateral y rupturista con el ordenamiento constitucional y a ello debe responder. La referencia a la reforma constitucional se hace en un sentido distinto al advertido en la STC 42/2014. Ante una «declaración de inicio de la independencia», no apela a la reforma para intentar encajar la pretensión de la Resolución impugnada sino para deslegitimar la actuación del Parlamento autonómico en cuanto plantea una ruptura unilateral del orden constitucional en lugar de seguir el procedimiento que la propia Constitución habilita: la reforma constitucional. El problema, nos dice el Tribunal, no es la pretensión de convertir a Cataluña en un Estado independiente sino la exclusión de los cauces constitucionales que permiten vehicular esa aspiración política.

Puede comprobarse, por tanto, que la situación en España es muy distinta a la advertida en el resto de Estados europeos en los que se ha planteado la convocatoria de un referéndum sobre la secesión de sus componentes. A diferencia del Reino Unido, no ha habido en ningún momento diálogo político para intentar encauzar el conflicto en términos constitucionales; a diferencia de Italia o Alemania, las instituciones autonómicas no han respetado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sino que han optado por actuar al margen del ordenamiento jurídico para celebrar un referéndum de independencia con el débil sostén de la genérica referencia a la legitimidad derivada del principio democrático y el derecho de participación en asuntos públicos. El Tribunal Constitucional ha rechazado tanto el procedimiento (SSTC 31/2015, 32/2015, 138/2015) como el fundamento jurídico-constitucional de esa pretensión (STC 259/2015). La consecuencia ha sido un incremento incesante de la tensión política. Las instituciones autonómicas actúan al margen del ordenamiento jurídico-constitucional y desde el Estado no sólo se trasladan a los órganos jurisdiccionales esas actuaciones para que puedan deducirse consecuencias penales sino que se introducen cambios normativos «ad hoc», pese a su apariencia general, que permiten la suspensión en sus funciones de las autoridades autonómicas por incumplir las decisiones del Tribunal Constitucional (LO 15/2015, de 16 de octubre).

4. CONCLUSIÓN

Este repaso al tratamiento del referéndum de secesión en distintos países europeos nos permite extraer alguna conclusión para España. Vemos que las situaciones políticas son diversas y las regulaciones jurídico-constitucionales también.

En Reino Unido existía un conflicto político, una reivindicación de independencia por parte de las instituciones representativas del territorio de Escocia. En esta dimensión política existen nítidas similitudes con el caso español. A su vez, se diferencia claramente de la situación en Alemania o Italia. En Alemania, el partido bávaro que defiende la independencia es extraparlamentario y en Italia la reivindicación independentista no parece prioritaria en el ideario político de la Liga Norte, al menos en este momento.

Sin embargo, en una perspectiva jurídico-constitucional, las interrelaciones son distintas. En Reino Unido, la flexibilidad de ese marco y la soberanía del Parlamento permiten atender al conflicto a través de una respuesta política con escasos límites procedimentales. Ello ha permitido convocar un referéndum de independencia tras alcanzar un acuerdo entre los gobiernos del Reino Unido y de Escocia pues su articulación sólo precisa una manifestación de voluntad del soberano. De la misma forma que había aprobado la «Devolution», decide una aplicación concreta de uno de sus apartados que habilita al Parlamento escocés para convocar un referéndum de independencia en los términos acordados. Distinta es la situación en la Europa continental pues la existencia de una Constitución rígida a partir de la actuación de un poder constituyente hace que todos los poderes constituidos sean limitados y deban ceñirse en su actuación a los procedimientos establecidos. En esas Constituciones ningún órgano político es soberano sino poderes constituidos que pueden ejercer sus facultades en el marco y con las condiciones que la Constitución establece. Por ello, más allá del acuerdo político, existen unos límites jurídicos-constitucionales que deberán ser atendidos¹⁷.

De este modo, si la Constitución impide celebrar un referéndum para la secesión de una parte del territorio del Estado, bien expresamente, bien en la interpretación que ha hecho su intérprete supremo, éste no podrá celebrarse salvo que

17 De hecho, procede recordar que el Estatuto de Cataluña de 2006 fue fruto de un acuerdo político entre el texto aprobado por el Parlamento autonómico y el que estaban dispuestas a aceptar las Cortes Generales, posteriormente sometido a referéndum del cuerpo electoral de Cataluña. Sin embargo, la STC 31/2010 declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus contenidos y, sobre todo, desactivó los elementos fundamentales de ese acuerdo político dando lugar a la agudización del conflicto político-territorial, como indicábamos al inicio.

se modifique la Constitución. No basta con el acuerdo político para convocar el referéndum sino que deben eliminarse los impedimentos constitucionales a través del procedimiento que la propia Constitución establece. En este sentido, la situación es distinta en los casos descritos. En Italia no se ha aceptado por el Tribunal siquiera una reforma constitucional a partir de la cual pudiera celebrarse ese referéndum en cuanto los principios de unidad e indivisibilidad de la República han sido considerados intangibles por su Tribunal Constitucional, pese a no estar directamente mencionados en la cláusula constitucional de eternidad. Lo mismo parece deducirse de la reciente Decisión del Tribunal Constitucional alemán, aunque su pronunciamiento es menos nítido en cuanto a la posibilidad de reforma constitucional. En España, la Constitución no permite la convocatoria de un referéndum de secesión. No puede hacerse a través del artículo 92 CE, que prevé la convocatoria de referéndum consultivo sobre asuntos de especial trascendencia política, y tampoco ha aceptado el Tribunal Constitucional la convocatoria de una consulta popular sobre la secesión por la Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias propias. Sin embargo, no existen, como en Italia o en Alemania, contenidos irreformables; ni siquiera la unidad o indivisibilidad (indisolubilidad). Por ello, la Constitución podría prever el derecho a la secesión a través de un referéndum. Ese es el marco constitucional al que deben adaptarse los actores políticos.

Ocurre que en España existe un conflicto político que no está presente en Alemania o Italia. Una amplia mayoría del Parlamento de Cataluña defiende la celebración de un referéndum sobre la secesión y una mayoría más ajustada ha aprobado una Resolución en la que declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado independiente. El problema no es sólo la ausencia de diálogo para afrontar el conflicto sino también que la respuesta a dicho conflicto no puede ser un mero acuerdo político articulado directamente a través de una actuación parlamentaria, como en el Reino Unido, sino que requiere una reforma constitucional. Por ello, la obligación de afrontar democráticamente las demandas de secesión, que hemos aprendido de la experiencia canadiense, debe vehiculizarse en España a través de la modificación del marco constitucional. A ello deberían encaminarse los esfuerzos de los que aspiran a resolver el conflicto en un contexto de diálogo. Y no sólo a fin de introducir los cambios necesarios para que un territorio pueda decidir sobre su secesión sino planteando otras posibles opciones que permitan alcanzar un acuerdo.

Desde esa perspectiva, sostengo que la incorporación a la Constitución del derecho de secesión a través de la reforma constitucional no es la única opción, ni siquiera la mejor por las consecuencias irreversibles de la secesión. Es una decisión a la que sólo debería llegarse tras constatar el fracaso de otras posibles salidas menos

traumáticas a la crisis territorial. En este sentido, la incorporación a la Constitución de un pacto federal puede ser una vía para intentar el acuerdo, aún no explorada, que conlleva también la manifestación de voluntad por la ciudadanía y, por tanto, el ejercicio del derecho a decidir sobre el futuro político. Por ello, antes de plantear la constitucionalización de un referéndum de secesión debería iniciarse el debate sobre una reforma constitucional para definir una organización federal del Estado y las posibles singularidades de los territorios. Sólo en el caso de que fracase este proceso de reforma constitucional, al ser rechazado por la ciudadanía, bien de Cataluña bien del conjunto del Estado, y la crisis se mantenga, estaremos abocados a la previsión constitucional de la convocatoria de un referéndum de secesión y su ulterior celebración.

Resumen

Esta contribución al foro analiza de manera comparada las propuestas de referéndum secessionistas y, en su caso, el control por los respectivos Tribunales Constitucionales. Marca una diferencia entre lo acontecido en el Reino Unido, situación particular por la ausencia de una Constitución escrita y rígida, frente a los supuestos de Italia, Alemania y España. A su vez, en estos tres casos separa el modelo español, pues aquí el Tribunal Constitucional sí ha abierto la puerta a la hipótesis de una reforma constitucional que habilitase un referéndum de secesión.

Palabras clave: Referéndum, Secesión, Reino Unido, Italia, Alemania, España.

Abstract

This paper studies with a comparative methodology several proposal for a secession referendum and its control, in some cases, by a Constitutional Court. It makes a separation between Great Britain, with a non-written and flexible Constitution, and Italy, Germany and Spain. In these three cases, it underlines the difference of the Spanish case, where the Constitutional Court seems to accept a Constitutional reform that could make possible the hypothesis of a secessionism referendum.

Keywords: Referendum, secessionism, Great Britain, Italy, Germany, Spain.

Recibido: 29 de diciembre de 2016

Aceptado: 31 de diciembre de 2016



Noticias de libros



INTEGRAÇÃO SUPRANACIONAL. DIMENSÕES DA PROTEÇÃO MULTINIVEL DOS DIREITOS E SISTEMA DE GOVERNO DA UNIÃO EUROPEIA*

FAUSTO VECCHIO

Profesor de Derecho Constitucional. Investigador Università degli Studi di Enna «Kore» (Italia)

VICENZO TELARO

Investigador. Università degli Studi di Enna «Kore» (Italia)

La obra «Integração supranacional. Dimensões da proteção multinivel dos direitos e sistema de governo da União Europeia» de la que es autor José M^a Porras Ramírez, en la actualidad Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, ha sido publicada por la prestigiosa Editora Saraiva, de São Paulo, tras su excelente traducción al portugués por el Dr. Paulo R. Barbosa Ramos. Se trata de una monografía expresamente promovida con la intención de trasladar a la puente cultura jurídica brasileña, en particular, y a la iberoamericana, en general, la experiencia europea del, hasta ahora, más avanzado proyecto mundial de integración supruestatal.

Es, pues, un libro de singular mérito que contribuye a explicar, en esforzada síntesis, la significación alcanzada, hoy, en el contexto de la globalización, por la Unión Europea, prestando especial atención al proceso de federalización, esto es, de unificación en la diversidad, que experimenta la misma. Así, en el mismo no sólo se consideran los rasgos peculiares que caracterizan a sus Instituciones, al tiempo que se da cuenta de su interacción; sino que hace especial hincapié en la protección multinivel que, en su ámbito, alcanzan los derechos fundamentales de la persona, tomando, a esos efectos, como referencia ejemplificativa a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. De esa forma, en la obra se ofrece, de forma sucesiva, en los dos extensos capítulos que la integran, una imagen maestra de ambas dimensiones del modelo constitucional de integración supranacional que representa la Unión Europea.

* La realización de este estudio crítico se debe, primordialmente, al esfuerzo desarrollado por Vincenzo Telaro. Dicho estudio es fruto del constante intercambio de ideas y discusiones con el Dr. Fausto Vecchio.

En la primera parte de la obra, tras dar cuenta de la existencia de, al menos, tres niveles diferenciados de tutela de los derechos, esto es, el estatal, proporcionado por la respectiva Constitución nacional; el internacional, con especial referencia al sistema creado por la Convención Europea de los Derechos Humanos; y, más recientemente, el introducido por la propia Unión Europea, hoy consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales, se efectúa un detenido estudio crítico acerca del alcance que posee ese concreto derecho en tales ámbitos complementarios de garantía y protección.

En especial, el Autor viene a demostrar cómo el proceso de integración europea ha contribuido significativamente a atenuar las diferencias que antaño se advertían en la tutela del referido derecho fundamental, confiriéndole una mayor cohesión a la interpretación que se lleva a cabo del mismo en los diversos Estados miembros, los cuales, a pesar de las diferencias o matices que introducen en su regulación, han aceptado someterse a un sistema uniforme de garantía de los derechos. De ese modo se ha homogeneizado el alcance y significado que se atribuye al mismo, siquiera en su consideración esencial, demostrando la existencia de una tradición constitucional compartida, expresiva de un acervo común de criterios informadores de las legislaciones tanto nacionales como internacionales en la materia, lo que se ha proyectado en la Unión, expresándose en la Carta. La labor constante desarrollada por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional de los Estados, se ha unido así en pro de la construcción de líneas interpretativas comunes, a los esfuerzos realizados por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Esa circunstancia, como se evidencia a lo largo de la obra, ha reforzado ciertamente la tendencial evolución en sentido federalista que experimenta la Unión Europea.

Como ya se ha indicado, el Autor, a fin de explicar mejor la intensa y complementaria convergencia que suscita la tutela del derecho fundamental de referencia, hace, primeramente, un detenido estudio del tratamiento que merece el mismo en el ordenamiento constitucional español, el cual, ciertamente imprime un diferente acento a la regulación que establecen los textos internacionales. Ese margen de apreciación estatal se aprecia claramente en que, si bien el art. 16 de la Constitución española regula, en un principio, la libertad religiosa conjuntamente con la libertad ideológica, atendiendo a motivaciones históricas, explicativas del común surgimiento y evolución de ambas libertades en el marco del proceso de secularización desarrollado en Occidente que hizo posible el surgimiento mismo del Estado constitucional, lo cierto es que, seguidamente, otorga un tratamiento autónomo a cada una de ellas, en atención a su diferente naturaleza jurídica, tal y como ha constatado reiteradamente Tribunal Constitucional español.

Esta concepción se ve confirmada por la presencia de un dato normativo inexcusable, que se contiene en el párrafo tercero del art. 16 de la Constitución, que prevé la existencia de relaciones cooperación del Estado con la Iglesia Católica y, eventualmente, las demás confesiones; circunstancia ésta que no se contempla en relación con las organizaciones que persiguen fines distintos a los estrictamente religiosos. Consiguientemente, no cabe asumir, como sostiene el Autor, la tesis que postula que la libertad religiosa no sea más que un tipo o especie de la libertad de ideas, al tratarse, más bien, de un derecho autónomo, de esa manera dispuesto en la Norma Fundamental.

Tras ello en la obra se analiza la articulación del nivel interno o constitucional de garantía de los derechos con los mecanismos de protección internacional dispuestos en favor de los mismos. Particularmente con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, también conocido como Convenio de Roma. No en vano, la jurisprudencia generada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido de manera muy notable a la determinación del contenido, las manifestaciones legítimas y los límites que presenta la susodicha libertad de pensamiento, conciencia y religión, alumbrando una doctrina jurisprudencial minuciosa y exhaustiva, sobre todo en lo que concierne a la dimensión religiosa del derecho, dada su mayor proyección pública y frecuente litigiosidad. De todos modos, la conveniencia de conjugar las garantías contempladas en el Convenio, con la atención a las peculiaridades propias de cada ordenamiento estatal, han dado lugar a la muy discrecional doctrina del margen de apreciación, que viene afectando, de manera muy directa, a la consideración de los derechos y libertades, en general, y a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, en particular.

Seguidamente, en la obra se analiza con detenimiento el ámbito de protección de los derechos de la Unión Europea, atendiendo a su evolución propia hasta verlo convertido, de manera efectiva, en un nivel o sistema propio de garantía de los mismos. Así, el Autor analiza sus hitos sucesivos, desde que el Tribunal de Justicia se comprometiera a ampararlos, derivándolos de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, empleando para su más correcta identificación e interpretación, aunque siguiendo criterios propios, el instrumento cualificado que representa el Convenio de Roma. Finalmente, se da cuenta de cómo la proclamación e incorporación a los Tratados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha supuesto el aseguramiento efectivo de una avanzada relación de derechos que contribuyen a legitimar, al tiempo que a limitar, de forma permanente, la actuación de los poderes públicos europeos. Se determina así, en el ámbito de la

Unión, el contenido primario de unos derechos, sistemáticamente ordenados, hasta ese momento definidos de un modo fragmentario e incompleto, al tiempo que se dispone un conjunto de instrumentos específicos de garantía de los mismos, orientados a asegurar su eficacia plena.

El segundo capítulo de la obra se destina al estudio crítico del modelo de democracia parlamentaria adoptado por la Unión Europea. El mismo viene avalado por la singularidad jurídico-política de la Unión. Ciertamente, una «Comunidad de pueblos y de Estados», o, como señala el Autor, «la expresión no acabada de una forma jurídico-política, mixta o compuesta, a caballo entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional, que responde a un estadio evolutivo de las formas políticas, característico de la globalización, generador de organizaciones supraestatales o postestatales». Como en la obra se recuerda en todo momento, las antiguas Comunidades Europeas nacieron como meras organizaciones internacionales, si bien sumamente peculiares, al no destinarse, como las clásicas, a la cooperación, sino a la integración. A ello se unía la consideración del carácter básicamente económico de la gran mayoría de sus objetivos y competencias, lo que explicaba que su arquitectura institucional se mostrara, en sus inicios, sustancialmente ajena al principio democrático. No obstante, el extraordinario proceso de integración política emprendido, que ha desembocado en la constitución de la Unión Europea ha transmutado significativamente su naturaleza. Así, hoy, dada la destacada expansión y alcance adquirido por sus competencias y el carácter, en buena medida, supranacional de su funcionamiento, la Unión trasciende al Derecho internacional, cobrando una entidad propia, de carácter marcadamente constitucional. De ahí su doble legitimidad, democrática e internacional, que conforma una nueva realidad jurídico-política en curso de definición. Ello la hace presentarse como expresión de una Unión tendencialmente federativa de Estados soberanos, lo que impone la legitimación y el funcionamiento democrático de sus instituciones, orientadas al ejercicio del poder político o de gobierno.

Por todo ello, el Autor se pregunta cómo es posible trasladar modelos de democracia a la compleja escala supraestatal o postestatal. Ciertamente, la caducidad del paradigma jurídico-político estatal que la globalización ha puesto de manifiesto requiere el establecimiento de instancias de gobierno con capacidad de acción a nivel supranacional. En este sentido, como en la obra se pone de manifiesto, la Unión Europea se encuentra en una posición funcional idónea para ofrecer soluciones a demandas ciudadanas que los Estados ya no son capaces de satisfacer por sí mismos. Este hecho implica la necesidad de legitimar, en clave necesariamente democrática, la planta y el funcionamiento de unas Instituciones de gobierno de la Unión, en par-

te tributarias aún de su pasado como limitada organización internacional, orientada a la consecución de objetivos parciales, de carácter esencialmente económico.

Así, el Autor critica el hecho de que la Unión no se haya desprendido aún, de forma contradictoria, de alguno de los rasgos que la caracterizan desde sus inicios, los cuales son difícilmente compatibles con la idea de democracia firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y que la propia Unión dice auspiciar. Y así ocurre a pesar de los indudables avances experimentados, lo que lleva a concluir admitiendo la presencia de elementos importantes de déficit democrático, circunstancia ésta que genera una brecha notable en la relación que se establece entre gobernantes y gobernados.

A pesar de ello, el Autor constata, también, los importantes avances experimentados en la historia de un proceso constante e ininterrumpido de democratización progresiva de sus estructuras políticas. No obstante, las importantes resistencias que todavía se advierten en aras de la implantación de un esquema de gobierno de carácter parlamentario impiden la consolidación plena del principio democrático en el sistema institucional de la Unión.

De todo esto y del largo camino que todavía queda por recorrer, da cuenta una obra rigurosa, de notable interés para quien quiera comprender las vicisitudes que sufre el tan admirable como tortuoso proceso de integración europea, delineando sus posibles desarrollos. Por todo ello, atendiendo, en especial, a la claridad de visión y al sentido crítico, nada complaciente, de los que su Autor hace gala en todo momento, cabe afirmar que la obra de referencia constituye una valiosa aportación al estudio de una temática singularmente compleja, en todo caso, de interés apasionante.



EL SUEÑO CONSTITUCIONAL

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

El sueño constitucional es el sugerente título que ha dado Juan Luis Requejo a su último y esperado libro. Se trata de una monografía, preciosamente editada en el seno de una colección de autores muy escogidos, en la que desarrolla y culmina algunos de los argumentos que en su amplia obra anterior había ido anticipando. En concreto puede verse el largo proceso de elaboración de su pensamiento si se repara, por ejemplo, en una aproximación previa que vio la luz en esa revista llamada con toda intención «Fundamentos», revista adscrita, como el autor, al Área de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo¹. En ambos, en la Revista y en el actual Letrado del Tribunal de Justicia, puede rastrearse la marca indeleble del gran jurista que fue Ignacio de Otto.

El libro está estructurado en cinco capítulos de unas 40 páginas cada uno con títulos evocadores que tratan de abarcar la configuración actual del estado constitucional y que defienden con nitidez y sin ambages la tesis de que los Estados nacionales no son la estructura jurídica que en su día permitió la libertad y la seguridad. A su juicio, la sociedad ya ha desbordado este ámbito lo que nos conduce necesariamente a la UE, germen del nuevo Leviatán.

En la justificación de esta tesis se aplica el profesor Requejo con el bagaje que le aporta su erudición y con un lenguaje muy cuidado que pretende incorporar al debate a un lector informado y proclive a continuar avanzando de forma desprejuiciada en el conocimiento de los principales debates constitucionales, históricos y contemporáneos. La forma es ensayística y se introducen los elementos de este género, como el que ubica a las fuentes (muy escogidas) al final de cada capítulo, sin salpicar el texto de notas a pie. Al final se introduce un índice analítico y onomástico de gran utilidad.

No es fácil –y queda fuera del alcance de una noticia de estas características– pasar revista completa a los argumentos de este libro, que desarrolla toda una teoría sobre los conceptos clásicos del constitucionalismo, los que generaron su aparición

1 Hago referencia a «El triunfo del constitucionalismo y la crisis de la normatividad» en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 6/2010.

y los que le han dotado de contenido. De este modo centra toda la reconstrucción histórica y dogmática sobre la elaboración de constructos como «Estado», «soberanía», «límite», y «libertad» porque a su juicio tales son los elementos sustantivos que deben seguir guiando la solución a los nuevos problemas que el siglo XXI presenta. Así las cosas el profesor Requejo dibuja una línea que se inicia en el momento en que el Estado moderno se ajusta al paradigma hobbesiano y cancela el pensamiento político clásico griego. La transición se hace evidente en el diferente papel que juega el concepto de límite que, mientras para el modelo aristotélico ocupa un lugar consustancial, carece de importancia alguna en las construcciones con las que Hobbes y Bodino justifican al nuevo soberano, que es legítimo en cuanto que asegura la paz. El Estado nacional moderno y el derecho que alumbría aparecen descritos así como una solución perfectamente adecuada en el objetivo de regular y administrar la violencia, un presupuesto factual insoslayable sin el que no podría explicarse la esencia fundamentalmente procedimental del derecho.

El Estado nacional que nace con la modernidad es, según Requejo, una entidad soberana absolutamente perfecta, autorreferente y autárquica. Y así surge la paradoja de un poder que hace de la omnipotencia la razón de su existencia para lograr la seguridad y la paz, pero al que hay que limitar si en algo estimamos la libertad. Al logro de este empeño se encamina el Estado constitucional democrático, que solo consigue rescatar a la libertad de su reiterado sacrificio cuando se ceja en la voluntad de atribuir la titularidad de la soberanía a un sujeto físico y es conferida a uno inexistente. De esta forma, la soberanía deja de ser un haz de facultades ilimitadas que posee un ente corpóreo como el Rey o el Parlamento para definirse como una cualidad del Estado, del ordenamiento (p. 95), produciéndose así una identificación entre teoría política y teoría normativa, cuyo correlato perfecto es la idea de Constitución como «norma de ordenación del proceso de formación de una voluntad colectiva capaz de querer cualquier cosa, salvo la desaparición de su alternativa» (p. 97).

Abstracción, procesos, asepsia integran el «telos» de comprensión de un Estado concebido ahora como un artificio desencantado, mero orden de convivencia que, en una democracia, administra la fuerza «al servicio de expectativas de conducta decididas con el concurso de todos cuantos participan de ese orden» (p. 98).

A partir de este momento el ensayo muestra los diferentes caminos seguidos por el constitucionalismo norteamericano y el europeo, que van evolucionando y reconfigurándose al tiempo que acusaban saltos sin red como los que supusieron el sufragio universal, el surgimiento de los partidos de masas, el ascenso de los totalitarismos, el Estado social, o la desaparición de la alternativa socialista (ejemplificada con la caída en 1989 del Muro de Berlín). El constitucionalismo solo es adecuadamente descrito

si se considera a la vez que las convulsiones a las que se ha visto –y se ve– sometido. Porque también hoy está muy lejos de ser una balsa de aceite. En concreto, ahora, siempre según el autor, se ve sometido a un desafío radical por la presencia de núcleos importantes de inmigrantes con dificultades objetivas para ser integrados. Por vez primera aparece con sustantividad en el discurso la necesidad y la dificultad de que la educación cumpla con la enormidad de las funciones que le corresponde para permitir el necesario tránsito entre los bajos instintos, que son el presupuesto de la violencia sin control, a la cultura, que permitiría admitir el recurso a la violencia organizada.

De otro lado, es obligado reparar en el salto conceptual que da la Constitución. Requejo nos habla de que las Constituciones del Estado social, con su densidad conceptual y su contenido programático, entroncan con el trascendentalismo superado, incorporan valores sustantivos de los que el poder –siguiendo su bien conocida inercia– se quiere zafar. Y es desde esta lógica desde la que ha de entenderse la apertura a ordenamientos supranacionales y la dissociación de las categorías de validez y aplicabilidad, cualidad esta última en la que radica lo que queda de la soberanía (p. 117). La operación de control de la soberanía llevada a cabo por el constitucionalismo alcanza así su culmen momentáneo en esa máxima exacerbación de la abstracción que supone su confinamiento en una categoría, aparentemente inane, pero que es capaz de lograr que un juez español desplace cualquier fuente del ordenamiento al que prioritariamente debe servir.

Nada de todo esto sería comprensible sin reparar en la evidencia de que los estados no pueden sobrevivir en soledad y de que es preciso un pacto entre sujetos soberanos; lastimosos sujetos a los ya solo podemos llamar soberanos en la medida en que aun disponen de la capacidad de decisión sobre la integración de normas ajenas en su propio ordenamiento. Asistimos así a un proceso de desvalimiento sustantivo de los Estados, progresivamente consumidos en la capacidad de disponer políticas propias y a los que sólo les queda el consuelo de aparecer como los detentadores de la potestad de determinar, al menos formalmente, la aplicabilidad de los impulsos normativos externos.

Pero la aplicabilidad no es sólo la mejor categoría descriptiva de la realidad jurídica actual, la noción desde la que entender el mismo concepto actual de Constitución² sino la vía para alumbrar un nuevo Estado fuerte; no un nuevo Estado

2 Un concepto tan desprovisto de valor sentimental que resultaría difícil de compartir mayoritariamente salvo que se asuma el completo bagaje del que el autor parte, comenzando por la constante eventualidad de volver a la violencia desorganizada y al estado de naturaleza. La Constitución aparece entonces bajo el mismo signo de la necesidad que concibió al Estado bajo el paradigma hobbesiano.

social, sino un Estado capaz una vez más de proveernos de una vida segura (p. 148). La validez ha de sufrir el mismo destino que el Estado en soledad.

En el siguiente capítulo se diseccionan las razones por las que a juicio del autor el Estado se ha desvirtuado; esto es, ha dejado de ser eficaz en la aplicación de la fuerza. La primera se refiere a la desproporcionada consideración que ha adquirido el principio democrático. Creo meridianamente claras las siguientes frases: «El Estado democrático viable es aquél en el que el peso conceptual del modelo descansa en el sustantivo, reservándose para la democracia una función puramente adjetiva. Que la lógica democrática se haga presente en todas las dimensiones del Estado es gravemente disfuncional para su cometido como sistema de administración de la violencia al servicio de la constitución de un orden social que haga posible la mayor libertad para el mayor número» (pp. 179-180). El discurso expresa ahora su coincidencia con los análisis que critican la tiranía de la opinión pública y la cultura del instante; esto es, que ven en la conformación elemental y efectista de la democracia actual la razón profunda de esa elusión de responsabilidades que origina una segunda circunstancia muy perturbadora en la dinámica de los Estados-Nación actuales: el desplazamiento del momento político por el jurídico en la definición de los intereses generales y en consecuencia las dificultades para que el ordenamiento se mantenga presto a ser actualizado para encauzar las nuevas necesidades sociales. Nada de todo esto es evidentemente casual como puede deducirse de esta ajustada frase: «el fenómeno responde a una lógica que se deja sentir en mayor o menor medida en todo el edificio del Estado y que resulta en un desfallecimiento progresivo de la capacidad reguladora del ordenamiento pues el sistema se resiste a la revisión si ésta ha de ser en perjuicio de las situaciones de ventaja consolidadas en el pasado, abocándose así a la inoperancia para hacer frente a la realidad cuando se imponen nuevas circunstancias en las que aquellas situaciones ya no pueden ser viables» (pp. 190-191)³.

Todas estas circunstancias abocan a unos Estados menesterosos e ineficaces que emprenden una huida hacia adelante y crean una instancia supraestatal con unos objetivos muy concretos y no expresamente confesados (ni confesables). El proceso de construcción de las Comunidades Europeas es visto así desde una óptica nada complaciente como una iniciativa de la que se sirven los Estados para sostener una política económica que se situaba fuera de su alcance en una esfera exclusivamente

3 Esta tesis según la cual la elusión de responsabilidades políticas conduce de forma indefectible a la parálisis en el proceso de innovación normativa es otra de las que permite alumbrar todo tipo de investigaciones posteriores sobre el sistema de fuentes.

estatal férreamente controlada por los frenos propios del principio democrático. La UE queda dibujada nítidamente como una formidable «impostura» (p. 197), una estructura al servicio de consumidores y Estados-Nación que logran así hacer ingresar por la puerta de atrás las medidas que nunca hubieran podido incluir en su propio ordenamiento. Resta incluir a los grandes poderes económicos privados y completaríamos el elenco determinante de la dinámica de la UE⁴. Evidentemente, el ciudadano es el damnificado en este estado de cosas⁵. Nos dice: «La quiebra de la correspondencia entre gobernantes y gobernados es un principio estructural de la Unión que no puede solventarse simplemente con la democratización de sus instituciones y de sus procedimientos, sino con la revisión profunda de su misma naturaleza» (p. 202)

Esta frase nos da pie para encarar la definitiva propuesta del ensayo: la necesidad de estatalizar la Unión como nuevo soberano. Cualquier otra medida es o un imposible o un mero paliativo insuficiente. Totalmente inviable es volver a pensar en soberanos nacionales, y destinada a generar frustraciones la inflación de derechos reconocidos en múltiples cartas dictadas en el seno de ordenamientos cuya esencia reside en la limitación competencial. Por tanto la única vía que parece pertinente y que resulta coherente con toda la construcción que ha llevado al autor hasta aquí⁶

4 Que se traduce con entera evidencia en la penetración en el funcionamiento constitucional de la UE de estructuras y principios normativos de derecho privado que, en definitiva, nacen desde los presupuestos de la igualdad de las situaciones jurídicas, y no como en el caso del derecho público, a partir la consideración de las diferentes posiciones en función de la legitimidad, general o individual, de cada una de las mismas. Hago referencia en este sentido a elementos que han tomado gran relevancia tras la crisis económica de 2008 como el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, «construcción jurídica que somete a la disciplina del derecho privado (...) las deudas y garantías prestadas por los estados soberanos» (en palabras de A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas ediciones, León, 2012, p. 62) o los persistentes y contestados intentos de privatizar instituciones como la responsabilidad patrimonial o la expropiación forzosa (cfr. M. BELTRÁN DE FELIPE, «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAPyPAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustituto de la legislación interna», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. LORENZO MARTÍN RETORTILLO*, Vol. I, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2008, p.465).

5 Podríamos añadir que unos más que otros y que la libertad de algunos «modernos» –en el sentido de Constant– alemanes está de momento bien guarneida.

6 Así hay que entender la siguiente impugnación: «En su pretendida sofisticación, el recurso a ingenios conceptuales como pueden ser el “constitucionalismo en red” o “multinivel” y el “diálogo de tribunales” no han hecho sino dar cobertura a una realidad muy prosaica: la de un entramado inmane-

es la de reclamar para el ciudadano europeo –desconcertado, sin capacidad de control de las decisiones que se le aplican, sin capacidad de formular una alternativa que no pase por la simultaneidad de un proceso coincidente en la mayoría de los Estados-Miembros– un nuevo soberano, «un soberano capaz de recabar para sí el monopolio del ejercicio de la violencia, excluyendo de raíz toda controversia sobre la legitimidad de su título» (p. 240). Y es que estamos en una «situación demasiado próxima al Estado de naturaleza» (p. 240), y «la barbarie es todavía una realidad tangible y demasiado próxima» (p. 169). De modo que no resulta extraño que lo que se defienda sea construir un nuevo Estado. La única novedad se cifraría en conseguirlo por primera vez en la historia de manera incruenta pero no es el contexto el más proclive. Efectivamente difícil será hacerlo cuando no aprecia un sustrato de valores sustancialmente compartidos (de nuevo la referencia a la inmigración) en el que la normatividad sea el punto de encuentro incluso para su modificación. A su juicio la tensión entre Estado y democracia (lo que en palabras de, por ejemplo, el Tribunal constitucional en la STC 259/2015 se denomina tensión entre Estado de derecho y Estado democrático⁷) está siendo inadecuadamente entendida y la partida se viene decantando en favor de la democracia (de un determinado concepto de democracia, añadiría yo). No estamos en el mejor de los momentos para semejante e inédita transformación y apelar a la educación, siendo necesario, no deja de parecer en su ambigüedad una melancólica renuncia a considerar su mera posibilidad.

En definitiva: si en el siglo XVII se trataba de poder límites a un soberano existente ahora de lo que se trata, viene a decir, es de trabajar para que se constituya y establecer posteriormente sus límites. Ello supone subvertir la inercia de tres siglos de constitucionalismo aplicado con devoción al establecimiento de límites, pero de no hacerlo así estaríamos ante una dualidad de estructuras incapaces de preservar la seguridad y los derechos de los ciudadanos, ante un Estado de naturaleza, en suma.

Tras el baño de realismo que al que el autor nos ha sometido me permito añadir para mayor desazón –y consciente de que maniató aún más las soluciones posibles– la siguiente reflexión: ¿tiene sentido, sabiendo lo que sabemos de la soberanía, seguir la lógica del ensayo y confiar en poder mantenerla bajo el control de la abstracción al tiempo que la personalizamos de nuevo en una estructura estatal inédita? ¿No será ciertamente ilusorio que una vez que conocemos las técnicas del control del poder

jable de sistemas normativos del que resultan, por un lado una serie de soberanos nacionales liberados de sus límites y, por otro, un *proto soberano* comunitario al que aquéllos no permiten que tome vida propia y sólo consienten como instrumento al servicio de su propia soberanía». Pp. 239-240.

7 Concretamente en el FJ 5º.

las aplacemos en la esperanza de poder aplicarlas una vez que el nuevo soberano haya visto la luz? ¿Podemos estar seguros de que este nuevo poder erigido podrá ser limitado habida cuenta del que no son pocos ni tímidos los Minotauros que tienen capacidad para plantear exigencias capaces de doblegar cualquier posición jurídica formalmente reconocida? ¿Debemos, pues, esperar ansiosamente al nuevo soberano, si continua adoptando la forma poco amigable con la que está perfilándose? Pues a lo mejor estamos obligados a responder afirmativamente, por puro pragmatismo, una vez constatadas las derrotas recientemente sufridas por la Unión en los ámbitos de las políticas económicas y de seguridad. Una vez más, nos tocará hacer de la necesidad, virtud.

La propuesta se cierra en las páginas finales esperando un retorno de la educación constitucional –de la educación, en definitiva– del ciudadano, consciente de sus derechos pero también de sus obligaciones. El realismo ceja en este final que implora un silencio tan preñado de significación que no parece al alcance de nuestro tiempo.

En fin: impecable en su argumentación, consistente en sus argumentos, honesto hasta la incorrección política y profundamente polémico. Muchas de las páginas del profesor Requejo merecen, a mi juicio, una importante contestación pero tendrá que ser un escritor muy bragado el que tenga el fuste que la réplica requiere.



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.

