

[21]

Ene-Jun
2014



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL EUROPEO

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

[NÚMERO 21 | ENERO-JUNIO 2014]

C.M.: 10856



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

21

Año 11, número 21, enero-junio de 2014

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

Universidad de Granada
Instituto Andaluz de Administración Pública

CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

José Antonio Montilla Martos

SECRETARIOS ADJUNTOS

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

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámera Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

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

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

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

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

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

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

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

EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de Publicaciones en materia de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

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

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

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

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

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

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 11, número 21, enero-junio de 2014

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN	9
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Un análisis del diseño constitucional y de la evolución del sector público brasileño	15
HUGO CESAR ARAÚJO DE GUSMÃO	
La Administración en los EE.UU.: un breve recorrido entre sus reformas hasta la crisis actual.....	45
SABRINA RAGONE	
La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en perspectiva comparada: el Reino Unido	73
HELEN KERR	
La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en perspectiva comparada: el caso francés.....	89
KATIA BLAIRON	
ARTÍCULOS	
Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea.....	143
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera	195
JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ	

La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.....	221
CRISTINA CUETO MORENO	
PERFILES/NOTICIAS	
Nicolás Ramiro Rico: El maestro recatado.....	263
RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ	
TEXTOS CLÁSICOS	
Consideraciones teóricas a propósito de la relación del referéndum con el parlamentarismo.....	291
RAYMOND CARRÉ DE MALBERG	
JURISPRUDENCIA	
¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma.....	309
JUAN LUIS FUENTES OSORIO	
Tutela judicial, garantía patrimonial e insolvencia de la Administración: acerca de los Asuntos De Luca c. Italia y Pennino c. Italia (SSTEDH de 24 de septiembre de 2013).....	347
M ^a DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO	
LEGISLACIÓN	
Crónica de legislación europea	369
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	
FORO	
La reforma de la Unión Económica y Monetaria como reacción a la crisis.....	385
DIEGO LÓPEZ GARRIDO	
NOTICIAS DE LIBROS	
Konrad Hesse, “L’unità della Costituzione. Scritti Scelti di Konrad Hesse”, edición de A. di Martino y G. Repetto, Prólogo de Peter Häberle, Editoriale Scientifica, 2014.....	397
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
Ricardo Martín Morales, “Las propiedades paradójicas del Derecho constitucional”, Civitas, 2013	399
TOMÁS REQUENA LÓPEZ	

Presentación

Con la publicación de su número 21, la Revista de Derecho Constitucional Europeo celebra su décimo aniversario. En el año 2004 vio la luz su primer número, justamente el del período enero-junio, con el patrocinio del Instituto Andaluz de Administración Pública, que ha sido un apoyo constante en este decenio, lo que nos ha permitido consolidar la Revista, ampliando sus secciones desde las iniciales, del mismo modo que ha aumentado progresivamente el número de integrantes de su Consejo Asesor y su proyección nacional e internacional.

Si tuviéramos que hacer un balance de lo que estos diez años han supuesto para la Revista, podríamos decir que hemos publicado en la revista un gran número de trabajos de unos 200 autores, que proceden de muy diversos países, básicamente europeos (España, Francia, Portugal, Italia, Alemania, Bélgica, Austria, entre otros) aunque también americanos (Estados Unidos, Brasil, México, Chile, entre otros) que han aportado una perspectiva constitucional al estudio de muy diversas temáticas relacionadas básicamente con los procesos de integración supranacional y específicamente con la integración europea.

La revista sigue teniendo como horizonte científico el Derecho Constitucional Europeo con una perspectiva metodológica propia basada en los planteamientos doctrinales del Presidente de Honor de nuestro Consejo Asesor, el Profesor Peter Häberle. La integración de los diversos espacios constitucionales de Europa en el análisis de las cuestiones constitucionales y la orientación específica hacia la interacción entre ellos es una de las vertientes más significativas de esa perspectiva metodológica.

Es preciso señalar, no obstante, que la Revista –sin perder su perfil europeo– se ha acercado progresivamente a las cuestiones relacionadas con el proceso de globalización y con otras experiencias de integración supranacional que constituyen hoy el germen de un Derecho Constitucional de la Integración Supranacional del que queremos ser un referente. El modelo europeo, con sus luces y sus sombras, es el que más ha avanzado hasta ahora –con diferencias muy relevantes respecto de cualquier otro– en la integración supranacional. Por ese motivo, resulta natural que sigamos siendo una Revista de Derecho Constitucional Europeo y, al mismo tiempo, que proyectemos esa experiencia sobre los otros procesos de integración regional en curso en el contexto de la globalización.

Ciertamente, no estamos viviendo la mejor época de la integración europea (los resultados de las recientes elecciones al Parlamento Europeo son buena prueba de ello). Sin embargo, mantenemos la esperanza de que Europa sea, más pronto que tarde, un Estado federal inspirado en el patrimonio constitucional común de las democracias pluralistas europeas. Un orden político centrado en la ciudadanía y en el pluralismo, congruente con los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

La parte monográfica de este número 21 incorpora una nueva entrega de los trabajos realizados en el marco de la investigación sobre “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización”. Como ya indicáramos en la Presentación del número 20, esta investigación está dedicada al análisis de las diferentes respuestas que se han dado en diversos países a la cuestión de la dimensión de lo público y a las propuestas de reforma que se han activado especialmente con motivo de la crisis económica. Los estudios publicados en este número siguen la senda del análisis de la evolución del sector público y de las propuestas de reforma en relación con las líneas temáticas aplicadas a determinados países, en concreto, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Brasil.

Se trata de cuatro estudios encabezados por el de Hugo César Araújo de Gusmão “Un análisis del diseño constitucional y de la evolución del sector público brasileño”, al que sigue el de Sabrina Ragone, sobre “La Administración en los EE.UU.: un breve recorrido entre sus reformas hasta la crisis actual”. Completan esta sección el trabajo de Helen Kerr, acerca de “La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en perspectiva comparada: el Reino Unido” y el de Katia Blairón, “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en perspectiva comparada. El caso francés”.

En la sección de artículos publicamos en este número el de José Luis Monereo Pérez, que fue su Discurso en la festividad de San Raimundo de Peñafort de 2013, en la Facultad de Derecho de Granada: “Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Igualmente, el de José María Porras Ramírez, sobre “El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera”. Por último, cierra esta sección el trabajo de Cristina Cueto acerca de “La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”.

En la sección de Perfiles se incluye una interesante semblanza del Profesor Ramiro Rico, realizada por Ricardo Chueca, bajo un título expresivo “Nicolás Ramiro Rico: el maestro recatado”, de quien, como indica su autor, fue un maestro excepcional, probablemente porque nunca pretendió serlo, pudiendo. Por su parte, la sección en la que publicamos textos clásicos, está dedicada al constitucionalista francés Raymond Carré de Malberg, con un estudio de 1931 traducido por Enrique Guillén, “Consideraciones teóricas a propósito de la relación del referéndum con el parlamentarismo”, de evidente actualidad en un tiempo en el que la invocación del referéndum se hace cada vez más presente en la vida política.

La sección de Jurisprudencia está encabezada por el trabajo de Juan Luis Fuentes Osorio: “¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la

propuesta de reforma” e incorpora también el de Dolores Utrilla Fernández-Bermejo sobre “Tutela judicial, garantía patrimonial e insolvencia de la Administración: acerca de los Asuntos de Luca c. Italia y Pennino c. Italia (SSTEDH de 24 de septiembre de 2013)”. La de Legislación, preparada por María Luisa Balaguer Callejón, contiene un amplio número de referencias normativas europeas sobre materias muy diversas.

El Foro recoge en este número una reflexión de quien fuera Secretario de Estado para la Unión Europea, el Profesor Diego López Garrido, bajo el título “La reforma de la unión económica y monetaria como reacción a la crisis”. Por último, el apartado dedicado a Noticias de Libros contiene dos referencias. La primera de ellas, realizada por Miguel Azpitarte, la relativa a una publicación italiana de la obra del maestro alemán Konrad Hesse: Konrad Hesse, *L'unità della Costituzione. Scritti Scelti di Konrad Hesse*, edición de A. di Martino y G. Repetto, Prólogo de Peter Häberle, *Editoriale Scientifica*, 2014. La segunda, realizada por Tomás Requena, versa sobre la obra de Ricardo Martín Morales, *Las propiedades paradójicas del Derecho constitucional*, *Civitas*, 2013.

Comenzábamos esta Presentación haciendo referencia al importante papel que ha tenido el Instituto Andaluz de Administración Pública en la consolidación de esta Revista, que ahora cumple diez años, y queremos reiterar ahora nuestra gratitud al Instituto. Al mismo tiempo, manifestamos nuestro agradecimiento a las otras instituciones e instancias que, desde el momento fundacional de la Revista o a lo largo de estos diez años, han contribuido a su publicación, tanto a nivel europeo como nacional o autonómico. En particular, queremos hacer referencia a las que actualmente sustentan este proyecto, comenzando por el ámbito autonómico, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía «Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social» y al Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-4931: «Reformas estatutarias y desarrollo estatutario en el marco de la Unión Europea».

En el ámbito nacional, a la Fundación Peter Häberle y al Proyecto de Investigación DER2010-19863: «Los Derechos Fundamentales en el contexto de un mercado único». Por último, en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo, la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, así como el 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

UN ANÁLISIS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y DE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO BRASILEÑO*

HUGO CÉSAR ARAÚJO DE GUSMÃO**

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Principios constitucionales que afectan al sector público.
3. Evolución histórica del sector público en Brasil.
4. Sector público y producto interior bruto.
5. Sector público, derechos sociales y mandatos relativos a la actividad prestacional del Estado.
6. Congruencia de la configuración del sector público con la regulación constitucional de la Administración.
7. Reformas de la Administración y del sector público previas a la crisis.
8. Situación económica del país en el contexto de la crisis, proyectos de reforma de la Administración y del sector público, valoración de su evolución en el contexto de la crisis y propuestas de posibles líneas de reforma para compatibilizar eficiencia y racionalización entre el sector público y los principios del Estado social.

1. INTRODUCCIÓN

Los testigos de la promulgación de la Constitución Federal Brasileña en 1988 pueden afirmar que el Brasil de aquella época era un país muy diferente al de hoy. A lo largo de los últimos veinticuatro años la sociedad brasileña cambió sustancialmente, aunque todavía continúen presentes muchos desafíos, demostrando la necesidad de avanzar aún más.

La Constitución de 1988 es un documento prolífico, fruto de la necesidad de la sociedad brasileña, después de más de dos décadas de un régimen político-jurídico cerrado y no democrático, de cristalizar conquistas, derechos y garantías. Uno de los capítulos de mayor relevancia para comprender el espíritu de la ordenación

* Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro.

** Profesor de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de la Universidad Estatal de Paraíba.

constitucional vigente fue el de los derechos sociales. Realmente, la Constitución sacó a la luz un singular catálogo de derechos entre los que aquéllos ocupaban un lugar destacado. Al mismo tiempo, la reacción contra el contexto político-administrativo de los gobiernos militares se hizo sentir también en la configuración dada a la Administración pública.

La forma en la que se comprendió el papel y la dimensión del Estado en la Carta de 1988 tendría que ser revisada no mucho tiempo más tarde. Dos factores, uno interno y otro externo, contribuirán sustancialmente a su reforma. El primero transcurrió en el contexto de la profunda crisis económica que asolaba el Brasil en la época de la promulgación de la Constitución. El otro vino dado por los vertiginosos cambios que el mundo experimentaba al final de la década de los 80 y el inicio de los 90. Se hacía necesario, introducir a la sociedad Brasileña en el siglo XX, superar décadas de atraso, reducir la enorme brecha entre ricos y pobres y, al mismo tiempo, hacer más eficiente y flexible la administración pública sin perder de vista la necesidad de preservar la legalidad y la moralidad inherentes a su manifestación. Por consiguiente, la Constitución de 1988 estuvo y está sujeta a innumerables ajustes destinados a rediseñar el sector público como un todo.

En 2008, como sabemos, eclosionó la crisis económica que está siendo particularmente severa con los estados del sur de Europa, imponiéndose el discurso de la remodelación del sector público. Ese discurso parece ser corrosivo para las políticas del Estado del Bienestar. Muchos de los derechos y garantías sociales se encuentran ahora amenazados frente a esa supuesta necesidad de reformar la administración pública a través de una política ortodoxa de recortes del gasto que repercute, invariablemente, en los derechos y garantías sociales.

La crisis no ha tenido el mismo impacto en Brasil. En realidad, la gran crisis económica allí experimentada fue anterior a la actual. Aun así, no se puede afirmar que el país no se haya visto afectado por sus consecuencias.

Atendiendo a la necesidad de diagnosticar la forma en la que la crisis económica ha afectado a la configuración del Estado, este trabajo, que tiene por objeto una aproximación constitucional al sector público brasileño, pretende demostrar cómo éste evolucionó en las últimas décadas, cómo se ha visto influenciado por el devenir de la Constitución de 1988 –que impuso principios para su configuración y desarrollo– y las reformas en ella emprendidas –a tenor de las necesidades económicas, políticas y sociales –con tales principios.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL SECTOR PÚBLICO

El compromiso con un modelo constitucional en el que el Estado asume una postura activa con la finalidad de reducir las desigualdades sociales fue asumido por el Constituyente brasileño ya desde el Preámbulo de la Constitución de 1988, al situar como norte la construcción de “(...) un Estado democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada sobre la armonía social (...).”

Este perfil se ve reforzado tanto por la determinación de los fundamentos como de los objetivos del Estado. En el primer caso, a tenor del Art. 1º, IV, por la función social del trabajo y la libertad de empresa. A través de esta disposición, el Constituyente pretendió situar en la base del Estado la obligación de someter la política al servicio de lo social, con la firme intención de mitigar las asimetrías entre los titulares de los medios de producción y los que constituyen la fuerza de trabajo en una sociedad, de partida, históricamente desigual.

Más adelante, se fue más lejos al disponer como finalidades del Estado (Art. 3º, I, II y III) la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, en garantía del desarrollo nacional y de la erradicación de la pobreza y la marginación, así como de la reducción de las desigualdades sociales y regionales. En sintonía con estos objetivos, los derechos sociales, que se configuran como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização[sic] de situações sociais desiguais (...).”¹, en la Constitución de 1988 se dispusieron de forma genérica en el Art. 6º, in fine, comprendiendo la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, seguridad social, protección de la maternidad y de la infancia, y la asistencia a los discapacitados.

El tema de los derechos sociales en la Constitución de 1988 merece una atención especial en lo concerniente a su naturaleza. En primer lugar por encontrarse localizados en el Título II, que trata sobre los Derechos y Garantías Fundamentales. Se puede considerar, por su inclusión en este Título, que el Constituyente no tuvo dudas a la hora de considerar los derechos sociales como fundamentales. Comprensión plenamente respaldada por la doctrina. Además, el Art. 5º, § 1º

¹ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 20 ed. São Paulo, 2001, p 289.

estableció que las “(...) normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”. Por otro lado, el Art. 60, § 4º, I-IV, que establece las cláusulas de intangibilidad en el sistema constitucional brasileño contempló los derechos y garantías individuales. Finalmente, el tratamiento específico de estos derechos sociales se realizó sin atender a los cánones de una correcta sistematización legislativa. Mientras que algunas disposiciones definitorias se encuentran en el Título II, “De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos”, otros se agruparon en el Título VIII, que trata del “Orden Social”. Toda esta confusa configuración pone en duda la cuestión de su naturaleza, su eficacia y la protección de estos derechos.

Frente a la perspectiva contraria a la eficacia inmediata de las disposiciones de derechos sociales, dado que su enunciación se realiza a través de normas excesivamente abstractas y genéricas, se argumenta que, en primer lugar, no todas las normas que definen derechos sociales se encuadrarían como normas programáticas –es el caso de aquellas relativas a los derechos laborales– haciéndose necesario, también, buscar la máxima aplicabilidad de las normas constitucionales como forma de preservar la fuerza normativa de la Constitución, razón por la cual cabría resguardar los derechos sociales de cualquier interpretación restrictiva en cuanto a su fuerza normativa². Por otro lado, gana peso la comprensión de que, a pesar de que no se haya dispuesto así de manera inequívoca por el Constituyente, estos derechos se encuadrarían en el rol que desempeñan las cláusulas de intangibilidad del Art. 60 de la Constitución Federal³.

En lo relativo a los diferentes tipos de derechos sociales, los derechos laborales, cuyo papel es simplemente ejemplificativo, fueron recogidos en el Art. 7º. En esta disposición se constitucionalizaron algunos de los más sólidos avances en el ámbito de las relaciones laborales, como la protección contra el despido arbitrario o sin justa causa (Art. 7º, I), seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario (Art. 7º, II), fondo de garantía por tiempo de servicio (Art. 7º, III), irredutibilidad del salario mínimo si no es causado por convenio colectivo o pacto (Art. 7º VI), entre otros. Algunos de estos derechos laborales se extienden también a los trabajadores de la administración pública, conforme al Art. 39, § 3º, siendo éstos los derechos al salario mínimo fijado por la ley y la garantía de un salario nunca inferior al mínimo en caso de remuneración

² D. C. de ALMEIDA, “A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito”, *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 15, 2007, 1, Universidad Complutense de Madrid, disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>, p. 4-5.

³ I. W. SARLET, “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, *Revista Diálogo Jurídico*, Año I, Vol. I, n. 1, Abril de 2001, Salvador, Bahía, p. 11.

variable (Art. 7º, IV y VII), el derecho al decimotercer salario y a una remuneración del trabajo nocturno superior al diurno (Art. 7º, VIII y IX), el salario familiar para los dependientes del trabajador de baja renta (Art. 7º, XII), el derecho a la limitación de la jornada de trabajo a ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales y al descanso semanal remunerado (Art. 7º, XIII y XV), el derecho a la remuneración del servicio extraordinario superior, como mínimo, al cincuenta por ciento del normal (Art. 7º, XVI), el derecho al disfrute de vacaciones anuales remuneradas (Art. 7º, XVII), el derecho al permiso de maternidad y de paternidad (Art. 7º, XVIII y XIX), el derecho a la prevención de los riesgos laborales (Art. 7º, XXII), y la garantía de la prohibición de la diferencia de salarios, de ejercicio de funciones y de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil (Art. 7º, XXX).

Por otro lado, en el Art. 193, CF, se prevé que “(...) El orden social tiene como base primar el trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social”. A partir de ahí, la Constitución cubre una vasta gama de temas que van desde la seguridad social (Art. 194) pasando por la salud, al sistema social de pensiones, educación y cultura, hasta el deporte, el medio ambiente y la protección a la senectud, la infancia y la adolescencia.

Cabe destacar algunos aspectos importantes de esta función asumida por una determinación prestacional del Estado. La seguridad social se asienta en los objetivos de universalidad de la cobertura y la atención, de uniformidad y equivalencia de los beneficios y servicios en las poblaciones urbanas y rurales, de selectividad y distributividad en la prestación de los beneficios y servicios, de irreductibilidad del valor de los beneficios, equidad en la forma de participación en el coste, diversidad de la base de financiación –básicamente por medio de recursos derivados del presupuesto de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios (Art. 195)– y, finalmente, por el carácter democrático y descentralizado de la Administración.

La Previsión Social (sistema de pensiones), cuestión de competencia legislativa privativa de la Unión (Art. 22, XXIII) en el modelo previsto en la Constitución de 1988, prevé (Art. 201) la cobertura de las contingencias de enfermedad, invalidez, muerte, y vejez; protección de la maternidad y de los trabajadores en situación de desempleo involuntario, familia y reclusión, así como pensión por muerte del asegurado, hombre o mujer, al cónyuge o compañero y dependientes. También se encuentra previsto en la Carta Política la edad y las condiciones de jubilación en el régimen general de la previsión social, siendo de 35 y 30 años de contribución para hombre y mujer, o 65 y 60 años para hombre y mujer, respectivamente.

Por otro lado, la salud es reconocida como derecho de todos y deber del Estado (Art. 196), quedando en manos del Poder Público su regulación, fiscalización y

control, y pudiendo ser ejecutadas, sus acciones y servicios, directamente o a través de terceros (art. 197). Esta prestación de la salud pública realizada por el Estado encuentra un límite normativo en el Art. 198 de la Constitución, en el que se prevé la creación de un sistema único de salud (SUS), constituido por las acciones y servicios públicos de salud que se integran en una red regionalizada y jerarquizada, financiada también con recursos presupuestarios de la seguridad social de las distintas unidades federativas, sin perjuicio de otras fuentes (Art. 198, § 1º), y al que compete, entre otras cosas, el control y fiscalización de los procedimientos, productos y substancias de interés para la salud y la participación en la producción de los medicamentos, equipamientos, hemoderivados y otros productos. Además, la asistencia a la salud se abre a la iniciativa privada, facultándose a las instituciones de esta naturaleza para la participación complementaria en el SUS (Art. 199).

La asistencia social, política y administrativa descentralizada, cuya coordinación y regulación genérica y coordinación y ejecución de los programas cabe, respectivamente, en la esfera federal y en la estatal y municipal, y cuyas acciones se realizan con recursos presupuestarios de la seguridad social entre otras fuentes (Art. 204), se prevé de forma amplia y universal en el Art. 203, de la Constitución de 1988. Entre sus objetivos está la protección de la familia, la maternidad, la infancia, la adolescencia y la vejez, el amparo a los niños y adolescentes con necesidades, la promoción de la integración en el mercado de trabajo, la habilitación, rehabilitación e integración de personas con discapacidades y la garantía de un salario mínimo mensual para personas discapacitadas y a los ancianos sin medios suficientes.

La educación se observa como punto de convergencia entre el Estado, la familia y la sociedad. Se consagra como derecho de todos y deber del Estado y la familia, promovida e incentivada con colaboración de la sociedad (Art. 205). Se asienta sobre los principios de igualdad de condiciones en el acceso y la permanencia en la escuela, libertad de cátedra, investigación, aprendizaje y divulgación del pensamiento, arte o saber, pluralismo de ideas y concepciones pedagógicas, gratuitad de la enseñanza pública en establecimientos oficiales, valoración de los profesionales de la educación escolar, gestión democrática de la enseñanza pública, garantía del salario mínimo nacional y de calidad para los profesionales de la educación escolar pública (Art. 206). Aunque se abre la posibilidad a la iniciativa privada de ofertar educación, una vez cumplidas las normas generales de educación nacional y tras la autorización y validación del Poder Público (Art. 209), la educación básica es gratuita y obligatoria desde los cuatro años a los diecisiete, y se prevé la progresiva universalización de las enseñanzas medias gratuitas (Art. 208). Estas condiciones generales también

se aplican a las universidades, que gozan de autonomía didáctica, científica, administrativa y de gestión financiera y patrimonial (Art. 207).

Territorialmente, la oferta de educación se efectúa a través de los sistemas de enseñanza de cada una de las unidades federadas, atribuyéndoles competencias diferenciadas, aunque la universalización de la enseñanza obligatoria sea un norte común que exija la colaboración entre todas ellas (Art. 211). La Unión, además de organizar el sistema federal de enseñanza y de financiar las instituciones de enseñanza pública federales, ejerce una función redistributiva y suplementaria para garantizar tanto la igualdad de oportunidades educativas, como un estándar mínimo de calidad en la enseñanza, a través de la asistencia técnica y financiera a las demás unidades federales, debiendo aplicar no menos del dieciocho por ciento, como mínimo, de los ingresos resultantes de los impuestos en la manutención y desarrollo de la enseñanza. Para los Estados y Municipios este porcentaje aumenta al veinticinco por ciento, siendo competentes, respectivamente, para la actuación prioritaria en las enseñanzas básicas y medias, y fundamentales y de educación infantil.

La Constitución sitúa bajo la protección del Estado la Cultura, estableciendo, en su Art. 215, que “El estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales”. Dado que gran parte de su desarrollo se deja a su regulación, infraconstitucional, en términos prácticos, se faculta a los Estados y al Distrito Federal a vincular al fondo estatal de fomento a la cultura hasta veinticinco décimas del porcentaje de los ingresos tributarios líquidos para la financiación de programas y proyectos culturales (Art. 216).

En lo concerniente a la división de competencias entre las Administraciones, la Constitución Federal prevé, en su Art. 23, como competencia común de las distintas esferas político-administrativas autónomas el cuidado de la salud y la asistencia pública, la protección y la garantía de las personas portadoras de deficiencias, la promoción de los medios de acceso a la cultura, la educación y la ciencia, la protección del medio ambiente, la lucha contra las causas de la pobreza y los factores de marginación. En lo referente a la competencia legislativa ésta es concurrente entre la Unión, los Estados y el Distrito Federal, (Art. 24) en relación a la educación, la cultura, enseñanza y deporte, protección a la infancia y a la juventud, previsión social y protección y defensa de la salud.

En el modelo constitucional brasileño la Administración Pública, en cualquiera de los Poderes de los distintos entes federativos obedece a los

principios de legalidad, independencia, moralidad, publicidad y eficiencia (Art. 37). El texto originario de la Carta de 1988 no preveía este último, añadiéndose en la Enmienda Constitucional N° 19/1998. Además de estos principios, la Constitución prevé varias directrices para la organización de la Administración Pública, en el mismo artículo. Entre éstas, destacan el principio de acceso a los cargos o empleos públicos por medio de concurso público, pruebas selectivas o concurso y pruebas selectivas, la garantía de los funcionarios públicos de libre asociación sindical, el derecho de huelga, techo salarial universal como el de los “Ministros del Supremo Tribunal Federal”, y en especial, el tope en los Municipios tiene como límite el del subsidio mensual del Prefecto, y en el Estado, el del Gobernador para el Poder Ejecutivo, el de los Diputados estatales para el Legislativo y el de los Magistrados de los Tribunales de Justicia en el Poder Judicial.

Además de ello, queda fijada la regulación de la participación directa e indirecta del usuario en la administración pública, con especial atención a las reclamaciones relacionadas con la prestación de servicios públicos en general, el acceso de los usuarios a los registros administrativos e informaciones sobre actos del gobierno y la disciplina de representación contra el ejercicio negligente o abusivo del cargo, empleo o función en la administración pública. Finalmente, entre otros aspectos, el Constituyente ha previsto (Art. 37, § 4º) que “(...) los actos de improbadidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación prevista en la ley, sin perjuicio de la acción penal procedente”.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SECTOR PÚBLICO EN BRASIL

En relación a la estructura administrativa del Estado, a lo largo del siglo XX, Brasil ha experimentado cuatro grandes transformaciones. La primera de ellas constituyó el tránsito de un modelo patrimonialista a otro racional y legalista, dotado de una élite burocrática. La segunda transición se hizo al introducir cierta flexibilidad en la Administración Pública. La tercera estuvo marcada por el advenimiento de la Constitución de 1988 y la última por las reformas operadas en ésta.

El modelo administrativo brasileño hasta la Era Vargas se caracterizó por un patrimonialismo típico de una sociedad con una economía semi-feudal, con un pasado monárquico y esclavista, donde los servidores públicos carecían de cualificación técnica y el interés público no representaba una prioridad.

En este contexto toma forma en el sector público el llamado clientelismo, que en el campo de la Administración Pública es un terreno fértil no sólo para la corrupción, sino también para el intercambio de favores. La crisis económica de 1929 y los cambios socio-políticos experimentados en Brasil fueron suficientes para poner en crisis al inmovilismo del Estado patrimonialista. En este sentido, según Frederico Lustosa da Costa, la República Vieja “(...) foi se tornando disfuncional ao Brasil que se transformava, pela diversificação da economia, pelo primeiro ciclo de industrialização, pela urbanização e pela organização política das camadas urbanas”⁴. Igualmente, las características antes apuntadas de este modelo nunca abandonarán el marco administrativo brasileño y continuarán muy presente hasta la actualidad.

Brasil romperá con este contexto en la Revolución de 1930, y, por tanto, los avances en su estructura administrativa son tardíos, pues Europa y los Estados Unidos ya habían adoptado un modelo racional-legal weberiano a finales del siglo XIX e inicios del XX⁵. La profunda ruptura política experimentada en la Era Vargas, dio lugar también a una reforma de las bases de la Administración Pública, con la creación de una burocracia, amparada ya por las directrices del racionalismo y del legalismo, profesionalizando así el servicio público. El impulso reformista experimentado en la década de los treinta, incompatible con las estructuras oligárquicas de la «República Velha» fue el motor de este cambio cualitativo en el modelo administrativo. Frederico Lustosa Costa apunta dos vertientes principales que orientan los cambios emprendidos por el gobierno de Getúlio Vargas:

“(...) estabelecer mecanismos de controle da crise econômica, resultante dos efeitos da Grande Depressão, iniciada em 1929, e subsidiariamente promover uma alavancagem industrial; promover a racionalização burocrática do serviço público, por meio da padronização, normatização e implantação de mecanismos de controle, notadamente nas áreas de pessoal, material e finanças”⁶.

El impulso modernizador y racionalista de la Era Vargas puede medirse correctamente si tomamos en consideración que junto a las profundas reformas

⁴ F. L. DA COSTA, “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”, *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro, N.º 45 (5), sept./oct. 2008, pp. 829-874FGV EBAPE, p. 840.

⁵ C. J. G. COVA, “A dimensão ética na reforma gerencial da administração pública no Brasil” *Fundação Escola de Serviço Público do Estado do Rio de Janeiro. (Org.). Coletânea do 10º Concurso de Casos e Textos em Administração Pública*. Rio de Janeiro, FESP-RJ, 2007, p. 5

⁶ COSTA, Op. cit., 2008, p. 844.

emprendidas, se creó un organismo responsable del reclutamiento y entrenamiento de una élite burocrática, el Departamento Administrativo de Servicio Público, “(...) com a missão de definir e executar a política para o pessoal civil, inclusive a admissão mediante concurso público e a capacitação técnica do funcionalismo (...)”⁷. Al mismo tiempo en que se alejaba el paradigma patrimonialista, sin embargo, este nuevo modelo quedaba caracterizado por una excesiva rigidez que se manifestaba en la lentitud de los procesos decisarios.

Por otro lado, el sector público también se ve ampliado en la Era Vargas en relación a la política social⁸. La Constitución de 1934 fue la primera en el constitucionalismo brasileño en prever en su texto los derechos sociales haciendo referencia, ya en su preámbulo, al bienestar social y económico. En este sentido, afirma José Afonso da Silva que la Carta del 34, al “(...) lado da clásica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordemeconómica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar”⁹. Esta tendencia sería mantenida por la Constitución de 1946, que, además de recepcionar innumerables conquistas laborales y en el ámbito del derecho a la educación, preveía en su art. 145, que el orden económico se organizaría conforme a los principios de justicia social, conciliando la libre iniciativa con el valor social del trabajo.

Por otro lado, aunque marcase un hito en relación con el modelo administrativo de la «República Vieja», el patrón implantado en la Era Vargas no se mostró capaz de acompañar los cambios constantes de un mundo cuyas transformaciones hacían el tejido socio-político cada día más complejo y exigían flexibilidad al Estado para gestionar las demandas colectivas. Por esta razón, no mucho tiempo después de la instauración del ciclo de los gobiernos militares en 1964, y acompañando una tendencia estatal intervencionista en la economía y la sociedad, se llevó a cabo otra reforma del modelo de Estado. En realidad, según Frederico Lustosa da Costa:

“(...) o governo militar realizou, à suamaneira, comsinais trocados, o programa de reformas de base - elaborou o Estatuto da Terra, promoveu uma reforma tributária, reorganizou o sistema bancário, reestruturou o ensinouniversitário e realizou uma ampla

⁷ Ibidem, p. 845.

⁸ V. L. P. RESENDE, *Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988*, 150 f. Dissertação (Máster)-Centro Universitário Fieo, Osasco, 2006.

⁹ J. A. DA SILVA, Op. cit., 2001, p 82.

reforma administrativa. Em 1965 teve início a reforma tributária que se consolidou com a Constituição de 1967, uniformizando a legislação, simplificando o sistema e reduzindo o número de impostos. Elatrouxe uma brutal concentração de recursos nasmãos da União, esvaziando financeiramente estados e municípios que ficaram dependentes de transferências voluntárias”.¹⁰

Sin embargo, más allá de estas reformas, la transformación del modelo administrativo vino de la mano del Decreto-Ley N.º 200/67, con el que se intentaba superar la rigidez del modelo anterior, enfatizándose la planificación, la descentralización, delegación de competencias y coordinación, razón por la cual se ve impulsada la Administración Indirecta, más flexible, en detrimento de la Administración Directa, sujeta a un intenso control, un proceso en el que ya se profundizaba desde hacía más de una década:

“Esse período [1952-1962] se caracteriza por umacrescentecisã o entre a administração direta, entregue ao clientelismo, e a administração descentralizada (autarquias, empresas, institutos e grupos especiais *ad hoc*), dotados de maiorautonomia gerencial e que podiam recrutarse e quadrossem concursos, preferencialmente entre os formados em think tanks especializados, remunerando-os em termos compatíveis com o mercado. Constituía-m-se assimilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento, enquanto se deteriorava o núcleo central da administração”.¹¹ Por esta razón, não só se deteriora a Administração Direta, como o abandono de elementos do modelo anterior, mais rígido, acaba conectando com elementos da herança clientelista advinda do passado colonial e da cultura administrativa da República Velha: “Não se institucionalizou uma administração do tipo weberiano; a administração direta passou a ser utilizada como fonte de recrutamento, prescindindo-se, em geral, do concurso público”.¹²

Desde el punto de vista de la política social, la etapa de los gobiernos militares, con la Constitución de 1967, a pesar de las severas restricciones en el ámbito de los derechos y garantías individuales, se consagran algunos derechos sociales, tales como la prohibición de distinción entre salarios por motivos étnicos, participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y jubilación a los años treinta años con un salario integral para la mujer.

La crisis de los gobiernos militares marcaría también la crisis del modelo administrativo introducido formalmente por el Decreto-Ley N° 200/67. Con los

¹⁰ COSTA, Op. cit., 2008, p. 850-851.

¹¹ Ibidem, p. 848

¹² O. B. LIMA JÚNIOR, “As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos”, *Revista do Serviço Público*, v. 49, n. 2, 1998, p. 14

problemas económicos iniciados en la primera mitad de la década de los sesenta, la estructura del Estado se observa contraria a la realidad mundial, que exigía una Administración Pública más gestionada, menos pesada y en mayor sintonía con las demandas sociales.

La promulgación de la Constitución Federal de 1988 podría representar un punto de inflexión positivo, a pesar de que en el proceso constituyente no se logró la conexión con las tendencias internacionales y el modelo administrativo continuó con profundos problemas. Es notable, en la transición constituyente, una tendencia centralista con la equiparación entre administración Directa e Indirecta, con la supresión de la flexibilidad de esta última. Con ello, se logró combatir una de las fuentes de la continuidad del clientelismo, pero al mismo tiempo, se trabó un sector dinámico de la administración pública¹³. Por otro lado, apareció un grave problema relacionado con la seguridad social, con la incorporación, de golpe, de los servidores públicos de las entidades de la Administración Indirecta al Régimen Jurídico único, sin que jamás hubiesen contribuido a éste.

Con el Gobierno Collor comienza el desmantelamiento, sin planificación alguna, de la máquina administrativa. Se demoniza la figura del servidor público, popularizándose el término peyorativo de “marajá” para generalizar la figura del funcionario público blindado por privilegios y con salarios estratosféricos. El impulso que provocó el tijeretazo forzado y trastabillado de la máquina administrativa, con la extinción de órganos y la dimisión de millares de servidores, inundando los tribunales del país con demandas judiciales, dio lugar a nuevas prácticas, cuando el gobierno, ya en crisis, buscaba apoyos¹⁴.

Desde el punto de vista del modelo administrativo, la última etapa de reforma vino con la Enmienda Constitucional N° 19, de 1998. Según Frederico Lustosa da Costa, esta enmienda introducía cinco directrices:

“(...) institucionalização, considera que a reforma só pode ser concretizada com a alteração da base legal, a partir da reforma da própria Constituição; racionalização, (...) busca aumentar a eficiência, por meio de cortes de gastos, sempre de produção (...); flexibilização, (...) pretende oferecer maior autonomia aos gestores públicos na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição (...); publicização, que constitui uma variedade de flexibilização baseada na transferência para organizações públicas não estatais de atividades não exclusivas do Estado,

¹³ COSTA, Op. cit., 2008, p. 858.

¹⁴ Ibidem, p. 861.

sobretudonas áreas de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente; desestatização, que compreende a privatização, a terceirização e a desregulamentação.”¹⁵

Aunque especialmente trascendente, la Enmienda Constitucional N° 19, sin embargo, fue una de las que apenas incidió sobre el modelo económico y la estructura del Estado. En realidad, el modelo de Constitución Dirigente adoptado en 1988 dio muestras de cansancio ya en sus primeros años. A pesar de ello, dada la profunda inestabilidad provocada por el «Impeachment», los legisladores no aprovecharían el proceso de revisión constitucional (CF, Art. 3º), realizado cinco años después la promulgación de la Constitución para efectuar una amplia actualización de la Carta Política a la realidad de la época, ya sustancialmente distinta de la de 1988¹⁶. De modo que los cambios más esenciales y las reformas más elementales tuvieron que ser introducidas a través del proceso ordinario de reforma constitucional previsto en el Art. 60 de la Constitución Federal.

Como el combate contra la crisis económica –que penetraba en la primera mitad de la década de los noventa, acompañada por una grave crisis política– exigía drásticas medidas de reestructuración que afectaban en su totalidad al sector público¹⁷, y como la Carta brasileña, prolífica, abarcaba casi la totalidad de la realidad social, el mecanismo de reforma constitucional pasó a ser utilizado de forma rutinaria¹⁸. Diez años después de su promulgación, la Constitución contaba ya con veinte enmiendas constitucionales, incluyendo la amplia reforma administrativa de la Era FHC, ya mencionada. Este proceso de redefinición del sector público no se detiene aquí. Puesto que en la primera década del Siglo XXI, ya en el primer mandato Lula, destacarán tres reformas: la primera, la reforma de la Previsión social, en 2002, la segunda, la reforma tributaria en 2003 y la tercera, la reforma judicial, en 2004.

En conjunto, los Gobiernos FHC y Lula contribuirán a una amplia redefinición del conjunto del sector público, haciendo uso constante del poder de reforma constitucional. Prueba de ello es el hecho de que hasta 2008, entre las 62 enmiendas constitucionales promulgadas, 21 incidieron sobre la política fiscal, proviniendo 14 del gobierno FHC y 7 del gobierno Lula, 9 recaen sobre el modelo económico, siendo 7 de la era FHC y 2 del gobierno Lula, y 4 modificaron la política social, siendo 3 de FHC y 1 de Lula¹⁹.

¹⁵ Ibid. p. 868.

¹⁶ C. SOUZA, “Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988”, *DADOSRevista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 51, n° 4, 2008, pp. 791-893, p. 816.

¹⁷ Ibidem, p. 807.

¹⁸ Ibid. p. 815.

¹⁹ Ibid., p. 807.

En el campo de la política social, esta última etapa está marcada, también, por una ampliación de la participación del Estado en el rescate de parte de la población que vivía en condiciones de miseria. Esta actuación se da tanto en el plano constitucional como en el ámbito de la formulación de políticas públicas. En el primer caso, destacan las enmiendas constitucionales número 29, promulgadas en el 2000, que aseguran recursos mínimos para la financiación de las acciones y servicios públicos de la salud, y la número 31, que institucionaliza el Fondo de Combate y Erradicación de la Pobreza. Por otro lado, en el segundo caso, el Gobierno Federal asumió definitivamente una postura activa a través de programas sociales como es Hambre Cero, que sustituyó al Programa Comunidad Solidaria –ya instituido por el gobierno FHC– o «Bolsa-Familia», «Bolsa-Escola», «Minha Casa», «Minha Vida», entre otros.

4. SECTOR PÚBLICO Y PRODUCTO INTERIOR BRUTO

En 2011 el superávit primario del sector público consolidado fue de R\$ 128,7 billones, con la superación de la meta para el año en cuestión. De forma continuada, en los últimos años, el gasto de personal se mantuvo por debajo del 5% del PIB y hubo una reducción del déficit de la Seguridad Social, como resultado de la formalización del mercado de trabajo, del 1,78% del PIB, en 2006, al 0,86%, en 2011²⁰.

Según los datos del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística), Brasil cerró el año 2012 con un aumento del 0,9% del PIB en relación al año anterior. En números, en 2012, éste alcanzó los R\$ 4,403 trillones, lo que equivale a US\$ 2,223 trillones, aumentando el PIB per cápita hasta R\$ 22.400,00.

Se considera que este crecimiento fue débil, el peor desde 2009. Entre las causas de este flaco rendimiento se encuentran la crisis económica europea, la caída del consumo interno como resultado del aumento del endeudamiento de las familias, el perjuicio del clima y del aumento de las importaciones en el sector agropecuario, y un débil crecimiento del sector servicios. Por otro lado, la caída podría ser mayor si el sector industrial no presentase un crecimiento del 1,7% y los gastos del gobierno no hubiesen aumentado en un 1,5%²¹.

²⁰ BRASIL. Tesouro Nacional-Dívida Pública Federal Brasileira, disponible en (http://www3.tesouro.gov.br/divida_publica/downloads/kit_divida.pdf).

²¹ PIB del País fecha 2012 concrecimiento de 0,9%, el menor en 3 años, disponible en <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,pib-do-pais-fecha-2012-com-crescimento-de-09-o-menor-em-3-anos,145637,0.htm>.

En el ámbito de la Unión, según los datos del Banco Central²², el gasto en personal funcionarial, incluyendo personal civil y militar, alcanzó, en 2011, un total de R\$ 213,033 billones, y en 2012 este número cayó hasta R\$ 209,513 billones. Por otro lado, la Previsión Social cerró 2012 con un saldo negativo de R\$ 40,825 billones.

En relación a la deuda líquida del sector público, alcanzó los R\$1,593 trillones en febrero de 2013, correspondiendo al 35,7% del PIB, representando un aumento del 0,5% en relación al mes de enero. Por otro lado, la deuda bruta alcanzó los R\$ 2,640 trillones, correspondiendo al 59,1% del PIB²³.

Finalmente, en lo concerniente al empleo, a lo largo de la crisis económica eclosionada en 2008, Brasil presentó una tasa decreciente de desocupación con una única interrupción en 2009, cuando llegó al 8,1% de la población en edad activa. De ahí en adelante, la tasa se redujo hasta alcanzar el 5,5% anual, en 2012²⁴.

Es importante destacar que no se puede decir que haya un marco de servicio público demasiado inflado en Brasil. Esto queda claro si comparamos Brasil con otros países, destacando Alemania, Australia, España o los EUA²⁵. Tampoco en América Latina, Brasil ocupa una posición de referencia en relación al número de funcionarios, quedando detrás de Panamá, Costa Rica, Venezuela, Uruguay, Argentina, Paraguay y República Dominicana²⁶.

Finalmente, en un estudio desarrollado por el Instituto de Investigación Económica Aplicada, se afirma de forma clara:

“(...) é preciso antes de tudo destacar que não está havendo, nos últimos anos, um ‘inchaço’ do Estado, medido em termos de empregopúblico. Por um lado, houve um pequeno aumento da relação entre empregados do setor público e população residente nos anos mais recentes, mas este aumento apenas repõe o estoque relativo de empregados públicos que existia no início dos anos 1990. Por outro lado, comparando-se a evolução do número de empregos públicos ao de emprego privados formais desde 1995, percebe-se que houve, nos anos mais recentes, uma

²² Disponible en <http://www.bcb.gov.br/?INDECO>.

²³ Deuda del sector público del 35,7% del PIB en febrero, Disponible en <http://tnh1.ne10.uol.com.br/noticia/economia/2013/03/28/237903/divida-do-setor-publico-sobe-para-35-7-do-pib-em-fevereiro>.

²⁴ Disponible en http://pt.wikipedia.org/wiki/Taxa_de_desemprego_no_Brasil.

²⁵ E. PESSOA, F. A. M. DE MATTOS, M. A. DE BRITO, S. DA S. FIGUEIREDO, “Emprego público no Brasil: comparação internacional e evolução recente” em *19º Comunicado da Presidência do IPEA*, 30 de marzo de 2009, disponible en <http://pt.scribd.com/doc/17682718/IPEA-Emprego-Publico-no-Brasil-Comparacao-Internacional-e-Evolucao>, p. 3.

²⁶ Ibidem, p. 5.

queda da proporção público/privado, o querevela, obviamente, que o dinamismo da geração de postos de trabalho no setor público mal acompanhou o dinamismo de geração de postos de trabalho do setor privado formal. Deve-se destacar, sem embargo, que a expansão do emprego público nos últimos anos foi heterogênea sob diversos pontos de vista, especialmente quando se considera a esfera de governo. Os dados mostram que, desde meados do século XX, o peso do emprego na esfera municipal vem crescendo bastante, tendo tomado novo impulso mais recentemente, depois da promulgação da Constituição de 1988”²⁷.

5. SECTOR PÚBLICO, DERECHOS SOCIALES Y MANDATOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO

La medición de la congruencia del sector público con los fines constitucionales que vinculan a los poderes públicos, puede efectuarse a través de un análisis, pese a los breves indicadores sociales brasileños. Se propone abordar cuatro directrices temáticas: trabajo, salud, educación y desigualdad social. Se utilizarán para ello los datos de la investigación «Síntesis de Indicadores Sociales: un análisis de las condiciones de vida de la población Brasileña. 2012», realizado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE)²⁸.

Trabajo: aunque aún cuenta con una parcela muy significativa de su población en el mercado de trabajo informal, Brasil experimentó, en la primera mitad de la década del 2000, una expansión del mercado formal de trabajo. Hubo un aumento del 45,3% al 56% en el número de personas con 16 años o más con trabajo formal, lo que significa un salto de 10,7 puntos porcentuales. En el caso de la mujer se experimentó un aumento aún mayor, de 11,6 puntos porcentuales, con un salto del 43,3% al 54,8% entre 2001 y 2011.

De acuerdo con el estudio del IBGE, en 2011 se generaron 1,94 millones de empleos con «Carteira de Trabalho» asignada (altas en la seguridad social)²⁹. El crecimiento del empleo formalizado fue mayor en el período entre 2006 y 2011, en el que se registró un aumento de 8,6 puntos porcentuales, con un total de 9,9 puntos porcentuales en el aumento de empleos formales entre la población femenina. En lo concerniente a la divi-

²⁷ Ibid., p. 14-15.

²⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012.

²⁹ N. de OLIVEIRA. En una década, el índice de personas con tarjeta sanitaria aumenta de 45,3% al 56%. En Agência Brasil, disponible en <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-11-28/em-uma-decada-indice-de-pessoas-com-carteira-assinada-aumenta-de-453-para-56>.

sión por regiones, el mayor porcentaje de empleos con «Carteira de Trabalho» asignada se encuentra en el Sudeste, con el 52,1% en el caso de la población ocupada masculina y del 42,9% para la femenina.

Salud: el aumento de la expectativa de vida del brasileño subió hasta los 74,08 años; en cuanto a la mortalidad infantil, cayó de 29,7% a 15,6% a lo largo de la primera década del Siglo XXI. Al mismo tiempo, cayó también la mortalidad en la infancia, de 36,6 muertes por mil a 18,7.³⁰ Según el propio IBGE, este cambio se debe a la expansión de la atención sanitaria. Entre las regiones, el Nordeste, a pesar de mantenerse entre las que tienen mayores indicadores, presentó una mayor caída de 44,7 a 18,5 defunciones; el Sur, mantiene los mejores indicadores en 2000 (18,9%) y 2010 (12,6%).

Con una caída del 49% en la tasa de mortalidad infantil, Brasil superó así una de las metas de los Objetivos del Milenio, propuestos por la Organización de las Naciones Unidas cinco años antes del plazo originalmente estipulado por la organización internacional. Conquista alcanzada, según el IBGE, en razón de la mejora en la cobertura de la salud, junto a la prevención de dolencias como la diarrea, como resultado también de un avance en el saneamiento básico que contribuye a la alteración de los índices.

En general, la esperanza de vida al nacer en el país aumentó 3 meses y 21 días en 2011, en comparación con 2010, y 3 años y 7 meses, en comparación con 2000. Al mismo tiempo, el censo del IBGE presenta una reducción en la tasa de fecundidad en Brasil del 20,1%, de 2,38 hijos por mujer en 2000 a 1,90 en 2010, quedando por debajo del nivel de reposición garante de la sustitución de las generaciones, que es de 2,1 hijos por mujer. Todas las regiones presentan esta caída, lideradas por el Nordeste (23,4%), seguida del Norte (21,8%) y del Sur y Sudeste (cerca de 20,0%, ambas), con el Centro-oeste manteniendo la menor reducción (14,5%).

Educación: aunque aún se mantenga una alta tasa de analfabetismo en un extracto poblacional por encima de los 60 años (24,8%), lo cierto es que este índice ha experimentado una reducción en Brasil a lo largo de la última década, conforme a los datos recogidos por el IBGE. De acuerdo con este estudio, en lo referente a personas mayores de 15 años que no sabían leer ni escribir hubo una disminución del 12,1% al 8,6% entre 2001 y 2011. Entre este total, en 2011, en este grupo generacional el 8,8% de los hombres eran analfabetos, en relación a la población de color este número se incrementa al 11,8%, un número bastante más alto que los 5,3% de

³⁰ La mortalidad infantil cae 47,6% en el país, Disponible en <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/04/27/mortalidade-infantil-cai-47-6-no-pais>.

los blancos. Por regiones, aunque obedeciendo a la franja generacional indicada, la Región del Nordeste lidera la tasa de analfabetismo, con el 16,9%, en relación a la Región Norte con un índice del 10,2%³¹.

Desigualdad Social: la investigación del IBGE detecta una reducción, a lo largo de la última década, de la diferencia entre el 20% más rico y el 20% más pobre, aunque ésta aún sea considerable. Hubo una reducción de la renta familiar per cápita de la franja más rica de la población del 63,7% de la riqueza nacional al 57,7%. Simultáneamente se verificó un crecimiento en este aspecto entre la masa más pobre de la población, del 2,6% del total de riqueza del país en 2001 al 3,5% en 2011. Por otro lado, un índice que también demuestra la reducción de la desigualdad social en el país es el coeficiente de Gini. Ello debido a que a partir de la década de los 90, cuando alcanzó su nivel más elevado, del 0,602, ha venido presentando una reducción constante cada año, hasta culminar 2011 con el 0,508.

Como se puede observar, por los datos presentados en estos indicadores, aunque aún es cierto que Brasil tiene muchos problemas, desafíos sociales y una profunda desigualdad, los cambios son evidentes. Y no quedan dudas de que hubo avances en casi todas las áreas cubiertas por los derechos sociales.

En realidad, el punto de inflexión de la sociedad brasileña ocurrió como un todo a mediados de la década de los noventa, cuando se logró controlar la inflación y alcanzar un contexto de estabilidad económica. A partir de este punto se permitió a la población algún grado de planificación, lo que, junto a la revalorización del salario mínimo y la implementación de los programas sociales, condujo a una reducción del abismo que separaba a ricos y pobres. En la última década, se puede hablar de la existencia de una auténtica clase media en el país, como resultado de la homogeneidad social alcanzada. Asociado a la mejora de los índices de alfabetización de la población, con la caída de la tasa de analfabetismo del orden del 0,4% al año, es posible imaginar cambios sociales incluso más profundos en el futuro. Está demostrado, por tanto, que si bien es cierto que aún queda mucho por hacer, no se puede alegar que a lo largo de los casi veinticuatro años de vigencia de la Constitución Federal no ha habido avances en las prestaciones del Estado a la sociedad por medio de la promoción y concreción de los derechos sociales.

³¹ El analfabetismo cae en el país, más aún afecta a la cuarta parte de los brasileños con más de 60 años, apunta el IBGE, disponible en <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-11-28/analfabetismo-cai-no-pais-mas-ainda-atinge-um-quarto-dos-brasileiros-com-mais-de-60-anos-aponta-ibge>.

6. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

En tanto que Estado Federal, Brasil tiene tres esferas político-administrativas autónomas entre sí. La primera es la de la Unión, la segunda, la de los Estados y la tercera la de los Municipios. El Distrito Federal, como resultado de la prescripción del Art. 32, § 1º, de la Constitución Federal detenta competencias legislativas reservadas a los dos últimos entes federados citados.

Si desde el punto de vista formal, la estructura interna de la Administración pública en Brasil obedece a los parámetros constitucionales, tal vez el mayor desafío para la gestión pública es común a todas las esferas político-administrativas cuando se trata de su adecuación a la regulación constitucional de la Administración pública, el de la lucha contra la corrupción.

Aunque no es una característica exclusiva de Brasil, no podemos cerrar los ojos ante la influencia que el pasado patrimonialista ejerció sobre la estructura de la Administración pública en el país. Concretamente, esta influencia ha impedido la consagración de un elemento clave para la correcta gestión del sector público, que es la percepción de la diferencia entre lo público y lo privado.

La dificultad en la realización de esta distinción demuestra que la corrupción es un problema profundamente arraigado en el Brasil contemporáneo y no siempre se ha combatido en el sector público. Sus consecuencias, han sido devastadoras, no sólo para la política y la administrativa, sino también para la vida social, donde no siempre se ha denunciado, siendo, en ocasiones, incluso respaldada. En este sentido, resulta esclarecedora la observación de Fernando Capez, al destacar que

“(...) o desvio de dinheiro público impediu que os recursos proporcionasse-mensino público de qualidade, em nível compatível com o da rede privada; transformou os hospitais públicos em depósitos de doentes e feridos à espera da morte; o que às vezes ocorre na própria fila do atendimento; fez dos funcionários públicos trabalhadores mal remunerados e desestimulados, o que alimenta a falta de comprometimentos com a função”³².

Según los datos de la ONG Transparencia Internacional, en 2012, Brasil ocupaba el lugar 69º del ranking de percepción de la corrupción, entre 174 países³³.

³² F. CAPEZ, “Os principais problemas da administração pública brasileira”, *Boletim Jurídico*, n. 193, 2006, disponible en <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1517>.

³³ Disponible en <http://www.transparency.org/cpi2012/results>.

En efecto, según subraya Marco Aurélio Lustosa Caminha, la corrupción en Brasil se traduce a través de varias formas de legitimación no jurídica del poder:

“a) ‘a excepcionalidade da aplicabilidade’, como forma de adotar como regra as exceções à regra legal, visando a beneficiar alguém ou algum grupo dominante; b) a ‘ficação da isonomia’, adotando-se pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, para beneficiar pessoas ou grupos dominantes; c) ‘as boas relações’, que consiste na troca de favores com ou entre os burocratas, às custas do erário; d) ‘o poder militar politizado’, ou seja, a subversão do poder militar que, aoinvés de servir à garantia da segurança contra ameaças externas, trabalha contra as ‘ameaças’ internas, mediante umacerto entre as elites militares e civis (exemplodisso são os tratamentos diferenciados dos funcionários militares em relação a os civis); e) ‘o jeito’ (ou jeitinho) (...) quem o concede não é incentivado por nenhum ganho monetário ou pecuniário, sendo levada a faze-lo por razões de ordem cultural e psicológica, historicamente enraizadas entre os brasileiros; f) ‘a corrupção’ em sentido estrito, que é definida na legislação penal, englobando também a figura da concussão; g) o ‘clientelismo’, que é uma forma de favorecer elites na distribuição de recursos públicos; h) as formas de procrastinação do feito, que são táticas de protelar a decisão, também muito difundidas entre os magistrados brasileiros; i) a própria ineficácia da lei (as pessoas tendem a afirmar que ‘umas pegam, outras não’); e j) a ‘ficação da hierarquia no sistema oficial, muitocomumente invocada para o pisoteio de direitos adquiridos’³⁴.

La corrupción, sobre todo en forma de clientelismo, siempre estuvo muy presente en la Administración pública brasileña, motivando innumerables iniciativas en las varias reformas llevadas a cabo a lo largo del tiempo en la historia reciente del país. Los escándalos en la Administración directa son corrientes y en la Administración indirecta los mecanismos de fiscalización no siempre son eficientes.

Para estimar el impacto de la corrupción en Brasil basta apuntar el hecho de que sustrae de la economía entre R\$ 51,4 billones y R\$ 84,5 billones, el equivalente a una variación entre el 1,38% y el 2,3% del PIB³⁵. Al mismo tiempo, su peso recae directamente sobre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tal y como apunta Emerson Garcia:

“As políticas públicas são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da

³⁴ M. A. L. CAMINHA, “A corrupção na Administração Pública no Brasil”, *Jus Navigandi*, Teresina, n. 176, 29 diez. 2003. Disponible en <<http://jus.com.br/revista/texto/4657>>. Acceso: 10 abr. 2013.

³⁵ País pierde hasta 2,3% del PIB por año, Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, ETCO 10 años, disponible en <http://www.etco.org.br/etco-na-midia/pais-perde-ate-23-do-pib-por-ano/>

receitatributária, em especial daquelaoriginária das classesmais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse quadro ainda servirá de elemento limitador a ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles a os quais se destinam. (...) Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quantos maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível, ao se tentar compelir o poder público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos”³⁶.

Se puede afirmar, no obstante, que desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se ampliaron las formas de combate de la corrupción. En primer lugar, se puede destacar que la propia Constitución Federal trajo consigo poderosos mecanismos de control de la Administración Pública, de entre los cuales podemos citar los «writs» constitucionales presentes en el Art. 5º, algunos de ellos bastante conocidos, como el mandato de seguridad (Art. 5º LXIX) que garantiza el principio de legalidad en la administración pública e impide el abuso de poder, el «habeas data» (Art. 5º, LXXII), que garantiza el principio de publicidad, la acción popular (Art. 5º, LXXIII), que resguarda el patrimonio público y la moralidad administrativa.

Al mismo tiempo, se confirió al Ministerio Fiscal una función institucional bastante amplia (Art. 129), en la que se incluye la diligencia y la exigencia de respeto por parte de los Poderes Públicos y de los servicios de interés público al respecto a los derechos asegurados en la Constitución. Para ello, le es atribuida competencia para la práctica de diligencias en el esclarecimiento de los hechos y la acción pública en el ámbito civil para la protección del patrimonio público y social, medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos.

Por otro lado, en 1992 se promulgó la Ley N.º 8.429, que trata de los actos de improbadidad administrativa practicados por cualquier agente público. Esta norma ha representado a lo largo de dos décadas una poderosa herramienta de lucha contra la corrupción. De acuerdo con los datos del Consejo Nacional de Justicia, hasta marzo de 2010, Brasil tenía a 2002 gestores y políticos imputados por improbadidad administrativa. Hasta esta fecha la Justicia ya había identificado el enriquecimiento ilícito

³⁶ E. GARCIA et al., *Improbidade Administrativa.*, 2^a Ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 21.

de patrimonios personales por valor de R\$ 26,99 millones y la restitución al Tesoro rondaba los R\$ 148 millones³⁷.

Por otro lado, hasta agosto de 2011, el Supremo Tribunal Federal ya había juzgado 108 procesos relativos a delitos por blanqueo de capitales, corrupción e improbadidad administrativa, número que superaba en un 20% los procesos efectuados por la Corte en 2010³⁸. Cabe recordar también que el propio Supremo Tribunal Federal realizó el mayor juicio de la historia reciente de Brasil por corrupción. Juicio que recibió el nombre de la práctica que llevaban a cabo los imputados, «Mensalão».

Se observa, por tanto, que al mismo tiempo que la corrupción se presenta como un problema actual, profundo y multifacético en Brasil, está siendo combatido por los mejores medios ofrecidos por la legislación, por una actuación constante del Ministerio Fiscal y por un amplio control del Poder Judicial. Esta actuación, que tampoco excluye la relevancia y la necesidad del empeño del ciudadano común en esta tarea, propicia la perspectiva de una adecuación cada vez mayor de la estructura interna de la Administración a los principios constitucionales que la presiden.

7. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PREVIAS A LA CRISIS

Desde la promulgación de la Constitución de 1988, numerosas reformas incidirían sobre el sector público, a través de cambios en la propia Carta Política. De modo general, hasta 2007, un año antes de la eclosión de la crisis, las reformas constitucionales obedecieron a la siguiente clasificación temática: el 35% de las enmiendas constitucionales trataron sobre política fiscal, el 13 % abordaron el modelo económico, el 11% incidieron sobre el sistema político-electoral, y el otro 11% sobre los poderes judicial y legislativo; el 6% de las alteraciones constitucionales trataron sobre la relación entre el Ejecutivo-Legislativo, en cuanto el 6% se enfocarían sobre la política social; el 9% abordarán la Administración pública y un 9% tendrán como objeto temas variados³⁹.

³⁷ F. MACEDO, (31 de marzo de 2010), “Brasil tem 2.002 condenados por improbadade”. *Caderno Político. Jornal O Estado de S.Paulo*

³⁸ Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=193686>

³⁹ SOUZA, C., *op. cit.*, p. 802.

El sistema tributario fue profundamente redefinido tanto en lo referido al ajuste fiscal y la reducción del gasto en los ámbitos federal, estatal y municipal, como en el campo del aumento de los ingresos, igualmente aplicado a las tres esferas político-administrativas. Este tratamiento se produjo por medio de varias enmiendas que incluirían las de la Reforma de las pensiones (EC 20/98 e EC 47/05) y la reforma de las pensiones de los funcionarios públicos (EC 41/03), las reglas para la creación de nuevos municipios (EC 15/96) y la Reforma Tributaria (EC 42/03), entre otras⁴⁰.

En lo referente al rediseño del modelo económico, con la quiebra del monopolio de la Unión y de los Estados, y la consiguiente apertura al capital privado, se verificó la promulgación de nueve enmiendas constitucionales que trataban de radioisótopos y minerales (EC 49/06), capital extranjero en el sistema financiero nacional (EC 40/03), prensa y radiodifusión (EC 36/02), actividades de reaseguración (EC 13/96), exploración de petróleo (EC 09/95), telecomunicaciones y radiodifusión (EC 08/95), recursos minerales (EC 06/95) y canalizaciones de gas (EC 05/95).

Por otro lado, en el ámbito de la redefinición de los sistemas electoral y político se observaron alteraciones en los partidos políticos y coaliciones de partidos (EC 52/06), en el foro privilegiado para miembros del Ejecutivo federal (EC 23/99), en el Habeas corpus en el Supremo Tribunal Federal para los cargos electivos federales y los miembros del Ejecutivo (EC 22/99), en la reelección de los cargos del Ejecutivo (EC 16/97), en el mandato de cuatro años para los cargos del Ejecutivo (R5/95), en la inelegibilidad de los ocupantes de cargos electivos (R4/94), en la vigencia de la ley que altera el proceso electoral (EC 4/93) y el plebiscito sobre las reformas y el sistema de gobierno.

Sobre el Poder Judicial incidirán ocho enmiendas constitucionales, siendo la más importante de ellas la EC 45/04, que promueve la llamada Reforma del Poder Judicial. En lo referente al rediseño de las relaciones entre el Ejecutivo-Legislativo, las enmiendas promulgadas tratarán –con excepción del R2/94, cuyo tema era la convocatoria de los miembros del Ejecutivo en el Congreso– sobre el Decreto Ley.

Vale la pena mencionar que en el ámbito de los derechos sociales, hubo cuatro modificaciones de relevancia que convirtieron esos derechos en políticas públicas, a saber, la reforma EC 53/06, que instituía el Fondo de manutención y desarrollo de la educación básica y de revalorización de los profesionales de

⁴⁰ Ibidem, p. 800.

la Educación, conocido como Fundeb, la reforma EC 31/00, que instituía el Fondo de combate y erradicación de la pobreza, la EC 29/00, que trataba de la salud pública y la EC 14/96, cuyo objeto fue la educación fundamental y el fondo de la manutención y desarrollo de la enseñanza fundamental y de revalorización del Magisterio, conocido como Fundef. Por otro lado, en el campo de la Administración Pública sobrevinieron seis alteraciones constitucionales, de entre las cuales la que más relevancia presentó fue la reforma administrativa en el gobierno FHC (EC 19/98)⁴¹.

Además del plano puramente constitucional, podemos destacar el fuerte ímpetu en pro de las privatizaciones que se verificó no mucho después de la promulgación de la Carta de 1988. Esta política comenzó ya en el gobierno de Fernando Collor de Mello, con la institucionalización del Programa Nacional de Desestatalización, regulado por Ley Nº 8.031/90. De corte neoliberal, el gobierno Collor implementó además del programa de privatizaciones⁴², la apertura a las importaciones y la modernización industrial y tecnológica. El sector siderúrgico fue directamente alcanzado con la extinción de SIDERBRAS (Siderurgia Brasileira S.A.) y la privatización de USIMINAS y de la Compañía Siderúrgica Nacional.

No sin una fuerte oposición, con el gobierno de Fernando Henrique se aceleró este proceso con la privatización de la empresa de minería del hierro Companhia Vale do Rio Doce, en Telebrás, monopolio estatal en el área de las telecomunicaciones y Eletropaulo, entre las más destacadas. Por otro lado, ya en el gobierno Lula⁴³, las privatizaciones alcanzarán a las autovías federales, el Banco del Estado de Ceará, el Banco del Estado de Maranhão, las hidroeléctricas Santo Antônio y Jirau y la Línea de transmisión Porto Velho-Araraquara.

Es importante destacar que en el proceso de privatizaciones, sobre todo durante el gobierno Fernando Henrique, cuando se atendían firmemente los dictámenes del FMI y del Acuerdo de Washington, la presión del Gobierno Federal sobre los Estados para que siguiesen su programa funcionó al condicionar la transferencia de recursos financieros de la Unión a la supervisión de los gobernadores.

⁴¹ Ibid., p. 801.

⁴² F. ANUATTI-NETO, M. BAROSSI-FILHO, A. G. CARVALHO, R. MACEDO, “Os efeitos da privatização sobre o desempenho econômico e financeiro das empresas privatizadas”, *Rev. Bras. Econ.* [online].n.2 2005, pp. 151-175.

⁴³ I. CLEMENTE, A. LEAL, M. L. NEVES, Enfim, “Lula privatizou”, *Revista Época*, n.º 491, 2011, disponible en <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0 EDG79551-6009,00.html>.

El programa de privatizaciones de la Era FHC no logró erradicar el endeudamiento del país, a pesar de haber generado más de 78 billones de dólares en ingresos. Esta deuda aumentó desde 60 billones de reales en 1994 a 245 billones de reales en noviembre de 1998⁴⁴. Al mismo tiempo es cuestionable si el modelo estatalizante y de monopolio del Estado en sectores estratégicos hubiera demostrado agilidad y versatilidad para acompañar a los avances tecnológicos, sobre todo en el sector de las telecomunicaciones, dada la necesidad de una fuerte inversión en el área, lo que ciertamente se alcanzó de forma más eficiente en el ámbito privado que en el público, como prueba el hecho de que las empresas de telefonía privada hubieran invertido tres veces más de lo que lo hacía la Telebrás estatal. En este mismo sentido, es sintomático el salto desde los 16,6 millones de teléfonos fijos en 1998 a los 35 millones en 2006, y el avance exponencial en números de teléfonos celulares, de 7,4 millones a 95 millones, siguiendo la tendencia mundial, en relación a estos últimos, que consiste en la continua caída del precio como resultado del avance tecnológico, permitiendo así el acceso de las clases de renta baja a estos bienes de consumo⁴⁵. A lo sumo, en términos de inversión del sector privado en telefonía se puede hablar de R\$ 148 billones lo que, a su vez, supone una recaudación del orden de R\$ 100 billones para el gobierno hasta 2006, en cuanto, por otro lado, las subastas de bandas de frecuencia para las empresas de telefonía móvil alcanzaron los R\$ 8 billones de reales para el gobierno.

A pesar de todo, las privatizaciones fueron valoradas positivamente en la época en las que fueron realizadas, según los números de IBOPE una mayoría del 57% apuntaba a su favor, contra un 31% en contra, y a pesar de estos datos, en un estudio realizado en 2007 por el Instituto Ipsos, se verificó que el 62% del electorado brasileño se oponía a la privatización de los servicios públicos, contra el 25% que lo apoya. Según el estudio hay una percepción de que los servicios públicos prestados empeorarán en el ámbito de la telefonía, el agua y alcantarillado, carreteras y energía eléctrica⁴⁶.

El ranking de los servicios más criticados lo lideran las concesionarias de energía eléctrica, seguidas de las concesionarias de agua y alcantarillado, telefonía

⁴⁴ Disponible en http://pt.wikipedia.org/wiki/Privatiza%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil.

⁴⁵ Disponible en <http://www.comparatel.com.br/static/yy-privatizacao.asp>

⁴⁶ C. MARCHI, “Maioria é contra as privatizações, aponta pesquisa”, em *Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil*, disponible en <http://www.anabb.org.br/mostraPaginaCorpo.asp?codPágina=26727&codServiço=4&títuloPagina=ECONOMIA%20-%20Maioria%20%9E9%20contra%20privatiza%E7%F5es,%20aponta%20pesquisa>.

y carreteras. Aun así, la investigación indica que la población no se inclina ciegamente con las privatizaciones y mucho menos a favor de la estatalización de ciertos servicios, manifestándose una tendencia a favor de aquéllas si de ellas derivan mejores servicios⁴⁷.

8. SITUACIÓN ECONÓMICA DEL PAÍS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS, PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO, VALORACIÓN DE SU EVOLUCIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS Y PROPUESTAS DE POSIBLES LÍNEAS DE REFORMA PARA COMPATIBILIZAR EFICIENCIA Y RACIONALIZACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL

Aunque no se puede decir que Brasil ha salido de la crisis económica ilesos, el impacto de ésta, sin duda, no ha sido similar a lo ocurrido en España, Italia, Grecia o Portugal. Quizás por esta razón no se ha puesto en práctica en los últimos cinco años ninguna reforma constitucional orientada específicamente a hacer frente a la crisis económica. Ello no significa que no ha habido voluntad de combatir sus efectos, sino que tales acciones se circunscriben a la dirección ordinaria de la política económica del gobierno. Fuera, por tanto, del marco constitucional formal.

En sentido estricto, los principales cambios en el sector público fueron realizados, con razón o sin ella, de forma completa o incompleta, antes del estallido de la crisis. En este sentido, desde la promulgación de la Constitución de 1988, según lo expuesto, las reformas importantes se realizaron sobre el sector público en su conjunto, incluida la seguridad social, su dimensión administrativa, fiscal, económica, la estructura de poderes, y la aplicación de los derechos sociales a través de su transformación en políticas públicas. Sin embargo, no se realizó ninguna reforma de dimensiones similares tras el estallido de la crisis en 2008. Desde una perspectiva económica, sin embargo, el gobierno ha emprendido en los últimos años, las acciones que han ayudado a amortiguar su impacto.

Estas acciones, entre otras que incluyen prácticas para preservar las negociaciones relativas a los productos brasileños en el exterior⁴⁸, cubrirán las áreas fiscal, monetaria,

⁴⁷ Según la investigación, el 44% entiende que es mejor privatizar que prestar un mal servicio. Por otro lado, sólo el 20% está de acuerdo con la frase “serviços privatizados funcionam sempre mal”; mientras que apenas el 18% está de acuerdo con la frase “serviços estatizados funcionam sempre bem”.

⁴⁸ R. GIRALDI, “Em reação à crise econômica global, governo anuncia medidas para preservar mercado interno”, *Agência Brasil*, disponible en <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-10-10/em-reacao-crise-economica-global-governo-anuncia-medidas-para-preservar-mercado-interno>

crediticia y de tipos de cambio. Durante la caída de la producción industrial de materiales para la construcción civil en 2008, por ejemplo, el gobierno reaccionó aumentando el límite de crédito para la compra de material de construcción y poniendo a disposición R\$ 2 billones para el estímulo del consumo en diferentes sectores. En el sector automovilístico, aumentó la oferta de crédito, implementó la exención del IPI (impuesto sobre productos industrializados) en automóviles y del IOF (impuesto sobre operaciones financieras) en la financiación de motocicletas y ciclomotores. Anticipó, además, R\$ 5 billones para financiar la cosecha agrícola y ayudó a fomentar el consumo de muebles y electrodomésticos. El impacto de la crisis sobre el tipo de cambio, a su vez, se controló a través de varias medidas, que incluirían la subasta de dólares, la reducción integral de la parte alícuota del IOF en operaciones de cambio y operaciones con la Reserva Federal.

Para revertir la reducción del capital extranjero contribuirían a controlar la inflación una deuda externa líquida negativa, tasas de crecimiento elevadas y la estabilidad de las relaciones entre la deuda pública y el PIB. Además de ello, se destaca el estímulo al comercio exterior, la disponibilidad, por parte del Banco Central de Brasil, de R\$ 24 billones para la compra de cartera de bancos menores con problemas de liquidez y solvencia y la autorización al Banco de Brasil e la Caja Económica Federal para la compra de acciones y participaciones de instituciones financieras internacionales⁴⁹.

Se puede afirmar, sin con ello desear incurrir en una argumentación arrogante, que para una sociedad que había vivido la crisis económica de los años 80, con hiperinflación, un sector público mastodóntico e ineficiente, con una población sumergida en una miseria calamitosa y un marco de desigualdad social grosero, la crisis de 2008, aun sin subestimarla, no traspasó los límites de regulación de la política económica gubernamental hasta el punto de justificar la reforma constitucional y la redefinición del sector público, con incidencia directa y negativa sobre conquistas sociales.

Puede destacarse que todos los problemas citados en las líneas anteriores aunque directa o indirectamente manifiestan en Brasil, no supusieron un recorte profundo de los derechos sociales. Tal vez por ser tan carentes aún en Brasil, y por tener un sector público aún tan deficiente en su concreción, es común al brasileño la idea de que, en su país tales conquistas se encuentran en construcción en lugar de en destrucción, como se piensa en muchos Estados europeos.

⁴⁹ Disponible en http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/Ficha%201%20-%20Analise%20da%20Crise.pdf

De modo general, el balance que se puede hacer, al final de este trabajo, trae a colación algunas reflexiones necesarias. A lo largo de los últimos veinticuatro años, desde la promulgación de la Constitución de 1988, los cambios sociales significativos transformaron el tejido social en Brasil. Los graves problemas económicos que asolaron la sociedad brasileña a lo largo de más de dos décadas fueron remediados y surgió así una clase media que gradualmente viene consolidándose.

Al mismo tiempo, en tanto que resisten algunos problemas ya conocidos, nuevos desafíos se imponen en la sociedad brasileña. En este sentido, es imprescindible continuar con el rescate de las clases subalternas a través de políticas públicas gubernamentales, incrementándolas a través de la educación —que debe pasar a ser observado, al contrario de lo que ocurre hasta el momento, como un sector estratégico para el país— de modo que prepare al ciudadano para la realidad contemporánea y el mercado de trabajo, para que los programas sociales no deriven en asistencialismo y populismo.

Por otro lado, conforme subrayamos anteriormente, el sector público de Brasil tiene que desarrollarse y aumentar, de forma racional y eficiente, pues el país se está haciendo cada vez más complejo y demanda mayor fiscalización gubernamental para el cumplimiento de un esquema jurídico de los más avanzados del mundo, pero que padece ineficacia en un marco insuficiente de organismos y funcionarios.

Ciertas reformas se demuestran urgentes en la medida en que la cuestión principal en el país, con la conquista de la estabilidad económica, no es exclusivamente en una de las mayores economías del mundo, sino en una sociedad en la cual se pueda vivir con felicidad pública y privada. En este sentido, para alcanzar aquélla, es necesario implementar una profunda reforma política, en cuanto ésta depende de la reforma de la seguridad pública, un servicio aún deficientemente prestado por el Estado brasileño y en el cual, al contrario de los sectores como la educación y la salud, no se han experimentado avances significativos en los últimos años.

Finalmente, en la convergencia entre sector público y derechos sociales se impone un combate largo, sin treguas, sin trincheras, a la corrupción endémica en Brasil y que no sólo transmite la falsa impresión de hinchazón de la Administración Pública, dándole un aspecto mucho más obeso del que en verdad tiene, al drenar los recursos públicos que deberían ser destinados para atender las necesidades sociales de la población.

Mientras se logran discernir en Brasil las necesidades imperiosas de estos desafíos, ya se tienen motivos suficientes para empeñar esperanzas en su desarrollo.

Resumen:

Este trabajo tiene como objetivo el análisis del sector público brasileño desde un punto de vista constitucional. Éste se desenvuelve a partir de la verificación de los principios constitucionales que la delimitan, atendiendo tanto a la atención de los derechos sociales, como a lo relativo a los principios que orientan a la Administración Pública. A través de un análisis del impacto económico del sector público, se verifica si éste se desarrolla en conformidad con las prescripciones constitucionales, qué reformas se emprendieron antes de la eclosión de la crisis, la situación económica a partir de ésta y qué reformas se han propuesto para redefinir su alcance así como su incidencia en los derechos sociales. Finalmente, se indican las líneas de reforma para compatibilizar eficiencia y racionalidad con un sector público que atiende a las necesidades sociales de la población.

Palabras Clave: Sector Público, Constitución, Crisis Económica, Derechos sociales.

Abstract

This paper aims at analyzing Brazilian public sector from a constitutional point of view. This is achieved by describing the content of the principles that define its limits not only with respect to the social rights but also to the profile of public administration. An analysis of the economic dimension of the public sector will shed light over the adequacy of its development to the constitutional framework. It is also important to examine which reforms were made in this field prior to the 2008 economic crisis, what is its present situation, and finally which reforms are proposed in order to redefine its role, and what would be their impact in the constitutional social rights catalogue. Ultimately, guidelines are set in order to balance efficiency and rationality with the providing role of the public sector.

Keywords: Public Sector, Constitution, Economical Crisis, Social Rights.

Recibido: 15 de junio de 2013.

Aceptado: 1 de julio de 2013.

LA ADMINISTRACIÓN EN LOS EE.UU.: UN BREVE RECORRIDO ENTRE SUS REFORMAS HASTA LA CRISIS ACTUAL*

SABRINA RAGONE**

SUMARIO:

1. Introducción: las características básicas de la Administración estadounidense y su configuración según los padres fundadores.
 2. La evolución del modelo administrativo y sus reformas.
 3. Conclusiones.
- ## 1. INTRODUCCIÓN: LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE Y SU CONFIGURACIÓN SEGÚN LOS PADRES FUNDADORES

Los Estados Unidos de América representan un modelo en los estudios comparados sobre diferentes aspectos, de la forma de gobierno a la forma de Estado, y algo parecido puede decirse con referencia a las peculiaridades de su sistema administrativo.

Este escrito se enmarca en el contexto de una investigación muy amplia sobre el sector público en numerosos países y sus modificaciones ocurridas a raíz de la crisis económica. Por ello, en el desarrollo del mismo se van a abarcar tanto los orígenes de la Administración estadounidense, con especial atención a los fundamentos constitucionales, como los aspectos más actuales de su evolución.

Hay que subrayar desde el principio dos características que influyen en la configuración del objeto de estudio: por un lado, el hecho de que “la autoridad ejecutiva,

* Deseo expresar mi agradecimiento por sus recomendaciones y consejos a los profesores que han tenido la amabilidad de leer este texto antes de su publicación, profesores A. R. Brewer-Carías, J. Ponce Solé, y M. Salvador Martínez.

** Investigadora García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

con escasas excepciones, se encomienda a un solo representante¹ y, por otro lado, la organización federal, en la que se superponen diferentes niveles administrativos².

Con referencia al primer elemento, las personas encargadas de la gestión inmediata de la función ejecutiva tienen que considerarse “ayudantes o delegados” y “sujetos a la superintendencia” del Presidente, que, en consecuencia, dispone del poder de nombrarlos o por lo menos proponerlos³ y además de solicitar su asesoramiento acerca de las cuestiones relacionadas con su oficio⁴. En suma, la prueba real de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración⁵; ésta, a su vez, está llamada a darle “energía” al Ejecutivo⁶.

La relación entre Presidente y Administración se encuentra delineada sólo parcial y superficialmente en la misma Constitución, donde se establece que aquél está facultado para “solicitar la opinión por escrito del funcionario principal de cada uno de los Departamentos administrativos con relación a cualquier asunto correspondiente a los deberes de sus respectivos empleos”; proponer y “con el asesoramiento y asentimiento” («*advice and consent*») del Senado, nombrar a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley”; encargarse “de que las leyes se ejecuten puntualmente” (art. II)⁷. En realidad, algunas versiones anteriores del art. II se centraban más en la organización de los Departamentos, definían sus funciones y establecían que su reunión serviría como Consejo de Estado para asesorar y asistir al Presidente, pero estas disposiciones no fueron aprobadas finalmente.

Por lo que atañe al segundo elemento, es decir, a la organización federal, los padres fundadores también intentaron no devaluar la importancia de los aparatos estatales, por su posible apoyo popular y capacidad potencial de contrarrestar los

¹ Todos los ensayos de “El federalista” que se van a citar en el presente texto han sido atribuidos a A. Hamilton (en este caso, se trata del nº 69). Sobre la Administración en la Constitución, véase J. L. MASHAW, “Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801”, *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1270 y ss. y la bibliografía citada por el autor.

² Subraya estos dos rasgos también S. PARRADO DÍEZ, *Sistemas administrativos comparados*, Universidad Pompeu Fabra, Tecnos, 2002.

³ *El federalista*, nº 72.

⁴ *El federalista*, nº 74.

⁵ *El federalista*, nº 76.

⁶ *El federalista*, nº 70.

⁷ La identificación de los poderes del Presidente resulta muy flexible y hasta fue considerada una de las cláusulas menos definidas de toda la Constitución: véase E. S. CORWIN, *The President. Office and Powers*, New York University Press, 1957.

abusos del Gobierno central⁸, aunque al mismo tiempo deseaban la creación de una Administración federal aún más eficaz que las existentes⁹. Otra razón para mantener diferentes niveles, y especialmente una pluralidad de órganos supervisores, era que se trataba de un síntoma del carácter democrático del Estado¹⁰.

A estos dos elementos hay que añadir otro rasgo característico del modelo estadounidense (y anglosajón en general¹¹), por lo menos hasta el siglo XIX: el denominado «spoils system» que, al basarse en la politización de los empleos públicos, difiere radicalmente del modelo europeo clásico, cuyos fundamentos son la profesionalización y la selección por méritos. En su evolución y transformación se profundizará más adelante, pero se puede adelantar que sigue siendo una de las peculiaridades que con mayor claridad connotan el sistema: los primeros escalones de la carrera pública están ocupados por empleados que han sido seleccionados mediante concurso y los más elevados por profesionales de nombramiento político¹².

Se pueden añadir otros dos rasgos diferenciales: la presencia de muy pocas normas en la Constitución estadounidense y la existencia de las Agencias, tanto gubernamentales como independientes, dotadas de poderes normativos cada vez más importantes y de funciones para-jurisdiccionales en ciertos casos¹³.

⁸ *El federalista*, nº 17.

⁹ *El federalista*, nº 27.

¹⁰ Véase en este sentido A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, con prólogo de A. Rivero, Alianza, 2002: este autor comparaba el sistema americano especialmente con el modelo administrativo francés.

¹¹ Sobre la dificultad de individualizar un único patrón y sobre las reacciones de los Estados receptores frente al modelo originario inglés, véase G. PETERS, “Public Administration in the United States: Anglo-American, Just American, or Which American?”, en M. PAINTER, G. PETERS (eds.), *Tradition and Public Administration*, Palgrave, 2010, p. 116.

¹² De los más de veinte millones de empleados federales, un nuevo Presidente puede designar aproximadamente a cuatro mil, sólo una parte de los cuales se sitúa en la Administración presidencial en sentido estricto, según los datos ofrecidos por G. PETERS, “Public Administration in the United States: Anglo-American, Just American, or Which American?”, op. cit., p. 118. Sobre los problemas de coordinación entre empleados fijos por concurso y los designados mediante criterios políticos, véase p. 120.

¹³ En este sentido, las Agencias representan un doble desafío a la separación de poderes, reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo aunque no explícitamente en la Constitución: por un lado, muchas de ellas suman funciones normativas, ejecutivas (de implementación) y quasi-jurisdiccionales; por otro lado, las Agencias independientes están sustancialmente exentas del control presidencial. Véase al respecto las recientes reconstrucciones de J. M. ROGERS, M. P. HEALY, R. J. KROTOSZYNKI Jr., *Administrative Law*, Wolters Kluver, 2012, 3^a ed., p. 307 y ss.; W. F. FUNK, R. H. SEAMON, *Administrative Law*, Wolters Kluver, 2012, 4^a ed., p. 23 y ss.

Para el jurista continental, estudiar la Administración Pública en los EE.UU. no es fácil, porque en ella se combinan la perspectiva jurídica y aquel enfoque propio del sector privado que caracteriza el planteamiento de las cuestiones públicas¹⁴ de una forma diferente al modelo con el que la doctrina europea está más familiarizada¹⁵. Esta concepción se suma a una idea mínima de Estado, que tiene que dejar amplio espacio a la iniciativa de los particulares. Por todas estas razones, el estudioso europeo que se acerque a la misma tiene que despojarse de sus ideas preconcebidas sobre el papel de las instituciones públicas: usando un término típico de las investigaciones comparadas, tiene que liberarse de los “criptotipos” en los que está empapado y afrontar la investigación con la mente despejada¹⁶.

A continuación se va a analizar el desarrollo histórico y al mismo tiempo se abarcará también la evolución del sistema en relación con los objetivos generales de la Administración Pública. En ausencia de un amplio abanico de principios constitucionales al respecto, es necesario hacer referencia a los fines que han sido más revalorizados por las políticas presidenciales y las fuentes legislativas según la época¹⁷, pues en muchas ocasiones las olas de cambios radicales han afectado al empleo público, ya que la Administración constituye el nexo entre política y burocracia¹⁸. Esta flexibilidad también representa una peculiaridad, si se compara con el modelo europeo continental basado en un Derecho administrativo más rígido y estratificado (y no siempre es una ventaja, ya que puede incluso dar lugar a falta de transparencia y certeza).

Se empezará con los orígenes del modelo en el siglo XIX y la oscilación entre selección mediante criterios políticos y contratación por mérito, hasta llegar al momento crítico de la historia de la Administración: el «New Deal», cuando los objetivos renovados del Estado provocaron una modificación radical del sistema administrativo y de sus funciones (§ 2.1). Se analizarán a continuación

¹⁴ Véase al respecto D. H. ROSENBLUM, “Public Administrative Theory and the Separation of Powers”, *Public Administration Review*, vol. 43, nº 3, 1983, p. 219 y ss.

¹⁵ Véase M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Giuffrè, 1992.

¹⁶ Sobre la importancia del método en los estudios comparados y de derecho extranjero, véase en particular L. PEGORARO, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Editorial Universidad Libre, 2012.

¹⁷ En palabras de G. D’IGNAZIO, *POLITICA E AMMINISTRAZIONE NEGLI STATI UNITI D’AMERICA. LO STATO AMMINISTRATIVO FRA COSTITUZIONE, LEGGI, GIUDICI e prassi*, Giuffrè, 2004, p. 144, la Administración estadounidense no es una creación de la Constitución, sino de la ley.

¹⁸ Véase el estudio de J. E. KELLOUGH, L.G. NIGRO, “Personnel policy and public management: The critical link”, en J. E. KELLOUGH, L. G. NIGRO (eds.), *Civil service reform in the States: Personnel policy and politics at the subnational level*, State University of New York Press, 2006.

algunas de las reformas más importantes realizadas en los cincuenta años posteriores, haciendo hincapié en sus finalidades y en la progresiva superposición de estándares “privados” y objetivos típicamente públicos. Luego se afrontarán específicamente dos rasgos esenciales de la Administración estadounidense, es decir, la organización burocrática de la Presidencia y las Agencias, ejecutivas e independientes (§ 2.2).

Se centrará la atención en las reformas que han seguido a la nueva subida del gasto público tras el año 2001, intentando abarcar de forma sintética las respuestas a dos eventos contingentes: los atentados del 11 de septiembre y la crisis hipotecaria, que han conllevado cambios en la Administración federal. Se hará referencia a los temas más actuales en la política estadounidense, es decir, la reforma del sistema sanitario y los recortes según el proceso del “secuestro” (§ 2.3).

Finalmente se enmarcará el caso analizado en el contexto de la investigación sobre la Administración en tiempos de crisis, proponiendo algunas reflexiones críticas acerca de la “comparabilidad” (y “exportabilidad”) de las soluciones americanas al contexto europeo (§ 3).

2. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO ADMINISTRATIVO Y SUS REFORMAS

2.1. Un análisis sintético del desarrollo de la Administración

En ausencia de principios específicamente dedicados a la función administrativa en la Carta fundamental, la posición de la Administración se ha modificado a lo largo de los años mediante un proceso de continua adaptación, fruto de las luchas entre Presidente y Congreso en las cuales a menudo el Tribunal Supremo ha tenido la función de árbitro¹⁹. Ello se debe también a la doble responsabilidad a la que está sometido el personal al servicio de la Administración: hacia el órgano legislativo y hacia el ejecutivo, sin contar su «accountability» respecto del poder judicial²⁰. Además, en este desarrollo pendular las decisio-

¹⁹ Al respecto, decía Dicey hace muchas décadas, que «In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown» (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1939). Sobre la importancia capital de las fuentes primarias en la definición de los objetivos de la Administración, véase G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo Stato amministrativo fra Costituzione, leggi, giudici e prassi*, op. cit., p. 2.

²⁰ Véase J. L. MASHAW, “Structuring a “Dense Complexity”: Accountability and the Project of Administrative Law”, *Issues in Legal Scholarship*, vol. 5, nº 1, 2005.

nes de los actores involucrados han promocionado, según el caso, dos objetivos difíciles de compaginar: el rendimiento y el ahorro o la extensión y garantía de los derechos²¹.

La primera fase de la historia administrativa fue caracterizada por el ya mencionado «spoils system», es decir, por la práctica que consentía a los partidos políticos destinar los cargos institucionales a sus miembros o simpatizantes²². Este sistema tuvo su auge en la primera mitad del siglo XIX, aunque sigue todavía influenciando el modelo, por lo menos en parte.

La dimensión reducida de la Administración pública facilitó esta praxis, ya que los puestos a repartir no eran numerosos²³. Al mismo tiempo, el empleo público se consideraba una ocupación temporal y la selección de los cargos era valorada como una consecuencia lógica de la alternancia en el poder político²⁴, con lo cual la connotación del concepto de «spoils system» nunca ha sido muy negativa, a diferencia de la que ha adquirido en el contexto europeo.

La época en la que dicho sistema se afirmó de forma rotunda fue el mandato del séptimo Presidente, Andrew Jackson (1829-1837), con el fin de propiciar una mayor representatividad del servicio público y establecer un control difuso del mismo Presidente sobre la Administración²⁵. La dependencia directa de los altos cargos del Jefe del Ejecutivo y su libertad a la hora de nombrarlos eran coherentes con las dimensiones reducidas del aparato estatal y con el número relativamente escaso de competencias y objetivos económicos y sociales del mismo. Sin embargo, a finales del siglo XIX resultó claro que la estructura administrativa de corte jacksoniano no

²¹ Este segundo aspecto, de carácter sustantivo, tiene muchísima relevancia en el estudio del Derecho administrativo estadounidense. Su proyección de mayor calado se encuentra en la regulación de la participación en el procedimiento y del acceso a las informaciones. Sin embargo, el presente estudio se centra en los caracteres estructurales de la Administración y de sus reformas, con lo cual no resulta posible profundizar en la otra vertiente mencionada.

²² Véase el clásico escrito de W. WILSON, “The study of Administration”, *Political Science Law Quarterly*, 1887.

²³ Véase G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. 1, Giuffrè, 1998, p. 86.

²⁴ Sobre la relación entre Administración y poder político, en la inmensa doctrina, se remite por lo menos a L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, 1974.

²⁵ El Presidente mencionó la necesidad de crear un mecanismo de rotación en la función pública en su primer mensaje anual al Congreso, como lo recuerda J. L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, Yale University Press, 2012, p. 175 y ss. En su opinión, a pesar de algunos efectos negativos del sistema, hubo algunas consecuencias positivas, entre ellas, la objetivación de los cargos públicos, ahora separados de quien los ocupa (la «Objectification of Office», p. 177 y su progresiva transformación en «the people's Office», p. 219).

era apropiada para afrontar las necesidades de un Estado más extenso y de una economía fuertemente industrializada²⁶.

En enero de 1883 fue aprobada la «Pendleton Civil Service Reform Act» (cuyo nombre se debe al senador demócrata que la promovió), la ley federal que estableció el mérito como base de la asignación de los empleos públicos, a través de oposiciones abiertas, y revalorizó la «United States Civil Service Commission» creada algunos años antes pero privada de financiación²⁷. Su ámbito de aplicación era exclusivamente el de la Administración federal, donde por aquel entonces el porcentaje de personal estable era muy bajo; sin embargo, gracias a una cláusula que permitía a los Presidentes transformar el estatus de los cargos designados en uno asimilable a los funcionarios, su número aumentó en los quince años siguientes²⁸.

Cuatro años después fue instituida la «Interstate Commerce Commission» (ICC), modelo para las Agencias autónomas posteriores, inicialmente dentro del Departamento del Interior y luego como ente independiente. La institución de esta Comisión representa según buena parte de la doctrina el origen del Derecho administrativo en los EE.UU., pues hasta la fecha la Administración federal parecía consistir en una acción protagonizada por los partidos, teniendo el aparato burocrático una importancia mínima en la gobernanza²⁹.

En esta misma época, se empezó la progresiva despolitización del empleo público mediante una serie de prohibiciones sobre la actividad política de los funcionarios, en la que tuvieron un papel determinante la regulación de 1883 (seguida por

²⁶ Entre 1861 y 1891 la población del país aumentó de más del 100% y a la vez la Administración se cuadruplicó. Al respecto, véase, en español, G. M. CEJUDO, “La disputa por el control: las reformas administrativas en Estados Unidos vistas desde la relación Congreso-Presidencia”, *Foro Internacional*, 2005, p. 740.

²⁷ La reforma se debió en buena medida al brusco desenlace de la presidencia anterior, de James Abram Garfield, quien fue asesinado por un “aspirante cargo público” insatisfecho. No se insertó en un contexto completamente dominado por el “spoils system”, pues con anterioridad algunas áreas de la Administración habían instituido sistemas para contrataciones y ascensos según el mérito, como lo subraya J. L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, op. cit., p. 231.

²⁸ Véase al respecto L. J. Jr. O’TOOLE, “L’Amministrazione Pubblica americana e la nozione di riforma”, *Problemi di amministrazione pubblica*, 1985, p. 9 y ss.

²⁹ Para una crítica a esta visión tradicional de la génesis del Derecho administrativo estadounidense, véase J. L. MASHAW, “Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801”, op. cit., p. 1258 y ss. En el mismo ensayo, el autor analiza asimismo la actitud del Congreso en su relación con la Administración, más allá de su función legislativa y apuesta por la función que la Administración misma tuvo, en aquella época, en la construcción del Estado (p. 1266 y ss.).

ejemplo por la «Hatch Act» de 1939) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que intentó equilibrar el objetivo de una mayor neutralidad de la Administración con la tutela de los derechos constitucionales del personal a su servicio³⁰.

La mutación radical de la Administración se dio durante el denominado «New Deal», porque las medidas anti-crisis fueron caracterizadas por la búsqueda de una intervención regulativa por parte del Estado en ámbito económico. Al mismo tiempo, el Gobierno se propuso modificar la situación social, lo cual también conllevó un aumento de la actividad administrativa (prestacional).

Se superó la lógica de la neutralidad de los poderes públicos para potenciar la intervención estatal en la economía, pero a través de entidades que no estuvieran, por lo menos al principio, directamente relacionadas con las directrices gubernamentales³¹.

A la vez, se multiplicaron las Agencias y los nombramientos volvieron a ser mayoritariamente discrecionales, como demostración de la relación entre los objetivos socio-económicos del Presidente y su necesaria implementación por parte de la Administración. Se potenciaron los poderes normativos de dichas Agencias y la jurisprudencia, incluso del Tribunal Supremo, progresivamente los avaló³². Subió el número de las Agencias federales independientes, es decir, aquellas que se sitúan fuera del Ejecutivo (aunque el poder de nombramiento pueda mantenerse en las manos del Presidente) y se regulan mediante una ley que establece los fines de cada una de ellas.

A partir de esta fase, como se decía, la delegación de poderes normativos a las Agencias (ejecutivas e independientes) se fue afirmando y se consolidó como uno de los caracteres típicos de la organización administrativa estadounidense³³. La jurisprudencia al respecto había sido oscilante: en un principio, el Tribunal Supremo ha-

³⁰ A lo largo de las décadas posteriores, se ha producido un interesante desarrollo de la jurisprudencia. Véanse, entre todas, las sentencias *Education v. United Public Workers v. Mitchell* (1947) y *Pickering v. Board* (1968) por sus orientaciones opuestas acerca de la protección de los derechos de participación de los trabajadores del sector público.

³¹ Véase C. R. SUNSTEIN, "Constitutionalism after the New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1997, p. 421 y ss.

³² El mismo Congreso emplea ampliamente la delegación legislativa permitiendo que dichas Agencias aprueben actos normativos: véase F. D'ONOFRIO, "La pubblica amministrazione davanti al Congresso. Indirizzi, impulsi, controlli", *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, nº 27, 1975, p. 51 y ss. Sobre la posición del Tribunal Supremo al respecto, se remite a G. BOGNETTI, "Dalla «rule of law» allo «Stato amministrativo»: il problema della giustizia nell'amministrazione in America", *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, nº 27, 1975, p. 1 y ss.

³³ Véase M. PATRONO, *Sistema dei Regulatory Powers e Corte Suprema federale*, Giuffrè, 1974.

bía hecho especial hincapié en la imposibilidad de delegar poderes sustancialmente legislativos³⁴, para centrarse luego en la necesidad de establecer estándares específicos en dichas delegaciones³⁵.

Sólo en esta época el Tribunal se centró en la necesidad de la fijación, por parte del Congreso, de criterios esenciales que frenasen la discrecionalidad aplicativa de las Administraciones e incluso llegó a usar este argumento para declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes. Otro instrumento de control por parte del Congreso fue el denominado “veto legislativo”, que podía emplearse en casos de actos administrativos mediante un procedimiento simplificado (fue aceptado hasta 1983, cuando el Tribunal Supremo lo declaró ilegítimo)³⁶. Por lo demás, se hizo manifiesta la disminución de la influencia del Congreso sobre la Administración federal y en general el debilitamiento de los poderes de control parlamentario y judicial, junto con la proliferación casi descontrolada de las Agencias.

En la misma etapa histórica en la que se situó la modificación del papel de la Administración debida a los nuevos fines sociales del Estado, se puede colocar el origen de otro elemento esencial del “modelo” estadounidense: la afirmación de un aparato administrativo alrededor del Presidente como una suerte de contrapeso respecto de Departamentos y Agencias³⁷.

La vuelta a la normalidad tras el final de la Segunda Guerra mundial conllevó un reequilibrio de las posiciones entre los actores involucrados (legislativo y ejecutivo), con la aprobación de una fuente general sobre la Administración, es decir, la «Administrative Procedure Act» de 1946. Al mismo tiempo, tras la creación de un sistema (mínimo) de welfare y la adopción de una reducida normativa económica, resultaba necesario poner orden entre los diferentes procedimientos creados.

Esta ley se aplicaba a las actividades de las Agencias independientemente de su ámbito de referencia, tanto a las funciones normativas como a las “judiciales”, siendo una de las piezas básicas del Derecho administrativo de los EE.UU. La lógica a la que respondía dicha fuente era la potenciación de valores como la «rendición

³⁴ Véase por ejemplo la sentencia *Field v. Clark* de 1892.

³⁵ Véase la sentencia *J. W. Hampton Jr. & co. v. United States* de 1928. En esta sentencia, el Tribunal Supremo afronta el problema de la «(non)delegation doctrine» con un nuevo enfoque, autorizando al Congreso para que delegue poderes normativos a condición de que establezca un principio inteligible para guiar a la actividad del ejecutivo.

³⁶ Véase G. F. FERRARI, “Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti”, *Jus*, 1984.

³⁷ Se trata de la “Presidencia personal”, según S. FABBRINI, *Il Presidenzialismo degli Stati Uniti*, Laterza, 1993.

de cuentas, la responsabilidad pública y las garantías procedimentales»³⁸, más que la eficacia y la eficiencia propugnadas durante las primeras décadas del siglo XX. A lo largo de los años, sus normas han sido integradas por otras, relativas especialmente al derecho de acceso y a la tutela de la intimidad y, en general, a la protección de los derechos individuales en los procedimientos administrativos.

El deseo de recuperar poderes de vigilancia sobre la burocracia por parte del Congreso se manifestó en la «Legislative Reorganization Act», también de 1946, que potenció los Comités internos de la Cámara de representantes y del Senado con este fin y el personal de apoyo a los mismos; les dio a los Comités funciones de supervisión de las Agencias de su sector.

Al año siguiente, el Presidente Truman creó la «Commission on Organization of the Executive Branch of the Government» presidida por el antiguo Presidente Hoover, para que ésta avanzase propuestas acerca de las reformas de la Administración³⁹. Dicha Comisión trabajó durante dos años y entregó al Congreso un informe con casi trescientas recomendaciones que desembocó en la aprobación de la «Reorganization Act» de 1949⁴⁰. La implementación de las reformas siguió durante la presidencia de Eisenhower y otra Comisión presidida por Hoover fue creada en 1953. Las dos Comisiones impulsaron una concepción “empresarial” de la Administración, con el Presidente como jefe de la empresa-Estado.

Las modificaciones posteriores, sobre todo desde los años 60, siguieron en la misma línea y estuvieron dirigidas a la eficacia y eficiencia de la Administración. A finales de los 70 (en parte también a causa del escándalo Watergate) se aumentó el control parlamentario sobre la burocracia y se produjo otra reforma amplia del empleo público. La «Civil Service Reform Act», de 1978, abolió la citada «United States Civil Service Commission» y repartió sus competencias entre tres diferentes Agencias: el «Office of Personnel Management» (encargado de determinar las líneas-guía de la regulación y gestión del personal de la Administración federal), el «Merit Systems Protection Board» (encargado de sanciones disciplinarias) y la «Federal Labor Relations Authority» (encargada de supervisar las relaciones con los sindicatos). El OPM en esta fase propició que se encomendase el desarrollo y la gestión de la

³⁸ G. M. CEJUDO, “La disputa por el control: las reformas administrativas en Estados Unidos vistas desde la relación Congreso-Presidencia”, op. cit., p. 744.

³⁹ Véase al respecto, en castellano, J. F. FUEYO ÁLVAREZ, “El “Hoover Report” sobre reforma de la administración federal en Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, nº 1, 1950, p. 261 y ss.

⁴⁰ Véase al respecto F. HEADY, “The Reorganization Act of 1949”, *Public Administration Review*, vol. 9, nº 3, p. 165 y ss.

selección del personal a las Agencias federales, superando el enfoque más “centralista” que parecía prevalecer hasta la fecha, con retrasos y problemas organizativos.

Durante la Presidencia de Carter fueron planteadas una serie de reformas potenciales de la Administración federal (el «President’s Reorganization Project») y especialmente de la gestión del personal (el «Personnel Management Project»). Aparte de la creación del OPM, el «Senior Executive Service» conllevó un fortalecimiento del nexo entre los funcionarios públicos más antiguos y muchos cargos de nombramiento político.

Estas mismas reformas le permitieron a su sucesor, Reagan, apostar por una nueva politización de la asignación de los puestos públicos⁴¹. Asimismo, éste creó una comisión específica para supervisar los costes de la burocracia, la «President’s Private Sector Survey on Cost Control», la primera auditoría del sector privado sobre los costes de la Administración (1982-1984).

En línea con la idea de que los métodos del sector privado se pueden aplicar a la Administración, entre los años 80 y los 90 se abrió una nueva fase de reformas basadas en el método del «Total Quality Management», importado de las empresas y aplicado a la esfera pública. Este nuevo enfoque de análisis de la actividad administrativa ha sido implementado a lo largo del tiempo con los conceptos de «best practices» y «business process reengineering», mediante los cuales los objetivos principales perseguidos por la acción pública son la rendición de cuentas y la satisfacción de los destinatarios de los servicios⁴².

Se difundieron las teorías del «New Public Management» (NPM), relativas a la modernización del sector público mediante una gestión orientada al mercado que incrementase la eficiencia sin subir los costes. Este modelo se refería especialmente a la prestación de servicios por parte de la Administración y conllevaba al respecto consecuencias diferentes, entre ellas: la aplicación de criterios de competencia dentro del sector público y con las empresas; el uso de fórmulas que permitiesen un empleo más eficaz de los recursos; la potenciación de los controles sobre los entes y de las mediciones de sus resultados⁴³.

⁴¹ En este sentido, véase G. M. CEJUDO, “La disputa por el control: las reformas administrativas en Estados Unidos vistas desde la relación Congreso-Presidencia”, op. cit., p. 748.

⁴² Véase N. M. BOYD, “Administrative reform in the States”, *Public Administration Quarterly*, vol. 33, nº 2, 2009, p. 156.

⁴³ Véase al respecto J. P. PFIFFNER, “Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency”, en A. BENZ, H. SIEDENTOPF, K. P. SOMMERMANN (eds.), *Institutionenbildung in Regierung und Verwaltung: Festschrift für Klaus König*, Duncker & Humble, 2004, p. 443 y ss.

La base académica de estos cambios residía especialmente en la propuesta de Osborne y Gaeblér⁴⁴, cuyo best seller propuso un nuevo modelo de gestión seguido por diferentes niveles de gobierno y avalado por un amplio sector de la sociedad. Los autores mencionados formularon un nuevo sistema, resultado de una revolución o “Perestroika” estadounidense, basado en la idea del Estado/empresario como sujeto habilitado para modificar o transferir recursos según la zona donde rindan mejor e inventar nuevos sistemas de producción y distribución. Esta filosofía tendría que aplicarse a los gerentes de entidades públicas que están llamados a usar sus recursos de la forma más eficaz y productiva.

Osborne, además, fue asesor del vicepresidente Al Gore (durante la presidencia Clinton) en la redacción del informe sobre la «National Performance Review» (NPR)⁴⁵, con la cual se quería bajar el coste de la Administración adoptando cuatro principios básicos: la disminución del papeleo evitable; la primacía de las necesidades de los destinatarios de los servicios; el aumento de las facultades decisorias de los funcionarios; el gobierno empresarial, es decir, una Administración que intente alcanzar la producción máxima con menos gasto. Por ello, el informe sobre la NPR hacía hincapié sobre todo en los siguientes aspectos: el aumento de poderes del personal y la desregulación de la actividad administrativa, mediante modelos de funcionamiento menos jerarquizados y más eficaces.

Ante la imposibilidad de un apoyo parlamentario a estas medidas potenciales (en 1994 los republicanos habían conseguido la mayoría en las «midterm elections»), el Gobierno federal prefirió abandonar la idea de una gran reforma y adoptó una serie de cambios concretos según las Agencias, basados en dos fundamentos: mayor autonomía a cambio del empeño a alcanzar determinados objetivos y excepciones a las reglas sobre gestión del personal.

Al mismo tiempo, el Congreso impulsó la «Government Performance and Results Act», una ley que potenciaba la rendición de cuentas de la Administración frente al legislativo (dicho proyecto, aprobado en 1993, recibió incluso un neto apoyo por parte del Presidente Clinton). En particular, coherentemente con la lógica de resultado, se establecía la necesidad de fijar planes de

⁴⁴ D. OSBORNE, T. GAEBLER, *reinventing government. how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, plume, 1993. La influencia de este volumen en los procesos reformadores y de policy making resulta evidente, por ejemplo, en el informe de la «National Commission on State and Local Public Service» de 1993.

⁴⁵ Véase A. GORE, *From Red Tape to Results: Creating a Government that Works Better and Costs Less. Report of the National Performance Review*, United States Government Printing Office, 1993.

desempeño para las Agencias y de que las mismas le entregasen al Congreso informes sobre su rendimiento para facilitar la supervisión y la asignación de recursos.

Como resulta evidente, en las olas de reformas mencionadas recurren objetivos típicos de toda reforma administrativa, como la potenciación de la eficacia y de la eficiencia, la revalorización de parámetros de productividad y resultados y la reducción de los costes. Este último objetivo, como se verá a continuación, se ha hecho aún más determinante en las últimas dos décadas.

2.2. Las piezas esenciales de la Administración federal: el aparato burocrático de la Presidencia y las Agencias

Como se ha anticipado en la parte introductoria, entre los elementos en los que el modelo estadounidense difiere claramente de los sistemas ministeriales europeos tradicionales se encuentran, por un lado, la existencia de un aparato que gira alrededor del Presidente como tal, sin que existan órganos dotados de un poder de codecisión con él y, por otro lado, la presencia de Agencias, gubernamentales o independientes, dotadas de cometidos específicos.

Por lo que se refiere a la Administración presidencial, el «Executive Office of the President» (EOP) fue creado durante la segunda presidencia de Franklin D. Roosevelt y estaba y está formado por aquellas personas que trabajan más en contacto con el Presidente (y por otros niveles inferiores de personal); su vértice es el Jefe de personal de la Casa Blanca⁴⁶. La implantación de este aparato fue propiciada por el «Brownlow Committee» (President's Committee on Administrative Management), cuyo informe de 1937 propuso una serie de innovaciones para el Ejecutivo –entre ellas, recomendó el traslado de algunos organismos dentro de la Presidencia, como se verá–. Posteriormente, la «Reorganization Act» de 1939 estableció efectivamente la institución del EOP, con dos unidades internas: el «White House Office» (WHO) y el «Bureau of the Budget» (originalmente en el Ministerio del Tesoro y ahora denominado «Office of Management and Budget», OMB).

La estructura interna del EOP se ha ido haciendo cada vez más compleja a lo largo de las décadas, y sería imposible recorrer en este escrito sus diferentes etapas, con lo cual se recordará solamente su estructura actual. Éste incluye hoy

⁴⁶ Véase H. C. RELEYA, *The Executive Office of the President: An Historical Overview*, Congressional Research Service, 2008.

el «Council of Economic Advisers»⁴⁷; el «National Security Staff»⁴⁸; el «Council on Environmental Quality»⁴⁹; diferentes Oficinas («Office of Administration», «Office of Management and Budget», «Office of National Drug Control Policy», «Office of Science and Technology Policy», «Office of the United States Trade Representative», «Office of the Vice President») y el «Executive Residence». A su vez, el «White House Office» tiene una estructura interna muy compleja y en él coexisten diferentes Consejos competentes según la materia (sobre política interior, asuntos económicos, etc.)⁵⁰.

Las instituciones federales que resultan parcialmente asimilables a los Ministerios de otros sistemas son los denominados Departamentos, con un total de quince. Se trata de los Departamentos de Estado, del Tesoro, de Defensa, de Justicia, del Interior, de Agricultura, de Comercio, de Trabajo, de Salud y Servicios Sociales, de Vivienda y Desarrollo urbano, de Transporte, de Energía, de Educación, de Asuntos de los Veteranos y de Seguridad Nacional. El órgano de nivel más alto en cada Departamento es el Secretario –en el Departamento de Justicia es el Fiscal General, cargo creado antes que el propio Departamento, en 1789–, nombrado por el Presidente con el «advice and consent» del Senado. A los Secretarios de cada uno de los Departamentos hay que añadir el Vicepresidente del Gobierno y el resto de figuras a las que el presidente atribuya rango ministerial y que también forman parte del Gabinete.

Los Departamentos son los únicos órganos ejecutivos mencionados directamente en la Constitución, como se ha visto con anterioridad, y su regulación y organización se debe básicamente a la ley correspondiente, aunque existe un patrón

⁴⁷ Este Consejo fue creado en 1946 mediante la «Employment Act», que fijó su composición: tres expertos en economía elegidos por el presidente con el consentimiento del Senado. Las funciones fueron definidas así: asistir al Presidente en la redacción del informe económico; recopilar informaciones sobre los desarrollos económicos actuales y futuros y analizar esta información en relación a las políticas presidenciales; realizar estudios e informes al respecto; asesorar al Presidente en los asuntos económicos, etc.

⁴⁸ Este Consejo fue creado en 1969 mediante la «National Environmental Policy Act», reformada con la «Environmental Quality Improvement Act» el año siguiente. Se encarga de la coordinación y propuesta de políticas medioambientales y tiene poderes de supervisión de otros entes en materia de impacto ambiental y desarrollo sostenible.

⁴⁹ La estructura y el presupuesto para el año 2013 se pueden encontrar en la página web del Ejecutivo: www.whitehouse.gov.

⁵⁰ La estructura y el presupuesto para el año 2013 se pueden encontrar en la página web del Ejecutivo: www.whitehouse.gov.

común, desde el punto de vista de su arquitectura interna, ya que, aparte del Secretario, suele haber un subsecretario y varias unidades de diferente nivel.

Pasando finalmente al otro elemento citado, es decir, las Agencias, éstas, por lo general, se identifican con entes públicos autónomos dotados de funciones particulares, aunque en el mundo anglosajón el término se emplea con un significado más amplio. Su primera definición se encontraba en la «Administrative Procedure Act» de 1946 y fue integrada mediante la «Freedom of information Act» de 1974, que incluyó en el concepto de Agencia a todo departamento, ejecutivo o militar, organización o establecimiento dentro del poder ejecutivo, junto a las Agencias reguladoras independientes. En leyes posteriores se encuentran otras definiciones, aunque el alcance del concepto sigue siendo básicamente el mismo.

Entre las Agencias, se pueden distinguir al menos dos tipologías diferentes, con subcategorías internas: las Agencias ejecutivas (auxiliares del Presidente, que forman el núcleo central de la Administración federal) y las Agencias independientes⁵¹, entre las cuales se encuentran las reguladoras y las quasi-judiciales (denominadas «Independent Regulatory Commission» o «Independent Adjudicatory Commission», según la actividad material que desempeñan)⁵².

Su modelo originario, como se mencionó anteriormente, reside en el ICC, la primera Agencia con poderes de regulación, resultado de la evolución industrial y mercantil y de la voluntad de promocionar las competencias en sectores especializados mucho más que la rendición de cuentas. Pero esta visión no fue siempre así, ya

⁵¹ No es posible aquí profundizar en las características de las Agencias independientes y en el alcance de dicha independencia. Por ello, se recuerdan solamente algunos estudios que pueden ofrecer un marco general para entender el origen y la evolución de estas entidades: M. H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, 1955; R. CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*, Octagon, 1972; C. R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto y de las diferentes interpretaciones de la separación de poderes en este ámbito, véase en español V. TORRE DE SILVA, “Sobre la independencia de las Agencias federales en los Estados Unidos de América”, *Revista de Administración Pública*, nº 167, 2005, especialmente p. 485 y ss. En la doctrina española, A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III, 1995, p. 89 y ss., propone una definición de las «Independent Regulatory Commissions», intentando individualizar los rasgos necesarios.

⁵² Véase el análisis de A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, op. cit., p. 29 y ss., para profundizar en las dificultades definitorias. En perspectiva comparada véase M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, 2002, y el más reciente ensayo del mismo A. M. MORENO MOLINA, “Los modelos de administración por agencias en el derecho comparado. Especial referencia a los Estados Unidos”, *Foro de Seguridad Social*, nº 21, 2009, p. 174 y ss.

que a partir de los años 60 del siglo pasado empezaron a aumentar las Agencias que responden al Presidente. Incluso en los años 80, durante las presidencias de Reagan y G.H.W. Bush, se asistió a un fenómeno específico, es decir, la transformación de algunas Agencias independientes en ejecutivas, para garantizar su vínculo con la política gubernamental.

Si su creación se debió a la mayor agilidad y rapidez decisoria, hay que decir que las Agencias han ido modificando su papel dentro del sistema estadounidense, a la luz de la ampliación del aparato administrativo federal como resultado de la reducción de la Administración estatal y del aumento de los objetivos federales⁵³.

Las cuestiones que siempre se han planteado con referencia a las Agencias independientes, además de su coherencia con la separación de poderes (véase más arriba) –que vale para las dos categorías mencionadas–, son el desempeño de funciones que la Constitución no les atribuye expresamente y la difícil relación con el Presidente. Sobre este último aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue en un primer momento bastante extensiva con referencia al poder de separación⁵⁴, llegando a matizar posteriormente su amplitud en relación a las Agencias quasi-legislativas o quasi-judiciales⁵⁵. Más allá de los poderes de separación de los miembros de las Agencias, los Presidentes han tratado a menudo de encontrar formas para influenciarlas: sólo por mencionar algunos ejemplos, T. Roosevelt intentó reubicarlas dentro de los Departamentos; W.G. Harding revalorizó el papel de la ICC para influir en sus decisiones; C. Coolidge y F.D. Roosevelt pedían cartas de dimisión firmadas al momento del nombramiento, en las cuales ellos mismos indicaban posteriormente la fecha⁵⁶.

En esta misma fase, el informe del citado «Brownlow Committee» definió a las Agencias independientes como «headless fourth branch of government, a haphazard deposit of irresponsible agencies and uncoordinated powers», razón por la cual propuso

⁵³ Véase J. AVEZUELA VALCÁRCEL, *Supervisión presidencial y potestad normativa de las agencias reguladoras en los Estados Unidos*, Civitas, 2011.

⁵⁴ Véase la sentencia *Myers v. United States* de 1926, relativa a un «postmaster general», definido por el Tribunal como un funcionario ejecutivo, por lo tanto sometido al poder de cese presidencial.

⁵⁵ Véase la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935. En aquel caso, F. D. Roosevelt había cesado al presidente de la «Federal Trade Commission». La posterior sentencia *Wiener v. United States* de 1958 confirma este precedente, ya que Eisenhower había separado a un miembro de la «War Claims Commission», que el Tribunal Supremo consideró una Agencia dotada de funciones quasi-judiciales, con lo cual no cabían ceses más allá de los casos establecidos legalmente.

⁵⁶ Véase A. M. MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, op. cit., p. 219 y ss.

su incorporación completa al Ejecutivo federal⁵⁷. Los intentos de aumentar el control presidencial sobre las Agencias siguieron a lo largo de los años, mediante la aprobación de órdenes ejecutivas de los Presidentes y la potenciación del papel del OMB. W. Clinton, por ejemplo, adoptó en 1993 la orden ejecutiva n. 12834 («Ethics Commitments by Executive Branch Appointees») para incidir en la conducta y en las incompatibilidades de los cargos de alto nivel y la n. 12837 («Deficit control and productivity improvement in the Administration of the federal government») para obligar a la reducción de la partida presupuestaria de las Agencias dedicada a los gastos administrativos, cuyo alcance efectivo sería definido por el director del OMB⁵⁸. Tras la publicación del informe sobre la NPR, el Presidente adoptó otras órdenes, para que las Agencias (las ejecutivas necesariamente, voluntariamente las independientes) redujeran al menos a la mitad sus fuentes internas sobre gestión y organización del personal (n. 12861) y persiguieran la satisfacción del ciudadano como objetivo prioritario (n. 12862). Asimismo se pidió a los directores de los Departamentos y las Agencias que presentasen un plan de mejora de gestión y organización a la OMB.

Sin embargo, y para concluir sobre el punto, la influencia del Ejecutivo sobre las Agencias se manifiesta especialmente en materia presupuestaria, porque los proyectos de presupuesto han de ser presentados a la OMB que puede modificarlos. Sólo algunas Agencias tienen la facultad de negociar directamente con el Congreso su presupuesto sin tener que pasar por el control gubernamental previo⁵⁹.

2.3. Las reformas posteriores a los noventa, hasta la segunda gran depresión

Hasta finales de los años noventa la situación económica de los EEUU era absolutamente positiva, se daban muchos superávit y los analistas creían que la deuda pública podría incluso llegar a anularse del todo.

Entre el año 1992 y el 2000 se había producido una notable bajada del gasto público, que desde un porcentaje del 38,3% del PIB pasó en ocho años al 33,8%,

⁵⁷ Hay que mencionar también dos informes posteriores. El informe Redford (durante la presidencia de Eisenhower) deseaba que el Presidente desempeñara la dirección de estas Comisiones independientes como objetivo a largo plazo y el informe Landis (durante la presidencia de Kennedy) abogaba por el retorno al sistema de nombramiento y cese presidencial de los presidentes de cada Agencia.

⁵⁸ Véase al respecto el reciente estudio de A. SOUTO FIGUEIRA, «Los principales hitos en el proceso de configuración de la relación entre el poder ejecutivo y las Agencias independientes en los Estados Unidos de Norteamérica», *Dereito*, vol. 21, nº 1, 2012, p. 234 y ss.

⁵⁹ Hay también otro órgano específico, dentro de la OMB, dotado de unos poderes de supervisión: la «Office of Information and Regulatory Affairs», creada con la «Paperwork Reduction Act» de 1980 y encargada de importantes funciones de control de la actividad reguladora a partir de la Presidencia Clinton.

en un contexto de crecimiento general de la economía que favoreció esta coyuntura positiva⁶⁰. Sin embargo, dicha situación cambió a partir de 2001.

Al mismo tiempo, se impulsaron programas de evaluación de las performances del personal, añadiendo a los criterios clásicos –como el respeto a la legalidad– otros de carácter sustancial, con referencia a los resultados de la acción administrativa. Se implementaron sistemas de cálculo de la capacidad de trabajo, del coste por empleado, de la productividad individual y colectiva y de otros factores económicos. Para influir en la eficacia del sistema, la «US Federal Workforce restructuring Act» de 1994 impuso recortes en el número de empleados dentro de la Administración federal⁶¹.

Durante la Presidencia de G.W. Bush, se invirtió la tendencia a la disminución de estos costes, debido en primer lugar a las rebajas fiscales practicadas sobre todo con relación al impuesto sobre la renta⁶². Al mismo tiempo, aumentaron los gastos sectoriales de sanidad, educación, seguridad pública y defensa (tras los atentados del 11 de septiembre de 2001)⁶³. Volvió a subir también la deuda pública, que en los anteriores diez años había bajado notablemente⁶⁴.

⁶⁰ Véanse los datos contenidos en J. FORNELLS DE FRUTOS, “Estados Unidos: presupuesto y déficit público”, *Boletín Económico de ICE*, 2003, p. 8 y ss. Esta fue la evolución de los gastos para la Administración general solamente: 7,3% (1991); 7% (1992); 6,7% (1993); 6,5% (1994); 6,6% (1995); 6,5% (1996); 6,3% (1997); 6% (1998); 5,7% (1999); 5,5% (2000) y 5,2% (2001), según los datos publicados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

⁶¹ Sobre esta época, véase B. S. ROMZEK, “Dynamics of Public Sector Accountability in an Era of Reform”, *International Review of Administrative Sciences*, vol. 66, nº 1, 2000, especialmente p. 33 y ss.

⁶² Las políticas fiscales de los dos Presidentes –Clinton y G.W. Bush– se caracterizaron por profundas diferencias: «mientras uno, el presidente Clinton, basó su política económica en una política de disciplina fiscal, llevada a cabo con ligeras subidas de impuestos y contención del gasto, su sucesor, George W. Bush, se embarcó en lo que algunos han considerado una política fiscal irresponsable, de bajada de impuestos sin posibilidades reales de contención del gasto público. Las estadísticas muestran en Estados Unidos el paso, en muy poco tiempo, de un superávit presupuestario, bajo el presidente Clinton, a importantes déficits fiscales, bajo la presidencia de George W. Bush». Así lo afirma S. AGUADO SEBASTIÁN, “La economía de Estados Unidos: El retorno de los déficits”, *Revista de Economía Mundial*, nº 19, 2008, p. 201.

⁶³ Bush propulsó la institución del Departamento de Seguridad Nacional, que recibió el apoyo del Congreso en el año 2002. Por lo general, su gestión se caracterizó por una centralización de las labores de inteligencia y una potenciación de los nombramientos directos (véase G. M. CEJUDO, “La disputa por el control: las reformas administrativas en Estados Unidos vistas desde la relación Congreso-Presidencia”, op. cit., p. 754).

⁶⁴ Si se analizan los datos ofrecidos por el FMI, se nota un incremento constante de la deuda neta a partir del mismo año 2001 hasta el 2012. La relación percentil con el PIB ha aumentado así: 35%; 37%; 41%; 48%; 49%; 48%; 48%; 54%; 66%; 75%; 82%; 88% (véase el “Report for Selected Countries and Subjects” relativamente al “General government net debt”, www.imf.org).

La flexibilización del sistema administrativo se transformó en uno de los objetivos prioritarios de la Administración del Presidente Bush, el cual se hizo portavoz de la denominada «big Government conservative agenda»⁶⁵. Este deseo de flexibilización se combinó con la aprobación, en respuesta al 11S, de la «Patriot Act» y de la «Homeland Security Act»: la segunda transfirió más de veinte Agencias federales y más de ciento-cincuenta mil empleados al nuevo Departamento de Seguridad Nacional. Se trató de la mayor reforma de la Administración federal involucrada en la seguridad desde los años 40. El objetivo de reorganización del sistema se manifestó en la propuesta relativa al Departamento⁶⁶ y representó uno de los mayores problemas a la hora de aprobar la reforma: frente a la oposición de los demócratas, hubo que esperar los resultados de las elecciones de «midterm» de 2002, que llevaron a una mayoría republicana en el Senado. Aunque con respeto a algunos principios básicos, se reconoció al Departamento una amplia discrecionalidad a la hora de fijar la organización interna del personal que fuera «flexible» y «actual».

En la misma línea, la «National Defense Authorization Act» para el año fiscal 2004 modificó el título V previendo la creación de un sistema específico de personal para el Departamento de Defensa: el Secretario y el Director del OPM tendrían la facultad de reorganizar la estructura interna, siempre sin afectar a principios esenciales (como el mérito y la igualdad)⁶⁷.

Aparte de la respuesta al 11S y la consecuente subida de los gastos de defensa y seguridad, que elevaron su incidencia sobre el PIB de forma considerable (en poco más de dos años ésta aumento en un cuarto), la segunda Presidencia de G.W. Bush tuvo que enfrentarse al estallido de la crisis relacionada con las hipotecas «subprime»⁶⁸.

⁶⁵ Por ejemplo, se establecía una posibilidad limitada de negociaciones a través de los sindicatos. Véanse al respecto la jurisprudencia mencionada por J. E. KELLOUGH, L. G. NIGRO, G. A. BREWER, «Civil Service Reform under George W. Bush: Ideology, Politics, and Public Personnel Administration», op. cit., pp. 412-414.

⁶⁶ Por ejemplo, se establecía una posibilidad limitada de negociaciones a través de los sindicatos. Véanse al respecto la jurisprudencia mencionada por J. E. KELLOUGH, L. G. NIGRO, G. A. BREWER, «Civil Service Reform under George W. Bush: Ideology, Politics, and Public Personnel Administration», op. cit., pp. 412-414.

⁶⁷ Este nuevo régimen específico (NSPS) para los trabajadores del Departamento de Defensa fue impugnado frente a los órganos jurisdiccionales competentes (sin resultados para las organizaciones de los trabajadores) y luego abolido definitivamente durante la Presidencia de Obama, en 2009, con lo cual los empleados volvieron al sistema general de los administrativos.

⁶⁸ Para entender lo que se podría denominar «el lenguaje de la crisis», véase el análisis desarrollado por J. E. MUÑOZ GIRÓ, «Fundamentos para el análisis de la crisis financiera», *Ciencias Económicas*, 2008, p. 55 y ss.

La medida legislativa adoptada para responder a esta emergencia fue la «Emergency Economic Stabilization Act» de 2008, que contenía el «Troubled Asset Relief Program» (TARP). Dicho programa permitía al Departamento del Tesoro adquirir u ofrecer garantías a los que se consideraban activos problemáticos o tóxicos (es decir, los activos relacionados con hipotecas residenciales) y a todos aquellos medios financieros cuya cobertura, a la luz del asesoramiento de la Reserva Federal y de las correspondientes Comisiones parlamentarias, resultase necesaria para asegurar la estabilidad. De hecho, este instrumento sirvió para recapitalizar a los Bancos⁶⁹.

Las olas de reformas citadas con anterioridad se habían planteado diferentes objetivos, a veces incluso aparentemente contradictorios: reducir las dimensiones de la Administración, reestructurar, privatizar, aumentar la eficacia y la eficiencia, gestionar el personal de forma diferente, etc.

El objetivo principal de las reformas de hoy, sin embargo, parece ser la reducción del gasto público y el cumplimiento de políticas de austeridad. La crisis económica depende, además del fracaso de las finanzas, de una profunda crisis del Estado. En particular, la doctrina ha distinguido dos patologías que han ido agudizándose con el tiempo: a) la falta de una organización interna que permita implementar las políticas y de personal con las competencias necesarias para hacerlo; b) las interferencias de los intereses de otros sujetos externos a la Administración⁷⁰. Además, los más críticos con las políticas presidenciales han subrayado que las raíces de la crisis se encontraban ya en la gestión económica que ha ido desmembrando las bases del «New Deal»⁷¹.

⁶⁹ Véase L. JACOBS, D. KING, “America’s Political Crisis: The Unsustainable State in a Time of Unraveling”, *Political Science and Politics*, vol. 42, nº 2, 2009, p. 279.

⁷⁰ Véase L. JACOBS, D. KING, “America’s Political Crisis: The Unsustainable State in a Time of Unraveling”, op. cit., p. 277 y ss.

⁷¹ El recorrido aplicativo de la ley, sin embargo, no parece que pueda ser del todo lineal: hace sólo unas semanas, el 17 de mayo, la mayoría republicana de la Cámara baja votó a favor de su abrogación. Hace un año, el 28 de junio de 2012, el Tribunal Supremo, en la decisión National Federation of Independent Business y otros c. Sebelius, Secretary of Health and Human Services y otros, se expresó a favor de la legitimidad constitucional de la reforma. En particular, los dos aspectos recurridos eran el denominado “mandato individual” (es decir, la obligación para los particulares de tener un seguro médico) y la ampliación del programa «Medicaid». Con referencia al primer aspecto, el Tribunal lo salva considerando que la sanción para los que no se aseguren equivale a un impuesto federal y por ello se trata de una competencia dentro del poder federal de imposición fiscal. Con referencia al segundo, la decisión es aún más interesante, ya que el Tribunal tuvo que analizar la extensión del programa «Medicaid» a los sujetos que tengan una renta inferior al 133% del umbral de la pobreza federal. La

Contrariamente a lo que se podría pensar, el sistema de seguridad social (“programa de seguros por discapacidad, vejez y supervivencia”) hasta el año 2011 no había contribuido al déficit. A finales de 2010, fue aprobada una reducción de las contribuciones de los trabajadores del 2% y hubo que compensar este menoscabo porque es un requisito legal reemplazar cualquier ingreso perdido por el Fondo fiduciario de la seguridad social. Los estudios económicos en aquel momento eran prácticamente unánimes en afirmar que no se trataba de un modelo en crisis, ya que el Fondo disponía de la cantidad de dinero suficiente para pagar las pensiones comprometidas hasta los años 40 de este siglo. A pesar de ello, parece que las políticas de B. Obama van a ir hacia recortes también en el ámbito de la seguridad social, como se verá más adelante.

De las reformas emprendidas durante los últimos años, hay que centrarse al menos en dos: la reforma de la salud y el denominado “secuestro”, que a priori parecen dirigirse hacia resultados (económicos) opuestos. Lo que las une es la idea de reformas a largo plazo, que tienen que implementarse a lo largo de los años.

La reforma de la sanidad (la «Patient Protection and Affordable Care Act» de 2010) ha replanteado todo el sistema sanitario, si bien ha mantenido el seguro privado como elemento esencial del mismo (a pesar de los debates al respecto, no se ha mantenido la idea de una aseguradora pública que compita con las privadas). Por un lado, desde 2014 se impedirá a las compañías de seguros rechazar a potenciales clientes por su condición anterior y, por otro lado, se implantarán mecanismos más flexibles para que se puedan contratar pólizas a precios más asequibles o contribuir al sistema nuevo mediante cotizaciones. Se trata de la mayor aproximación a un modelo de cobertura universal. Asimismo desde este año, los Estados reciben subvenciones para mejorar el seguimiento de los sujetos protegidos por «Medicaid» o «Medicare» (los programas dirigidos respectivamente a personas con escasos ingresos y personas mayores o discapacitadas) y desde octubre se implementarán las medidas de flexibilización del sistema para permitir a los interesados seleccionar el tipo de seguro más acorde a sus condiciones. Las últimas fases de implementación de la reforma tendrían que producirse en 2018, ya que la idea es que se muestre como un proceso⁷².

intervención estatal, necesaria al tratarse de una materia de competencia estatal, resultaba según la ley condición indispensable para obtener la nueva financiación y sobre todo para no perder la anterior. Esta parte sí fue declarada inconstitucional, en la medida en que la falta de intervención legislativa estatal conllevaría la pérdida de financiación ya establecida con base en el programa antes de la reforma.

⁷² El recorrido aplicativo de la ley, sin embargo, no parece que pueda ser del todo lineal: hace sólo unas semanas, el 17 de mayo, la mayoría republicana de la Cámara baja votó a favor de su abroga-

En cambio, el denominado “secuestro”⁷³ progresivo tendría una duración aún más extensa, previendo recortes desde el año 2013 hasta el 2021.

La situación económica, en verano de 2011, era de lo más preocupante: los EE.UU. estaban a punto de alcanzar el límite de deuda y hacían falta medidas rápidas y efectivas. La «Budget Control Act» (BCA), aprobada en agosto, fue el resultado de largas negociaciones entre demócratas y republicanos: éstos propusieron un plan dicotómico, basado, por un lado, en recortes inmediatos y, por otro lado, en la creación de una Comisión bipartita para gestionar y decidir los posteriores recortes. A su vez se estableció un mecanismo automático ante la posibilidad de que no se alcanzase ningún acuerdo: el “secuestro”. El objetivo es la reducción del déficit en 1,2 billones de dólares para 2021.

La BCA ha fijado un aumento del techo de deuda (y le permite al Presidente solicitar otros aumentos al Congreso) y ha establecido la creación de la Comisión bipartita (denominada por los periodistas «super Committee») para la decisión de la distribución de los recortes antes de que se hicieran automáticos, a partir de enero de 2013 (no ha habido acuerdo)⁷⁴.

Para el año 2013, la perspectiva a corto plazo (el objetivo es un recorte de 85.000 millones antes de septiembre, mes en que termina el año fiscal⁷⁵) contenida

ción. Hace un año, el 28 de junio de 2012, el Tribunal Supremo, en la decisión National Federation of Independent Business y otros c. Sebelius, Secretary of Health and Human Services y otros, se expresó a favor de la legitimidad constitucional de la reforma. En particular, los dos aspectos recurridos eran el denominado “mandato individual” (es decir, la obligación para los particulares de tener un seguro médico) y la ampliación del programa «Medicaid». Con referencia al primer aspecto, el Tribunal lo salva considerando que la sanción para los que no se aseguren equivale a un impuesto federal y por ello se trata de una competencia dentro del poder federal de imposición fiscal. Con referencia al segundo, la decisión es aún más interesante, ya que el Tribunal tuvo que analizar la extensión del programa «Medicaid» a los sujetos que tengan una renta inferior al 133% del umbral de la pobreza federal. La intervención estatal, necesaria al tratarse de una materia de competencia estatal, resultaba según la ley condición indispensable para obtener la nueva financiación y sobre todo para no perder la anterior. Esta parte sí fue declarada inconstitucional, en la medida en que la falta de intervención legislativa estatal conllevaría la pérdida de financiación ya establecida con base en el programa antes de la reforma.

⁷³ El secuestro actual es una nueva versión de un plan parecido, aprobado y declarado inconstitucional en 1986; luego reformado el año siguiente y finalmente sustituido por una política presupuestaria en el año 1990.

⁷⁴ Estas reducciones se iban a aplicar de forma directa a los gastos necesarios y discrecionales, a priori con algunas excepciones: sí a «Medicare» (pero sólo en un 2%), pero no a la seguridad social, a «Medicaid», al sueldo de los empleados públicos o veteranos.

⁷⁵ El efecto sobre el PIB va a ser negativo, como lo afirma el informe publicado por el Fondo Monetario Internacional en abril de 2013: “World Economic Outlook-April 2013. Hopes, Realities,

en la propuesta presupuestaria del Presidente en otoño conllevaría un recorte histórico también a «Medicare» y seguridad social, a través de la introducción de una nueva medida del coste de la vida. Hay también una serie de medidas que afectarán a la educación en todos los niveles hasta las Universidades.

Entre 2010 y 2011-2012, además, se implementó otra reforma esencial: la del sistema financiero, que merece un examen específico. La «Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act» de 2010 estaba dirigida básicamente a reformar las bases de las finanzas para incrementar su transparencia y control⁷⁶. Con este objetivo, la ley cambió el proceso de regulación del sector, enmendó las normas sobre la Reserva Federal y modificó el sistema de Agencias, creando algunas nuevas o fusionando las existentes (éste es el único punto que se va a afrontar sintéticamente a continuación: los cambios en la estructura administrativa, y no en el marco regulador). Por su alcance, la implementación de algunas partes fue pospuesta hasta dieciocho meses desde la aprobación.

Con respecto al control y la transparencia, el Título I de la ley hace hincapié en el papel de supervisión de la Reserva Federal sobre las sociedades bancarias holding y crea dos nuevos organismos: a) el «Financial Stability Oversight Council» (FSOC)⁷⁷, dentro del Departamento del Tesoro (el Secretario preside el Consejo), dotado de funciones de monitorización de la estabilidad del sistema financiero y de fomento de la regulación del mercado además de poderes normativos autónomos; y b) la «Office of Financial Research» (OFR), dentro del mismo Departamento, encargada de apoyar al FSOC promocionando la transparencia y la calidad de las informaciones financieras y realizando investigaciones sobre la estabilidad del mercado. El Consejo puede solicitar datos a los Estados, a las Agencias federales y, a través de la OFR, a los holding bancarios o a las entidades financieras y tiene que enviar informes periódicos al Congreso sobre el estado de las finanzas estadounidenses.

Dentro del Departamento del Tesoro también se estableció la «Federal Insurance Office» para monitorizar el sector de los seguros (no de salud), averiguar qué

Risks», en www.imf.org: «The budget sequester, which went into effect March 1, is projected to subtract about 0.3 percentage point from GDP growth in 2013 if maintained until the end of this fiscal year (September 30, 2013) as assumed by the IMF staff».

⁷⁶ Como se lee en la misma ley, la finalidad era «to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end “too big to fail”, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes».

⁷⁷ Véase el Subtitle A “Financial Stability Oversight Council”, section 111, “Financial Stability Oversight Council established”.

franjas de la población no acceden a los mismos, transmitir recomendaciones al FSOC y ofrecer apoyo a los Estados.

Con respecto a otro objetivo de la ley, la protección de los consumidores, se puede recordar el «Bureau of Consumer Financial Protection», creado para impulsar normas que permitan a los consumidores conseguir informaciones comprensibles en sus relaciones con las empresas financieras; para ello, este organismo, por ejemplo, recibe quejas, suministra informaciones, realiza estudios y colabora en los procesos normativos del sector.

Al mismo tiempo, la ley afectó en parte a la Reserva Federal: entre otros cambios, limitó su facultad de conceder préstamos de emergencia a entidades individuales y exigió para ello la aprobación del Secretario del Tesoro; estableció un control de la Oficina de Responsabilidad del Gobierno de Estados Unidos (GAO) sobre los préstamos efectuados durante la crisis y amplió su poder de supervisión sobre el personal y las actuaciones de la FED; creó a un vicepresidente de la FED, nombrado por el Presidente, encargado de hacer recomendaciones al órgano directivo de la misma e informar al Congreso; aumentó sus poderes de control sobre las sociedades no bancarias, mediante un sistema de decisión conjunta con el FSOC.

De las existentes, la mayoría de las Agencias que ya tenían funciones de regulación y supervisión del sector recibieron nuevas: entre ellas, la «Federal Deposit Insurance Corporation» (FDIC), la «Securities and Exchange Commission» (SEC), la «Office of the Comptroller of the Currency» (OCC), la «Securities Investor Protection Corporation» (SIPC), mientras que la «Office of Thrift Supervision» fue eliminada (y sus funciones repartidas entre la OCC, la FDIC, el BCFP y la FED).

Es necesario hacer referencia brevemente a algunos acontecimientos de actualidad que tienen su fundamento en las problemáticas políticas que plantea la implementación de la reforma sanitaria (sin mencionar los recursos de ilegitimidad e inconstitucionalidad que se han ido planteando en contra de la misma a lo largo del tiempo).

El 20 de septiembre de 2013 la Cámara de representantes –de mayoría republicana– aprobó una ley de carácter financiero que, entre otras, contenía disposiciones para “desubvencionar” la «Patient Protection and Affordable Care Act»; el Senado enmendó a su vez el texto negándose a avalar dichos recortes y no se alcanzó ninguna solución de compromiso.

En aquel momento, era necesario ampliar el techo de deuda para asegurar el funcionamiento normal del sector público hasta la aprobación de los presupuestos siguientes. Sin embargo, los republicanos querían canjear su apoyo al aumento del endeudamiento a cambio de dicha reducción de recursos para la reforma sanitaria.

A raíz de esta situación, desde el 1 de octubre hasta el día 17 –fecha en la cual estaba previsto que el Tesoro superaría el límite al endeudamiento causando una crisis de liquidez–, se produjo el denominado «shutdown», que no ocurría desde 1995. Este fenómeno consiste en un cierre del gobierno, que comporta una paralización de casi toda la administración, ya que se suspende la prestación de los servicios públicos, con la única excepción de los esenciales. Es un instrumento de chantaje político empleado por una o ambas Cámaras si su mayoría no es del mismo partido del Presidente: en este caso, como se decía, los republicanos intentaron usar la función presupuestaria del Congreso como palanca para que se abortara un proyecto bien determinado.

Tras quince días de negociaciones, el Congreso aprobó finalmente la reapertura de las funciones de la Administración y modificó el techo de deuda, aunque se trató de un arreglo parcial con carácter temporal que garantizaba la financiación de las actividades hasta enero de 2014 y la elevación de la posibilidad de endeudamiento hasta febrero de 2014.

A finales del mismo año fue aprobada la «Budget Act 2013», promulgada por el Presidente el 26 de diciembre, definida Bipartisan por su carácter compromisorio, que sustituye las medidas legislativas mencionadas con anterioridad. Aun con el objetivo a largo plazo de bajar el déficit más de veinte billones, se suavizan los efectos del secuestro para los dos años siguientes adoptando una planificación decenal de los recortes y de las previsiones de gasto.

3. CONCLUSIONES

Como se dijo al principio del estudio, por las peculiaridades del sistema estadounidense y de su derecho constitucional no es posible contestar a todas las preguntas de investigación que el proyecto plantea. Por un lado, la compatibilidad de las reformas (anteriores o debidas a la crisis) con los principios constitucionales es difícil de averiguar, puesto que se trata de pocos principios referidos casi exclusivamente a la relación con el Presidente y a la estructura federal. Por ello, se ha tenido que analizar las reformas legislativas intervenidas y las propuestas avanzadas por los Jefes de Estado, con mayor o menor éxito, evidenciando las finalidades de cada una de ellas.

Los objetivos perseguidos por dichas reformas han sido bastante variados a lo largo de los años, aunque tras la afirmación del «New Deal» y la revolución de los fines de la acción pública que conllevó, se podría decir que casi todas las corrientes iban hacia la realización de cambios que potenciasen la eficacia, la eficiencia y la economía. A estos objetivos generales se ha acompañado muchas veces una lucha

de poder entre Presidente y Congreso para garantizarse un mayor control sobre la Administración, que se ha cruzado con las tendencias a potenciar su independencia.

La tendencia general de las reformas reside en fortalecer la gestión por desempeño y por resultado. Y por ello, en los momentos de crisis se iban proponiendo cambios que revalorizaban los modelos administrativos diferentes al actual, incluso desde el punto de vista de la gestión y la selección del personal⁷⁸ (parte de la doctrina considera que las revisiones con mayores probabilidades de prosperar son las que se basan en elementos técnicos⁷⁹).

Sin embargo, resulta evidente que muchos de los cambios más radicales responden a políticas presidenciales claras, como lo demuestran, entre los casos más actuales, la reforma de la «Homeland Security» y la del sistema sanitario. Hay también algunos patrones que se repiten en la actitud de los Presidentes hacia la Administración, si se tienen en cuenta los cuatro modelos elaborados por la literatura: el de Hamilton –«top-down», centrado en el Ejecutivo–; el de Jefferson –«bottom-up», centrado en la importancia de la participación y de la rendición de cuentas–; el de Madison –centrado en la separación de poderes y en el equilibrio entre actores–; y el de Wilson –centrado en la jerarquía, la profesionalización y la imparcialidad–⁸⁰. Por ejemplo, las decisiones de Clinton recordaban una aproximación al modelo de Jefferson, mientras que la posterior actitud de G.W. Bush parecía más cercana al enfoque de Hamilton, con una clara dirección presidencial y un retorno al «spoils system»⁸¹. El control presidencial se ha ido afirmando también a través de instrumentos indirectos, como los poderes de vigilancia de la «Office of Management and Budget» o del «National Security Council», que forman parte de las oficinas de la EOP de directa colaboración con el Presidente.

La estructura federal, otro aspecto que se subrayó al principio, sigue siendo central en determinados ámbitos de la acción pública: entre los ejemplos mencionados, la implementación de la reforma sanitaria está pasando y va a pasar por la necesaria

⁷⁸ B. S. ROMZEK, “Dynamics of Public Sector Accountability in an Era of Reform”, op. cit., p. 29. La autora afirma que los modelos de evaluación de la «accountability» son básicamente cuatro: jerárquico, legal, político y profesional y que, aunque los dos primeros nunca se abandonan, según la fase de reformas se van añadiendo los otros dos (pp. 36-37).

⁷⁹ J. E. KELLOUGH, L. G. NIGRO, G. A. BREWER, “Civil Service Reform under George W. Bush: Ideology, Politics, and Public Personnel Administration”, op. cit., p. 406.

⁸⁰ Estas categorías se deben a D. KETTL, “The Transformation of Governance: Globalization, Devolution and the Role of Government”, *Public Administration Review*, vol. 60, 2000, p. 488 y ss.

⁸¹ Para una comparación con los precedentes, véase “World Economic Outlook- April 2013. Hopes, Realities, Risks”, op. cit., p. 32.

intervención de los Estados. Asimismo la citada sentencia del Tribunal Supremo al respecto, que ha apoyado, al menos en parte, la posición estatal, confirma que su esfera de autonomía se preserva.

Respecto a la crisis actual, hay que decir que la respuesta ha sido bastante distinta a las políticas adoptadas frente a situaciones de recesión anteriores, cuando el Gobierno aumentaba sus gastos para impulsar la economía. En esta ocasión, parece que la preferencia va a medidas de estímulo fiscal, mientras que se están recortando los gastos de la Administración⁸². Lo que se puede esperar en perspectiva es una política de reducción del déficit a medio plazo mediante un plan global y selectivo, que supere los recortes indiscriminados operados con el secuestro. Se tratará seguramente de medidas graduales que afecten tanto a los aspectos fiscales e impositivos como a los programas más costosos para la Administración, en la búsqueda de un complejo balance entre austeridad, crecimiento y garantía de los derechos.

Todo lo anterior pone de manifiesto las diferencias entre el caso estadounidense y la mayoría de los otros ordenamientos afrontados en el marco de este proyecto de investigación, porque los EE.UU. no han implementado ninguna reforma radical de la Administración para responder a la crisis. Ello se debe, por un lado, al hecho de que el sector público tiene un tamaño más reducido respecto de los países de Europa continental y, por otro lado, a las causas específicas del déficit que se han evidenciado anteriormente –como son la reducción de los impuestos y el aumento de los gastos de defensa y seguridad, con la Presidencia de G.W. Bush–.

La política de recortes “horizontales” que se ha puesto en marcha a raíz del secuestro, no parece estar relacionada con una idea de cambios de la Administración en sí misma, por mucho que la afecte (y por mucho que la doctrina haya criticado el solapamiento de funciones entre Agencias, sobre todo de nivel territorial diferente).

Lo que sí parece haberse implementado es una amplia modificación del marco regulador del sistema financiero, que ha incidido directamente en el papel y en las funciones de algunos organismos administrativos, como se acaba de ver. Se ha tratado, pues, de la respuesta a una crisis predominantemente financiera, debida a la escasa regulación de un sector específico, más que de una crisis estructural y global de un aparato administrativo demasiado caro y poco funcional.

⁸² Para una comparación con los precedentes, véase “World Economic Outlook-April 2013. Hopes, Realities, Risks”, op. cit., p. 32.

Resumen:

Este estudio aborda la evolución del sistema administrativo de los Estados Unidos resaltando las peculiaridades de su origen y de su desarrollo hasta la crisis económica actual. La autora explica los objetivos y los rasgos esenciales de las olas de reformas que lo han afectado a lo largo de las décadas y se centra finalmente en la actualidad. Para ello, abarca las recientes reformas de la sanidad, del sistema financiero y el “secuestro” y propone unas conclusiones comparadas sobre las peculiaridades del caso estadounidense respecto a la situación europea.

Palabras Clave: Administración Pública; Estados Unidos; finalidades de la acción pública; crisis económica; reformas.

Abstract:

This essay deals with the evolution of the administrative system of the United States emphasizing the specific features of its origin and its development until the current economic crisis. The author explains the aims and the basic characters of the waves of reforms that have affected it and finally focuses on topical issues. So she analyzes the recent health care reform, the one on the financial sector and the so called “sequester” and proposes comparative conclusions about the specificity of the American case with respect to the European situation.

Keywords: Public Administration, United States, aims of public action, economic crisis, reforms.

Recibido: el 3 de febrero de 2014

Aceptado: el 3 de marzo de 2014

LA DIMENSIÓN DEL ESTADO Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PERSPECTIVA COMPARADA: EL REINO UNIDO

HELEN KERR*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Disposiciones constitucionales indirectas.
3. “El negocio del Gobierno (no) es el negocio del gobierno”.
4. La estructura actual del Sector Público.
5. La conciliación de la dicotomía.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Privatizar es una actividad polémica que despierta interrogantes jurídicos y políticos. El objetivo de este trabajo es distinguir si el programa de desinversiones iniciado en el Reino Unido, en respuesta a la actual crisis financiera mundial, puede conciliarse con las exigencias del Derecho Administrativo y Constitucional. Esta reflexión es la que ha impulsado la necesidad de examinar la estructura de las disposiciones constitucionales del Reino Unido. Analizaremos dicho empeño privatizador, cuyo inicio se remonta a tres décadas atrás, hasta el actual modelo y el presente estado del sector público.

Se afirma que Derecho Administrativo y Derecho Constitucional están a merced de la actual crisis financiera. La segunda fase de la crisis financiera mundial, que tomó en realidad la forma de crisis de deuda soberana, ha alterado la relación entre estos ámbitos. Consideraremos la tensión existente en el limitado contexto del Reino Unido. Un análisis absolutamente pertinente dentro de este sistema legal en el que sirve como primera observación la ausencia de normas constitucionales codificadas. Las dispersas disposiciones constitucionales del Reino Unido no están, sin embargo, sin acotar. El Estado de Derecho y la doctrina de la Soberanía del Parlamento actúan

* Investigadora de Derecho Constitucional. Traducido del inglés por Miguel José Arjona Sánchez.

como salvaguardias contra el abuso de poder sin restricciones. Es más, las limitaciones constitucionales europeas también se han diseñado para garantizar los derechos fundamentales. Se afirma que el diseño constitucional del orden jurisdiccional del Reino Unido está en condiciones de responder a los desafíos no sólo provocados por la crisis actual, sino también a la ubicua presencia de la globalización.

El caso del Reino Unido será ilustrativo, ya que revela una tradición política y económica que ha estado orientada hacia la privatización durante décadas. Por esta razón, nuestro análisis trasciende a la pregunta de si la privatización es un desarrollo constitucional novedoso. La idea de su viabilidad es un campo de considerable refriega jurídica. Una vez más, la ponderación entre el interés público y los mecanismos de mercado de carácter estratégico entrará en juego. Y llegaremos a la conclusión de que es innegable que la actual crisis ha reavivado la privatización en todo el arco que va desde el corazón de la UE a la periferia. Para ello propondremos una consideración fundamental a tener en cuenta, la idea de que la proporcionalidad debería ser ejercida como expresión de la derrota del interés público en este actual periodo de profundos cambios. Por otra parte, también examinaremos la validez de la idea de que «la crisis financiera no causó una crisis constitucional, pero sí reveló el funcionamiento práctico de la Constitución en tiempos de crisis»¹.

2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INDIRECTAS

Se ha dicho que una Constitución encarna “por encima de todo una definición de la esfera pública”². Para la comprensión de los límites constitucionales, el Reino Unido proporciona un punto de discusión interesante, ya que sus disposiciones no se encuentran en un solo documento. A diferencia de la serie de Estados miembros asentados a lo largo de todo el continente, sus disposiciones normativas no están codificadas. El Gobierno, sin embargo, está obligado por el Estado de Derecho y el principio de la Soberanía Parlamentaria. Al menos en teoría, también existe una salvaguardia adicional en las disposiciones constitucionales europeas. No obstante,

¹ J. BLACK, “Managing the Financial Crisis”, *Law Society and Economy Working Papers*, nº 12/2010, 2000, p. 37. Disponible en Web (consulta 23 de marzo de 2013): http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-12_Black.pdf [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the financial crisis did not cause a constitutional crisis, but it did reveal the practical operation of the constitution at times of crisis”].

² T. PROSSER, *Nationalized Industries and Public Control. Legal, Constitutional and Political Issues*, Blackwell, Oxford, 1986, p. 75. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “above all else a definition of the public sphere”].

el resultado de dichas disposiciones ha sido que “las restricciones legales al programa de privatizaciones del gobierno hayan sido mínimas”³. Una premisa para cuya comprensión es de vital importancia proporcionar una definición de la configuración constitucional del Reino Unido.

Las normas que gobiernan los derechos de acceso al mercado no están normalmente consagradas en las Constituciones nacionales, lo que invariablemente añade complejidad a la comprensión de la dimensión pública del Estado. De acuerdo con Prosser, la situación del Reino Unido es curiosa en la medida en la que hay un margen de flexibilidad que viene proporcionado por la doctrina de la soberanía del Parlamento. La crisis financiera ha generado una situación por la que ha surgido un conflicto entre el Derecho de la Competencia y el Derecho Constitucional. En el Reino Unido, la relación entre el Derecho Público y el Privado no ha sido satisfactoriamente delimitada. En efecto, estamos ante una tensión sólo tratada por primera vez en 1983 mediante el caso *O'Reilly v Mackman*⁴. También es importante considerar que en ausencia de un documento escrito, las actuales restricciones conciernen tanto al ejecutivo como al legislativo. En esencia, el marco constitucional británico ha sido modernizado mediante una amalgama de «Statute law», «case law», «legislation» y «tradition», todo ello asegurado mediante el Estado de Derecho y el principio de Soberanía del Parlamento. Este último principio claramente descrito por A V Dicey como el reconocimiento al Parlamento de “el Derecho de hacer o deshacer cualquier ley”⁵. Como consecuencia de este principio, el poder judicial británico está exonerado de la capacidad para declarar a la legislación de carácter primario como inconstitucional. Una dificultad adicional deriva de la débil separación de poderes, crudo rasgo en la configuración del paisaje político y jurídico del Reino Unido. Una clara característica de este orden lo constituye el hecho de que el partido del gobierno o en su caso los de la coalición de gobierno, dominan el Parlamento. Por consiguiente “el gobierno es capaz de aprobar cualquier legislación si desea de este

³ C. GRAHAM, “Comparative Models of Privatisation – Paradigms and Politics: Privatisation - The United Kingdom experience”, *Brooklyn Journal of International Law*, nº. 185, 1995, p. 2. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “legal constraints on the government’s privatisation program have been minimal”].

⁴ ST *O'Reilly v Mackman*, nº. 2 AC 23, 1983.

⁵ A. V. DICEY, *The Law of the Constitution*, Elibron Classics, London, 2000. Según Dicey: “The principle of Parliamentary sovereignty means [Parliament]... has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law”, p. 39-40. [(Nota del traductor) “El principio de la soberanía parlamentaria significa [que el Parlamento]... tiene, en virtud de la Constitución Inglesa, el derecho a hacer o deshacer cualquier ley”].

modo que la legislación devenga efectiva⁶. Esta regla, como demostraremos más tarde, fue precisamente ejemplificada en el programa de privatizaciones adoptado por el Gobierno conservador en 1979, y además ha contribuido a la argumentación que afirma que el sistema parlamentario del Reino Unido padece de un déficit democrático.

Habiéndose establecido que el Reino Unido es un Estado miembro gobernado por restricciones más débiles que la de los de países donde las disposiciones constitucionales son rígidas, la cuestión que surge es si el gobierno tiene poderes ilimitados para decidir cuestiones constitucionales en la arena pública. Para considerar esta idea será útil examinar primero el significado de la privatización, concepto de acepciones múltiples. De acuerdo con Starr, en principio “no existe una definición universalmente aceptada⁷. Desde la estricta perspectiva legal “el criterio definidor... podría ser el de la transferencia del poder jurídico desde el Estado a las personas privadas”⁸. A este respecto, dos observaciones pueden ser hechas al contemplar el grado con el que la privatización está alterando el Derecho Constitucional, en el caso del Reino Unido. La primera, ya ha sido establecida: hay una notable ausencia de normas constitucionales rígidas. El segundo punto es que en general los documentos constitucionales no contienen expresamente limitaciones a la privatización. Kaidatzias ha identificado los textos constitucionales griegos y alemanes⁹ como excepciones a esta premisa general. Sin embargo, también observó que aquellas “explícitas limitaciones... son algo que pocas veces se encuentran en los textos constitucionales”¹⁰.

Es difícil negar la idea de que la privatización congrega cuestiones que no son sólo de consideración económica, sino que también incitan a la comprensión jurídica y política. Si el gobierno tiene la capacidad de “desvestir de competencias, sin necesidad de

⁶ C. GRAHAM, op. cit, p. 1. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the government is able to pass whatever legislation it wishes so legislation becomes effective”].

⁷ P. STARR, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law and Policy Review*, nº. 6, 1988, p. 6. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “has no universal accepted definition”].

⁸ J. A. KÄMMERER, “Privatization – The Right Track to the ‘Slender State’? A German View”, *Law & State*, nº. 7, 1997, p. 7. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the defining criterion... could be the transfer of legal power from the state to private persons”].

⁹ Véanse el art. 16.5 de la Constitución Griega y el art. 87 letras d) a f) de la Constitución Alemana.

¹⁰ A. KAIDATZIS, “A Typology of the Constitutional Limitations on Privatization”, *VII World Congress of Constitutional Law*, 2007. Disponible en Web (consulta 19 de febrero de 2013):

<http://www.enelsyn.gr/papers/w10/Paper%20by%20Akritas%20Kaidatzis.pdf>

[(Nota del traductor) La traducción es nuestra el original reza: “explicit limitations... are rather rarely to be found in constitutional texts”].

recurrir a excepcionalidades, al órgano legislativo”¹¹, las potenciales repercusiones que se derivan pueden ser de largo alcance. Y a la luz de la actual vorágine económica que envuelve Europa, esta idea contiene incluso una mayor capacidad persuasiva. En algunas jurisdicciones el gobierno constitucional “debe requerir una ley para llevar a cabo las operaciones de privatización”¹². Sirva el artículo 34.7 de la Constitución Francesa como ejemplo de un marco legal que agota una cadena de salvedades antes de que una iniciativa de privatización pueda aprobarse¹³. Así, el test del Reino Unido es mucho más débil que el de otros territorios. Una vez más es sintomática la porosa relación entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial.

En el Reino Unido la puesta en práctica de las operaciones de privatización se basan en la «tradition» y en los precedentes. Este proceso implica un generoso grado de flexibilidad que no ha de ser visto necesariamente como un atributo totalmente negativo. Enseguida trazaremos el comienzo histórico de la orientación del Reino Unido hacia la privatización; pero por ahora es importante subrayar la idea de que la armonización de los objetivos privatizadores depende no sólo de la legislación, sino también de la «tradition»¹⁴. Más allá de la esfera de las variantes constitucionales nacionales, hay otros puntos que deben ser considerados. El Reino Unido está sujeto a instrumentos externos como la «Human Right Act 1998». El reconocimiento de la Convención Europea de derechos humanos ha subrayado la centralidad del pacífico disfrute de la propiedad; sin embargo, este principio está limitado, no obstante, por el hecho de que “la «Human Rights Act» no autoriza a un tribunal del Reino Unido a invalidar disposiciones de un Acto del Parlamento”¹⁵. Pero, ¿hasta qué punto debe quedar suspendido el Estado de Derecho por una elección del mercado durante una época de tumultuosas agitaciones? El derecho público debe exigir de modo irrenunciable equilibrio y proporcionalidad. Para apreciar mejor esta idea vamos a explorar la evolución histórica del sector público, comenzando por el año 1979.

¹¹ B. SEVEN, *Legal Aspects of Privatization: A comparative Study of European Implementation*, Universal Publishers, Boca Raton (Florida US), 2002, p. 193. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “divest without special recourse to the legislative branch”].

¹² Ibid., p. 194. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “may require a ‘law’ to implement the privatisation transactions”].

¹³ Ibid., p. 194.

¹⁴ Ibid., p. 199.

¹⁵ T. PROSSER, “Constitutional Guarantees in Light of Privatisation: The UK Experience”, *Circa*, 1998, p. 4. Disponible (consulta 14 de febrero de 2013):

<http://www.enelsyn.gr/papers/w10/Paper%20by%20Prof.%20Tony%20Prosser.pdf>

[(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the Human Rights Act does not permit a UK court to invalidate provisions of an Act of Parliament”].

3. “EL NEGOCIO DEL GOBIERNO (NO) ES EL NEGOCIO DEL GOBIERNO”¹⁶

El final de los setenta y el principio de los ochenta fueron testigos de un cambio favorable a las políticas privatizadoras en países como Francia y el Reino Unido. El Estado se sumergió en programas ostensiblemente en línea con el “ascenso de gobiernos conservadores”¹⁷. Sin embargo, puede que sea justo decir que fue precisamente esto lo que realmente agotó dicho programa. Considerando esta idea con más profundidad, el punto de partida será 1979, cuando el Partido Conservador llegó al poder, y atestiguando la imposición de un diseño neoliberal para la administración pública.

Antes de la implosión de esta burbuja neoliberal “la economía del sector de las empresas públicas contabilizaba alrededor del 10,5 % del Producto Interior Bruto”¹⁸. Esencialmente, la privatización tiene el potencial de reducir el control del gobierno sobre las materias socioeconómicas. Esto puede ser posible por razones económicas. Entre algunas de estas razones está la de “aumentar el capital privado en el desarrollo de infraestructuras (y) aliviar las cargas fiscales del Estado”¹⁹. Razón por la que puede afectar (desfavorablemente) a los ciudadanos. Una somera escalada de esta iniciativa debe ser vista “como un movimiento dirigido hacia la entrega del servicio de un Departamento gubernamental guiado por los representantes políticos hacia un modelo más fragmentado”²⁰. Sin embargo, en teoría también se lleva a cabo “para mejorar la calidad del servicio y reducir los precios a los consumidores”²¹. Así, vale la pena señalar que el acto no está carente de una

¹⁶ D. NEEDHAM-R. DRANSFIELD, *Business Studies International GCSE*, Nelson Thornes, Cheltenham (UK), 1994, p. 162. Este conocido discurso fue hecho en 1981 por el ex «Chancellor of the Exchequer» conservador Nigel Lawson. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: The business of Government is (not) the business of Government”. Por otra parte, el cargo de «Chancellor of the Exchequer» es similar al de Ministro de Hacienda].

¹⁷ Supra, nota 6, p. 6.

¹⁸ V. RAMANADHAM, *Privatization in the U.K.* En: *Constraints and Impacts of Privatization*, Routledge, London, 2002, p. 210. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the public corporations’ sector of the economy accounted for around 10.5% of the gross domestic products”].

¹⁹ R. CHANDRA, *Globalisation, Liberalisation, Privatisation, and Indian Polity*, Gyan Publishing House, Delhi, 2004, p. 10. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “to raise private capital for infrastructural development, (and) to ease fiscal burden of the state”].

²⁰ C. GRAHAM, *Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services*. En: K. FEYTER-F. GÓMEZ ISA, *Protection and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia nv, Antwerp-Oxford, 2005, p. 33. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “as a move away from service delivery in a government department, led by elected politicians towards a more fragmented model”].

²¹ Ibid., p. 10. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “to improve the quality of service and reduce prices for consumers”].

consideración social ya que hay una doble contabilidad respecto al aspecto venal de los programas de desinversión. La cuestión jurídica pertinente estará en el grado en el que se pueden respetar o socavar los límites de ambos, el Derecho público y el Derecho privado.

Es difícil discernir una única causa que haya precipitado la puesta en práctica de la privatización. Por el contrario, puede afirmarse que la configuración de la dimensión pública es el producto de una mezcla imperfecta de factores económicos, contexto político y estructuras constitucionales. Si volvemos a la época en la que desplegó su gobierno Margaret Thatcher, con su extraño dominio de la persuasión política durante casi dos décadas, es difícil identificar un factor determinante. Hay mucho valor en reconocer que la idea del programa diseñado por este gobierno se basaba en una preferencia por los “mecanismos de mercado en lugar de los mecanismos de asignación centrados en el Estado”²². Graham identifica sucintamente el rango de los motivos que indudablemente influyeron en la gran escala y magnitud de dicho programa de privatizaciones, atribuyendo a razones tácticas las claves determinantes para dicho gobierno. El gobierno conservador no estaba alineado con la idea de mantener la nacionalización y, como consecuencia de ello, vieron en el modelo ofrecido por sus colegas un medio con el que renunciar a dicho compromiso. El logro de este objetivo se vio facilitado por el hecho de que la economía británica estuvo anclada en una recesión durante la década de los ochenta. Y por lo tanto, también se pretendía, desde el pragmatismo, la obtención de capital. Además, la aplicación se vio favorecida asimismo en virtud de unas laxas disposiciones constitucionales. Esta idea es enfatizada por Graham cuando observa que “las restricciones legales sobre el programa de privatización del gobierno... (han) sido mínimas”²³.

La escala del programa de privatización emprendido por el gobierno conservador fue de gran alcance. Sin embargo, en cuanto a los precedentes, dicha privatización no fue única en el Reino Unido. Ya en 1961, la primera iniciativa de privatización se registraba y aprobaba por Volkswagen²⁴. Lo que diferencia al programa británico del de otras naciones es la amplitud y rapacidad que le fue permitida. Entre 1947 y 1980, lo que hábilmente fuera denominado como “puestos de mando”²⁵ de las industrias, pertenecieron en su mayoría al gobierno

²² Ibid. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “market mechanisms rather than the state centered allocative mechanisms”].

²³ Supra, nota 18 p.185-187.

²⁴ Véase: http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/info_center/en/themes/2011/04/Volkswagen_Share_celebrates_its_50th_birthday.html.

²⁵ [La traducción es nuestra, la expresión usada es “commanding heights” (Nota del traductor)]. C. G. VELJANOVSKI, “Privatization in Britain-The Institutional and Constitutional

británico. El propósito de esta forma de propiedad estaba orientada hacia el control y reconstrucción del país tras “la devastación de la guerra”²⁶. Sin embargo, el nuevo Gobierno Conservador adoptó un enfoque diametralmente opuesto al de sus predecesores. La administración Thatcher vendió el resto en 1979, marcando así el comienzo de la reconfiguración de las propias industrias gubernamentales. Esto fue seguido por la «Oil & Gas (Enterprise) Act» de 1982, la «Energy Act» en 1983 y la venta de «British Gas» en 1986, por nombrar sólo algunos de los sectores que fueron “subcontratados”. Sin embargo, de nuevo las privatizaciones no se limitaron al Reino Unido, sino que todo el continente(s) fue testigo de ellas. Las estadísticas indican que “[des]de 1977 a 1999, se formularon 2.459 pujas en 121 países por un valor aproximado de 110 mil millones”²⁷.

Bajo la administración conservadora el efecto de estas medidas fue que “en 1992 sólo tres de las principales industrias nacionalizadas (...) seguían existiendo, a saber, el carbón, el ferrocarril y el servicio postal”²⁸. Esta redistribución de los negocios bajo propiedad pública tuvo el efecto, en cierta medida, de aliviar la presión fiscal del país, así como, con la renuncia a la propiedad estatal de las empresas, la consecuencia de que las finanzas públicas pudieran cuadrarse. Sin embargo esta divergencia también debe atribuirse al hecho de que las formidables garantías constitucionales no estaban en su lugar. En realidad, era palpable que por medio de “disposiciones legales, tanto en el «Common Law» como en el «Statute», poseen el objetivo de garantizar que toda persona tiene derecho a acceder a los suministros”²⁹.

Issues”, *Marquette Law Review*, nº. 71, 558, 1988, p. 3. Este conjunto de la industria ha sido descrita por el autor como aquella “que comprende las industrias relacionadas con los servicios públicos, energía y defensa”. [En inglés original: “utilities, energy and defense related industries” (Nota del traductor)].

²⁶ Ibid., p. 3. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the devastation of the war”].

²⁷ B. BORTOLOTTI-M. FANTINI-D. SINISCALCO, “Around the World: New Evidence from Panel Data”, *Nota di Lavoro-Fondazioni Eni Enrico Mattei*, nº 77, 2001, p. 2. Disponible en Web (consulta 5 febrero de 2014):

<http://www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL2001/NDL2001-077.pdf>

[(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “[f]rom 1977 to 1999, 2,459 deals in 121 countries worth approximately US \$ 110 billion were reported”].

²⁸ Ibid., p. 65. [La traducción es nuestra, el original reza: “by 1992 only three of the major nationalized industries... were still in existence, namely coal, rail and postal service” (Nota del traductor)].

²⁹ Ibid., p. 50. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “of legal provisions, both in Common law and statute, which possess the aim of ensuring that everyone has a right of access to suppliers”].

Esta época demuestra el grado en que los partidos políticos pueden dar forma a la administración pública. Tras la reinstauración del gobierno laborista en 1997, la ola de neoliberalismo cambió. Como Graham observa, el cambio de enfoque tornó “a un mayor énfasis en la responsabilidad social de las empresas de servicios públicos”³⁰. Sin embargo, las tendencias políticas pueden ser descritas como cíclicas. Y es que, en medio de una sucesión de protestas públicas, hay planes para privatizar los casi quinientos años de Servicio Postal en el Reino Unido³¹.

4. LA ESTRUCTURA ACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO

Según Giudice et al, “[h]asta los embates de la crisis financiera, el comportamiento del Reino Unido se veía mejor que la de muchos otros países europeos”³². El impacto de la crisis daña dolorosamente a la economía del Reino Unido. Según la «Office for National Statistics», el PIB había caído un 7,1 por ciento desde el pico al valle durante la recesión de 2008 y 2009³³. Esto proporciona alguna idea de la trayectoria económica que consumió al Reino Unido, y de una situación financiera que da testimonio de la reverisión a la privatización. En efecto, la respuesta debe en cierta forma ser interpretada como reflejo de la razón en virtud de la cual “cuando un gobierno se encuentra en dificultades financieras, la presión para cuadrar las finanzas públicas proporciona un incentivo para acelerar las privatizaciones y reestructuraciones”³⁴.

³⁰ Ibid., p. 50. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “greater emphasis on the social responsibilities of the utilities”].

³¹ Para obtener una idea de los planes propuestos para privatizar el «Royal Mail», véase L. HEAVENS, “UK union to take postal privatization protest to London banks”, *Reuters*, 2 de julio de 2013. Disponible en Web (consulta 3 julio de 2013): <http://uk.reuters.com/article/2013/07/02/uk-britain-royalmail-protest-idUKBRE96110420130702>.

[La privatización del Royal Mail ha sido finalmente llevada a cabo durante el año 2013. (Nota del traductor)].

³² G. GIUDICE-R. KUENZEL-T. SPRINGBETT, *UK Economy: The crisis in perspective*, Routledge, Abingdon (UK)-Nueva York (USA), 2012. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “Up until the onslaught of the financial crisis, UK performance looked better than that of many other European countries”].

³³ M. MYERS, “Release”, *Economic Review- Office for National Statistics*, abril 2012, p. 1. Disponible en Web (consulta 22 de marzo de 2013):

http://www.ons.gov.uk/ons/dcp171766_263951.pdf. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “by 7.1 per cent from peak to trough during the recession in 2008 and 2009”].

³⁴ Supra, nota 25, p. 6. [La traducción es nuestra, el texto original reza: “When a government is in financial distress, the pressure to square public finance provides an incentive to speed up privatization and restructuring” (Nota del traductor)].

La respuesta del gobierno fue introducir medidas de austeridad. Este programa fue acompañado de un compromiso de reducción del gasto público al 75 %³⁵ y del intento de rescatar al sector bancario: “Entre septiembre de 2007 y febrero de 2010 el gobierno del Reino Unido nacionalizó total o parcialmente cuatro bancos”³⁶. Una de las iniciativas nacionalizadoras más conocidas fue la del «Northern Rock». Sin embargo, no ha sido una elección política inmovilista y aunque la nacionalización estuvo favorecida al principio de la crisis, pronto sobrepondría una tendencia cíclica. Barak-Erez la formuló cuidadosamente afirmando: “Vale la pena señalar que el enfoque privatizador sigue siendo importante a pesar de la tendencia a adoptar ciertas iniciativas nacionalizadoras en el contexto de la crisis económica”³⁷. En abril de 2013 se anunció que el «Royal Mail» sería privatizado. Este movimiento ha provocado advertencias al actual Gobierno de coalición, pues está tratando de activar algo que “ni siquiera se atrevió a hacer Thatcher”³⁸.

A lo largo del continente, “los sectores públicos han sido el principal objetivo de las políticas gubernamentales de saneamiento”³⁹. Black ha analizado el ejemplo del Reino Unido específicamente, persuadiéndonos a dirigir nuestra atención sobre las áreas en las que la transparencia ha sido comprometida en nombre del alivio de la crisis. El Derecho de la competencia es un área del Derecho que ha sido burlada; la

³⁵ P. HAYNES, *Public Policy Beyond the Financial Crisis: An International Comparative Study*, Routledge, Abingdon (UK) Nueva York (USA), 2013, p. 127.

³⁶ Supra, nota 1, p. 2. [(Nota del traductor): La traducción es nuestra, el texto original reza: “Between September 2007 and February 2010, the U.K government nationalised, in whole or in part four banks”].

³⁷ D. BARAK-EREZ, “Three Questions of Privatization”, *Paper presentado en la reunión anual meeting de The Law and Society Association, Westin St. Francis Hotel, San Francisco, CA- US, mayo 30, 2011, Yale School*, 2013, p. 1. Disponible en Web (consulta 5 de febrero de 2013):

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/CompAdminLaw/Daphne_Barak-Erez_Com-pAdLaw_paper.pdf [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el texto original reza: “It is worth noting that the focus on privatization is still important despite the tendency to adopt certain nationalization initiatives against the backdrop of the economic crisis”].

³⁸ R. NEATE, “Royal Mail sale: ministers set to go where Thatcher feared to tread”, *The Guardian*, 29 abril, 2013. Disponible en Web (consulta 1 de mayo de 2013):

<http://www.guardian.co.uk/uk/2013/apr/29/royal-mail-sale-thatcher>.

[(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el texto original reza: “not even Thatcher dared do”].

³⁹ V. GLASSNER, “The Public Sector in Crisis”, *Working Paper - European Trade Union Institute*, 2010. Disponible en Web (consulta 1 de marzo de 2013):

<http://library.fes.de/pdf-files/gurn/00389.pdf> [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el texto original reza: “the public sectors have been the main target of government consolidation policies”].

puesta en práctica del «Banking Act» de 2009 presta credibilidad a esta opinión. Fue introducida para contener la crisis que consumía al sector bancario. En esencia, esta importante pieza legislativa dotó al poder legislativo de poderes “para nacionalizar, transferir activos, modificar obligaciones y en general modificar la ley”⁴⁰. Algunos autores han reflexionado sobre los párrafos 1 a 4 de la ley, como la definición de “el cambio más radical de la legislación bancaria en el Reino Unido durante décadas”⁴¹. Otro punto controvertido es la gama de actores implicados, lo que revela una débil separación en la forma en la que los controles y equilibrios se llevan a cabo en el sector público. La experiencia de la crisis financiera sugiere que la rendición de cuentas no sale reforzada dentro de esta tradición jurídica. Por ejemplo, antes de la promulgación de la «Financial Services Act 2012», la regulación fiscal era problemática, pues la regulación financiera estaba bajo el mando de tres órganos: el Tesoro, el Banco de Inglaterra y la «Financial Services Authority»⁴². Sin embargo, y a diferencia de su equivalente americano, al «Treasury Select Committee» le han sido asignados amplios poderes de supervisión para regular la industria bancaria. Todo ello pone de manifiesto que la contradicción es una característica consustancial en las disposiciones constitucionales británicas. Podría decirse que la naturaleza de la crisis a veces requiere de los Estados “... para intervenir en el mercado financiero en formas... sin precedentes”⁴³. Por ello, hay que preguntarse hasta qué punto se ha esquivado al Estado de Derecho al afrontar la crisis financiera.

La recesión ha repuntado, y junto a ella un nuevo fenómeno: la globalización; una consideración adicional que debemos tener en cuenta. Graham identifica al sector del agua como un ejemplo apropiado a ésta: “el mercado mundial del agua está dominado por tres firmas, dos desde Francia y una desde Gran Bretaña: «Ondeo», «Veolia» y «Thames Water»”⁴⁴. Pero constitucionalmente, más allá de las marcas de agua, debemos tener en cuenta que los mercados están operando en la era de la globalización. Los mercados financieros no pueden ser considerados de forma aislada

⁴⁰ Véase: “The Banking Act 2009 and its impact on UK banks and their stakeholders and counterparties”, *Banking Client Alert-Linklaters*, 9 marzo, 2009. Disponible en Web (consulta 1 de abril de 2013): <http://www.linklaters.com/> [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “to nationalize, transfer assets, vary obligations and to change the law generally”].

⁴¹ *Ibid.* [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “out the most substantial change to banking law in the United Kingdom for decades”].

⁴² Supra, note 1, p. 4.

⁴³ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁴ C. GRAHAM, *Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services*. En: K. FEYTER - F. GÓMEZ ISA, op. cit.

respecto de la regulación internacional, debiéndose hacer alguna concesión “entre mercados globales y reglas nacionales”⁴⁵. De acuerdo con el «Winter 2013 Economic Forecast», publicado por la Comisión Europea, el Reino Unido está listo para mejorar, aunque el camino será lento. “[E]l PIB ha caído en dos de los tres trimestres”⁴⁶ del año. La economía está también luchando por recuperar su impulso.

5. LA CONCILIACIÓN DE LA DICOTOMÍA

Graham identifica “un conflicto o tensión entre la elaboración de políticas basadas en los derechos humanos y la elaboración de políticas que hacen hincapié en las virtudes de los mecanismos de distribución basados en el mercado”. Como anteriormente hemos destacado, los poderes reconocidos por la «Banking Act» de 2009 fueron considerados de amplio alcance en atención a su potencial recorrido. Si nos fijamos en ciertas disposiciones, parece evidente que el principio de soberanía parlamentaria ha sido socavado. Una de las disposiciones más llamativas contenidas en la ley fueron las facultades “del Banco de Inglaterra para la transferencia de documentos... (que) no están sujetos a la aprobación del Parlamento”⁴⁷. Por lo tanto, dichos poderes pueden ser descritos en su naturaleza como de amplio alcance. Sin embargo, sería una percepción pobre de la realidad el negar la idea de que las concesiones deben ser adecuadas en orden a responder a la constante dinámica de las fuerzas de mercado durante un período de crisis. Además, es evidente que algunos aspectos del sector público se han visto profundamente afectados por la crisis. Black compone esta idea identificando dos aparentes “víctimas de la crisis... el Derecho de la competencia y la autonomía de los organismos de defensa de la competencia”⁴⁸. La multiplicación de dicha influencia es considerable en el sentido de que las estructuras de mercado no están sujetas a controles y equilibrios. La promulgación de esta controvertida pieza de legislación es un buen ejemplo de la incongruencia que existe entre la

⁴⁵ Supra, note 1, at p. 33.

⁴⁶ M. BUTI, “European Economic Forecast, Winter 2013”, *European Economic Forecast - European Economy, European Commission*, nº 1, 2013. Disponible en Web:

http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2013/pdf/ee1_en.pdf.

[(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the GDP had fallen in three of the four quarters”. Este pronóstico económico sólo está publicado en inglés].

⁴⁷ Supra, nota 1 p. 25. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “in the Bank of England to make transfer documents... (which) are not subject to Parliamentary approval”].

⁴⁸ Ibid, at p. 24. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “casualties of the crisis... competition law and the autonomy of competition authorities”].

configuración del sector público y la regulación constitucional de la administración en respuesta a la crisis.

“La economía debe estar supervisada por la política pública y no al revés. El principal objetivo de una sociedad nacional no es sólo el funcionamiento de los mercados sino un lugar estable y colectivo donde las personas puedan vivir y comerciar”⁴⁹. Hagues también propone la idea de que la “economía y el mercado deben estar al servicio de los objetivos públicos y sociales”⁵⁰. Mantener el equilibrio sin embargo, no es una tarea fácil. Podría decirse que la naturaleza de la crisis a veces requiere de los Estados “... para intervenir en el mercado financiero en formas sin precedentes...”⁵¹. Si volvemos al ejemplo de la puesta en práctica de la «Banking Act», este punto está bien enunciado. De acuerdo con Black, “nuevos y amplios poderes han sido introducidos para la resolución de los fracasos bancarios”⁵². Esta ley “formaliza las funciones respectivas de la FSA, el Tesoro y el Banco y les confiere amplios poderes para manejar las quiebras bancarias”. También se ha aceptado que “la «Banking Act» muestra que en la gestión de la crisis y cualquier futura crisis, el papel del Parlamento está considerablemente constreñido al papel de escrutinador post-hoc, en lugar de participante activo...”⁵³. Sin embargo, por ese mismo carácter resulta difícil discutir que “la logística de la gestión eficaz de la crisis impide en gran medida la participación en detalle y la deliberación del legislativo”⁵⁴.

⁴⁹ P. HAYNES, op. cit., p. 142. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “Public policy should oversee the economy and not the reverse. The primary goal of a national society is not just the functioning of markets but a stable and collective place for people to live and trade”].

⁵⁰ Ibid., p. 142. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “(t)he economy and market place should be subservient to public and social goals”].

⁵¹ Supra, nota 1, p.33. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “...to intervene in the financial market in ways... unprecedented”].

⁵² Supra, nota 1, p.25. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “new and wide ranging powers have been introduced for the resolution of bank failures”].

⁵³ Ibid., at p. 25. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “formalises the respective roles of the FSA, the Treasury and the Bank, and confers on them wide-ranging powers to manage bank failure”. (...) “The Banking Act confirms, that the management of the crisis and any future crisis, Parliament’s role is broadly confined to post-hoc scrutineer rather than active... participant”].

⁵⁴ Ibid. at p. 25. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the logistics of effective crisis management largely preclude the detailed involvement and deliberation of the legislature”].

La idea de que “la economía y el mercado deben estar al servicio de los objetivos públicos y sociales”⁵⁵ es una idea noble. Sin embargo, la naturaleza cambiante de la crisis significa que las consideraciones del mercado deben tratarse con un sentido de urgencia. Los objetivos públicos y sociales son denominaciones redundantes en el rostro de un país que está al borde del colapso. Semejante realidad comprende una lógica diferente. De hecho, en algunos sectores jurídicos y políticos, se ha argumentado que la crisis económica ha permitido a los políticos oportunistas “acelerar la privatización y la mercantilización de los servicios públicos” en detrimento de los valores democráticos⁵⁶. Otra cuestión se centra alrededor del hecho de que los comités parlamentarios obedecen esencialmente a lealtades partidistas; factor que supone la existencia de un potencial de imparcialidad que se ve comprometido. Ello nos sirve para señalar que la administración pública se localiza en un territorio imperfecto, incluso previo a la crisis. Generalmente se ha aceptado que las disposiciones constitucionales en el Reino Unido están (bien) situadas para atajar a los desafíos de la crisis. La disminución de restricciones constitucionales pueden ser vistas como un arma de doble filo; sin embargo, en general se ajustan bien a la naturaleza de la crisis y las ubicuas fuerzas globalizadoras.

6. CONCLUSIONES

Es difícil negar el papel decisivo que la economía y la política juegan en la definición del ámbito de la Administración Pública. La actual crisis económica plantea cuestiones importantes para el Derecho Público. La privatización no ha sido exclusiva del Reino Unido. Con todo, puede afirmarse que 1979 fue el año en que el programa cobró un impulso tangible. Posiblemente, los cambios en la configuración de la dimensión pública son el producto de una mezcla imperfecta entre la situación económica, el contexto político y las instituciones constitucionales. Para un análisis final, parece evidente que la porosa relación entre Gobierno y Parlamento ha tenido una influencia en la dirección de la Administración Pública en el Reino Unido; sin embargo, esta influencia no es nueva. La dócil separación de poderes en esta competencia ha sido siempre una dilatada característica de las disposiciones constitucionales asentadas en el Reino Unido.

⁵⁵ Supra, nota GLASSNER op. cit, p.42. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “economy and market place should be subservient to public and social goals”].

⁵⁶ B. SEVEN, op. cit, p. 200. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza “accelerate the privatisation and marketization of public services”].

¿Puede cuadrarse esta dicotomía? ¿Pueden las consideraciones de mercado y los derechos humanos ser conceptualizados juntos, o en el caso del Reino Unido estarán en perpetua contradicción? Parte de esta gran cuestión está planteada por Mullan y Ceddia. Ellos nos recuerdan sobre “la importancia de pensar de forma creativa sobre el papel que puede desempeñar el Derecho Público para asegurar que los intereses públicos vitales no se pasan por alto o se descartan en estos embriagadores días de cambio profundo”⁵⁷. En consonancia, a la flexibilidad de las disposiciones constitucionales del Reino Unido, se añade una habilidad innata para adaptarse a los desafíos imprevistos y las presiones implacables de la globalización. En la hoy sumamente pluralizada sociedad, el reconocimiento de este punto es imprescindible. Esto no supone asumir que las preocupaciones del mercado deben debilitar el interés público. Con todo, es esencial que el Estado de Derecho no sea suprimido en detrimento del interés público. Por otra parte, los dictados de la gestión eficaz de las crisis también deben ser cuidadosamente estructurados y tomados en cuenta. Las limitaciones, sin embargo, existen y es importante mantenerse atentos a esta consideración.

Se ha propuesto que lo que se debe lograr es un tipo de equilibrio irregular. Porque como Schneidermann expresa correctamente, podemos encontrarnos ante “una incesante competición entre culturas políticas diferentes, sin ninguna estructura previa, de la que puede surgir un claro vencedor”⁵⁸. ¿Merece esta pregunta una preocupación correctora? En última instancia una responsabilidad débil es difícil de exigir. Es difícil determinar si los valores sociales han sido suplantados en nombre de la crisis dado que esas previsiones constitucionales no están arraigadas en las estructuras del Reino Unido. Las estructuras para inculcar la responsabilidad existen. Sin embargo, en última instancia, el nivel de insistencia en que los comités pueden invocarse es dudoso. Lo que queda es una dicotomía que no puede conciliarse. En vista de la composición misma de las disposiciones constitucionales del Reino Unido sigue habiendo una conciencia evidente de que un margen de flexibilidad

⁵⁷ D. MULLAN-A. CEDDIA, “The Impact on Public Law of Privatization. Deregulation, Outsourcing and Downsizing: A Canadian Perspective”, *Indiana Journal of Legal Studies*, vol. 10, nº. 1, 2003, p. 199-246, p. 245. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “the importance of thinking creatively about the role that public law can play in ensuring that vital public interests do not get overlooked or discarded in these heady days of profound change”].

⁵⁸ D. SCHNEIDERMAN, “Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, nº. 4, 2000, p. 83-109, p. 84. [(Nota del traductor) La traducción es nuestra, el original reza: “an ongoing competition between different political cultures with no predetermined structure out of which emerges a predominant winner”].

impregna el edificio que da forma a la Administración Pública. Reconocer este último punto no es tan difícil; coordinar un criterio consensuado entre académicos, doctrina y profesionales de la justicia, en cuanto a si esto es definitivamente deseable o no, puede no ser tan simple.

Resumen:

Este trabajo aborda el sentido constitucional de las privatizaciones que han dominado el panorama jurídico y político británico en los últimos treinta años. Para ello, primero reflexiona sobre las particularidades constitucionales y los reducidos límites que ofrece a las privatizaciones. Posteriormente analiza el impulso privatizador del gobierno Thatcher. Y termina estudiando los movimientos de nacionalización bancaria que ha propiciado la crisis económica.

Palabras Claves: Reino Unido, privatización, Gobierno Thatcher, crisis económica, nacionalización.

Abstract:

This paper analyzes the constitutional meaning of the business privatization that reigned in the British panorama in the last thirty years. Firstly the paper takes account on the British constitutional particularities and its narrow limits against privatization. After that, the essay studies the privatization push made by Thatcher's government. Finally, it takes account of the nationalization movements that took place in the bank sector during the crisis.

Keywords: United Kingdom, privatization, Thatcher's government, economic crisis, nationalization

Recibido: 15 de junio de 2013

Aceptado: 1 de Julio de 2013

LA DIMENSIÓN DEL ESTADO Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PERSPECTIVA COMPARADA: EL CASO FRANCÉS

KATIA BLAIRON*

SUMARIO:

1. Principios constitucionales que afectan al sector público.
2. Evolución histórica del sector público.
3. Estructura actual del sector público en relación con el producto interior bruto.
4. Congruencia de la configuración del sector público con los fines constitucionales que vinculan a los poderes públicos, derechos sociales y mandatos relativos a la actividad prestacional del Estado.
5. Congruencia de la configuración del sector público con la regulación constitucional de la Administración.
6. Reformas de la Administración y del sector público previas a la crisis.
7. Situación económica del país en el contexto concreto de la actual crisis.
8. Proyectos de reforma de la Administración y del sector público promovidos a partir de la crisis económica.
9. Valoración global de la evolución del sector público y de los proyectos de reforma desde el punto de vista de la crisis económica, de la eficacia de la Administración y de la congruencia con el marco constitucional aplicable, incluyendo la distribución competencial entre Administraciones.
10. Formulación de propuestas sobre posibles líneas de reforma a partir de la experiencia previa del país analizado orientadas a hacer compatible la racionalización de la actividad pública y el aumento de la eficacia de la Administración con una cultura constitucional basada en el principio de Estado social y la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía.

La administración responde a dos definiciones. La primera, de carácter funcional, se vincula con las tareas de la administración tradicionalmente orientadas al interés general, incluyendo aquellas que se localizan en un espacio territorial concreto. Igualmente puede referirse a otro concepto, el de servicio público. Pero la administración no es sólo la función, es también una organización, una institución, un órgano. Esas actividades públicas son realizadas habitualmente (pero no exclusivamente) por personas jurídico- públicas: Estado, autoridades locales y sus entes, instituciones

* Profesora Titular de Derecho Público. Universidad de Lorena (Francia). Traducido del francés por Adoración Galera Victoria.

públicas, universidades... La administración se entiende aquí como aquellas actividades de interés general y de servicio público desempeñadas por órganos centrales, periféricos y sectoriales. El derecho administrativo ha seguido la evolución de esta administración en un sentido amplio –orgánico y funcional–.

La actividad de la administración francesa se caracteriza por diversos aspectos. Para llevar a cabo sus actividades cuenta con sus propios medios: prerrogativas del poder público¹, cláusulas exorbitantes de derecho común para los contratos administrativos... En el conjunto de sus actividades, ya sean las relaciones con los administrados o la regulación del estatuto de sus agentes, la administración está sujeta a un derecho especial: el derecho administrativo, si bien el derecho privado se aplica en determinadas actuaciones definidas por la ley que, por otra parte, son cada vez más numerosas². Por último, la actuación administrativa es ciertamente, nacional, pero también local. Para la administración central, la desconcentración consiste pues, en desarrollar su organización de forma que se adapte a las necesidades territoriales y mejore su acción. Dependientes jerárquicamente de instancias centrales tales como los ministerios, las instituciones desconcentradas (cuya figura más representativa son los prefectos) se distinguen, desde esta perspectiva, de los entes locales en que poseen personalidad jurídica propia, distinta a la del Estado y son titulares de competencias atribuidas por el Estado.

Con carácter general, la administración francesa se ha vinculado siempre directamente al Estado, que, significado por su unidad, ha motivado la centralización de la administración. Sus reformas, anteriores, actuales o en proyecto, afectan obviamente a las estructuras centralizadas y alcanzan de forma directa o indirecta, al conjunto de la administración: a las universidades, a las que se reconoce autonomía; a la seguridad social, cuyo presupuesto es ahora independiente al del Estado; a los entes locales que, si bien son autónomos desde el punto de vista administrativo, no están exentos de cualquier reforma administrativa, presupuestaria o fiscal.

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL SECTOR PÚBLICO

La administración francesa está estrechamente vinculada a la prestación de servicios considerados útiles para la sociedad, aunque no sean rentables: los ser-

1 Poderes de mando que no ostentan los particulares, que permiten a la administración imponer su voluntad y que le son transferidos por el poder ejecutivo del que depende (por ejemplo: la ejecución de oficio).

2 *Cfr.* B. PLESSIN, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, LGDJ, Paris, 2003, p. 880.

vicios públicos. Estos pueden carecer de rentabilidad por naturaleza o porque se considere que no deben estar únicamente basados en el principio de rentabilidad (como la educación). Tradicionalmente, la administración ha prestado los servicios públicos³, aunque para ello, en ocasiones, se haya apoyado en organismos privados. Esto se debe a que la expresión servicio público se refiere a dos aspectos diferentes: por un lado, es una tarea, una actividad de interés general y, por otro, es un modo de organización que consiste, de una forma directa o indirecta, en hacer que se encarguen de estas actividades de interés general personas públicas (Estado, entes locales, organismos públicos) o privados bajo control de una persona pública. En este ámbito, actuando a nivel local –municipal, departamental y regional–, y a nivel nacional, la administración se denomina sector público, e incluye estructuras distintas: la administración «stricto sensu» (servicios del Estado, sus entes territoriales y de otro tipo), y las empresas públicas, instituciones públicas y otros organismos públicos (seguridad social y los diferentes fondos públicos nacionales). Así, sector público y servicio público ya no deben confundirse (más). En efecto, las actividades de servicio público pueden ser encargadas a organismos privados (delegaciones de servicio público) que, por definición, no pertenecen al sector público. El alcance de servicio público es mayor que el de sector público. La combinación de ambos conceptos –sector y servicio– tiende en cierto modo a volver. Esto es particularmente evidente en las últimas propuestas gubernamentales de reforma del servicio público sanitario⁴ e, incluso, las tareas de servicio público hospitalario se atienden con establecimientos sanitarios, públicos y privados.

En todo caso, los servicios públicos tienen un papel concreto y, en Francia, muestran un concepto particular de Estado. En efecto, desde el siglo XVII se entiende que el poder público posee una misión específica en el desarrollo económico

3 Se trata, pues, de la gestión directa de los servicios públicos: la Administración asegura un cierto número de servicios, tales como policía (administración del Estado), asistencia social (administración departamental), la gestión de los edificios escolares (administraciones municipales, departamentales o regionales), la educación (administración estatal). Ejerce también un control sobre la gestión de los servicios públicos gestionados por particulares (por ejemplo, el servicio de agua).

4 La noción de SPH introducida por la ley Evin de 1991, se ha relacionado tradicionalmente con el sector público hospitalario, por tanto, con los establecimientos públicos de salud. Pero la ley Bachelot de 2009 (HPST) amplió la noción a la de las funciones de SPH, permitiendo así a todos los establecimientos sanitarios, públicos y privados, participar en estas misiones. Las propuestas recientes del Ministro de la Salud Sr. Touraine plantean una vuelta atrás vinculando la SPH estrictamente a los establecimientos públicos de salud.

del país. No en vano, se ha utilizado la expresión “servicios públicos a la francesa” para analizar desde las grandes olas de nacionalización hasta los más diversos ámbitos de intervención de transportes ferroviario, aéreo (Concorde, teléfono...). Su concepción, más que su evolución, se enfrenta ahora a la construcción europea que concede gran importancia a la competencia a través de un concepto diferente, el de «servicios de interés general» (SIG) y de «servicios de interés económico general» (SIEG) (entre los que se incluyen sólo los servicios de carácter económico sujetos a estas obligaciones de servicio público y sujetos únicamente a las reglas de la competencia con la única condición de que su tarea no se vea comprometida). En este contexto, los clásicos monopolios de algunos servicios públicos franceses tuvieron que ser reformados, sin que aún hayan sido completamente transformados⁵.

La idea de interés general que caracteriza la noción de servicio público tiene distinto alcance, dependiendo de la definición que tengan de éste la sociedad y los poderes públicos en un determinado momento⁶. No obstante, estas variables se definen en un contexto marcado tanto por los principios relativos a los servicios públicos como por principios constitucionales de carácter general, cuya combinación puede ser reconducida al principio general de legalidad.

1.1. Los principios específicos de la Administración

En primer lugar, la administración reconoce principios específicos a través de las funciones que le son atribuidas: el servicio público y, con él⁷ los grandes principios de servicio público. El primero de ellos es el relativo a la continuidad del servicio público. Se trata de uno de los elementos de la continuidad del Estado, calificado por

5 *Cfr. Conseil d'État, Collectivités publiques et concurrence, Rapport public, La Documentation française, Paris, 2002.*

6 El criterio del “interés” se encuentra de forma significativa al nivel local, en la determinación de las competencias y de las actividades de las entidades territoriales. Si por un lado, la ley les atribuye competencias concretas, también tienen la posibilidad de asumir un ámbito de competencia en virtud de la cláusula general de competencia, que consiste hacer valer un interés local de la entidad local. Pero a nivel nacional, la definición de interés local es compleja porque es un concepto que cambia en el tiempo y el espacio, y depende del tamaño de la colectividad: K. BLAIRON, “La problematica del riparto del finanziamento delle competenze pubbliche fra lo stato e gli enti territoriali. L'esperienza francese”, en S. GAMBINO (dir.), *Il federalismo fiscale in Europa*, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

7 Según los fines perseguidos, el servicio público cumple cuatro funciones. Por un lado, se distinguen los servicios públicos de orden y regulación (defensa, justicia, protección civil, orden profesional), aquellos que tienen como objetivo la protección social y sanitaria (seguridad social, servicio público hospitalario), aquellos otros con orientación educativa y cultural (la enseñanza, la investigación, el servicio público el servicio audiovisual...) y aquellos que tienen carácter económico.

el Consejo Constitucional como principio constitucional⁸. Este principio se basa en la necesidad de responder sin interrupción a las necesidades de interés general. No obstante, dependiendo de los servicios, la noción de continuidad tiene un contenido distinto (de forma totalmente permanente en el caso de las urgencias hospitalarias, y condicionada para otras administraciones). La jurisprudencia del Consejo de Estado es muy clara sobre esta exigencia, sancionando a un servicio por no respetar el horario de apertura anunciado (apertura tardía, cierre previo). Sin embargo, este principio de continuidad debe acomodarse al principio, constitucional también, del derecho de huelga. La mayoría de los funcionarios públicos disponen de este derecho, salvo algunas categorías para las que la huelga está prohibida (policías, militares) o limitada por un servicio mínimo (navegación aérea, televisión y radio...).

El segundo principio es el de igualdad ante la administración pública, también de rango constitucional. Constituye una variación, en este contexto, del principio general de igualdad de todos ante la ley (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789). Significa que toda persona tiene un derecho igual al acceso a los servicios públicos, que participa de manera igual en los gastos financieros derivados de la prestación del servicio (igualdad tarifaria salvo en el caso de servicios opcionales tales como las escuelas de música), y, en definitiva, el derecho a ser tratado de forma igual a cualquier otro usuario del servicio. Así, la falta de neutralidad – principio que constituye una prolongación del principio de igualdad– de un funcionario público, por ejemplo una manifestación racista contra un usuario, constituye una infracción grave.

Finalmente, el último principio relativo al funcionamiento del servicio público es el principio de adaptabilidad y mutabilidad. Presentado como un corolario del principio de continuidad, consiste ante todo en asegurar la mejor calidad del servicio, antes que su continuidad en el tiempo. Esto significa que el servicio público no debe permanecer inmóvil frente a los cambios en la sociedad, («e-administración», ventanilla única, declaraciones fiscales y otros documentos administrativos en línea).

Estos principios son vinculantes para todas las administraciones, nacional, regional, social, universitaria, aunque de forma más específica, la administración territorial está sometida a normas propias sobre la base de su amplia capacidad para adoptar medidas y políticas. El marco de su actuación es muy concreto y se deriva del marcado centralismo del Estado francés: los entes locales no gozan, en

8 Const., decisión n°79-105 DC, 25 de julio de 1979, Ley de reforma de la ley n° 74-696 de 7 de agosto de 1974 relativa al mantenimiento del servicio público de la radio y la televisión en supuestos de huelga.

principio, de autonomía. El derecho francés prefiere el concepto de autogobierno o libre administración previsto en el artículo 72, párrafo 3, de la Constitución: «En las condiciones previstas por la ley, estas entidades se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias». El autogobierno es un principio con rango constitucional⁹ cuya definición ha sido difícil de determinar. No obstante, el párrafo 3 del artículo 72 de la Constitución aporta dos aspectos de su definición. El primero es de carácter institucional y se define «a través de consejos elegidos». Este principio presupone la elección mediante sufragio universal de órganos deliberantes de los entes dotados «de atribuciones efectivas»¹⁰. Para su ejercicio, se reconoce a los entes locales un poder reglamentario, condicionado por la ley¹¹ que determina por tanto, las competencias de los entes locales y las formas de su ejercicio¹². La particular noción de autogobierno explica así el especial tratamiento que la Constitución concede a los entes locales, y que ha evolucionado desde la primera ley de descentralización¹³. La noción de autogobierno determina pues, la actuación de los entes locales franceses en la medida en éstos tienen un marco de actuación muy delimitado y preciso. Éste es fijado por el legislador (nacional) en virtud del artículo 34 de la Constitución. El legislador es, en efecto, competente para establecer los principios fundamentales del autogobierno de los entes locales, sus competencias y recursos. Estos principios fundamentales rigen de un modo más o menos similar para los municipios, departamentos y regiones, y ello en virtud de la ley n. 82-213 de 2 de marzo 1982, modificada en varias ocasiones.

Autogobierno y descentralización van de la mano, y ello porque desde hace algunas décadas, la administración francesa es también descentralizada. Pero los principales rasgos que caracterizan a la administración han sido trazados a nivel central, tomando como referencia, -casi calcando- el modelo a nivel territorial¹⁴.

9 Consejo const., decisión n°79-104 DC de 23 de mayo de 1979; L. FAVOREU L., A. Roux, «La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°12, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc12/ccc12somm.htm>.

10 Conseil Const., decisión n°85-196 DC de 8 de agosto de 1985, *Ley sobre la evolución de Nueva-Caledonia*.

11 En los términos del artículo 72.3 de la Constitución

12 Consejo Const., decisión n°90-274 DC de 29 de mayo de 1990, Ley relativa al ejercicio del derecho a la vivienda.

13 Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos y las libertades de municipios, departamentos y regiones.

14 O funcional: la administración universitaria, desde la ley de Universidades (2008) reproduce el modelo centralizado de administración jerarquizada bajo dirección presidencial.

1.2. Principios generales vinculantes para la Administración

Por otro lado, existen principios generales que no han sido diseñados de forma específica para la Administración pero que le son igualmente aplicables. Es el caso de la igualdad prevista en el artículo 1º de la Constitución francesa¹⁵, o la paridad entre hombres y mujeres¹⁶. Cabe señalar que la igualdad se refleja de manera original en el plano territorial mediante la interdicción de tutela de un ente territorial sobre otro. De origen legal¹⁷, este principio se consagra a nivel constitucional en 2003¹⁸.

Otros principios están igualmente previstos por la Constitución –por ejemplo, el de pluralismo¹⁹– pero la mayoría proceden del bloque de constitucionalidad como la libertad²⁰ y la libertad de expresión²¹. También ha sido prevista la protección del medio ambiente, junto con el derecho a vivir en un medio ambiente sostenible y

15 “[La República] garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias”.

16 Artículo 1 de la Constitución: “La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales”; Cfr. art. 1º DDHC; párrafo 3 del preámbulo de 1946; Cons. Const. Decisión nº2006 - 533 DC , de 16 de marzo de 2006, cons. 12.

17 Así se desprende de la primera ley de descentralización (Ley de 7 de enero de 1983) y, más concretamente el artículo 3, tomada por el artículo L. 1111-3 C.G.C.T.: “el reparto de competencias entre municipios, departamentos y regiones no puede permitir que una de estas entidades pueda ejercer cualquier forma de tutela sobre cualquiera de las otras”. Igualmente, en virtud del artículo L. 1111-4 párrafo 2 C.G.C.T. “Las decisiones adoptadas por las autoridades locales para conceder o denegar una ayuda financiera a otra entidad local no puede tener el efecto de establecer o ejercer tutela, del tipo que sea, sobre estas”. En consecuencia, es ilegal la decisión de un consejo regional que decida condicionar las subvenciones que concede a los municipios, a la aceptación un procedimiento que otorgue al consejo general de cada departamento de la región un poder de control sobre la actividad subvencionada (T. A. Montpellier, de 20 de junio de 1983, Municipio de Narbonne c/ Región Languedoc-Roussillon, Rec. 561.). Por eso, con estas limitaciones, se reconoce a la región un determinado papel de coordinación (como “dirigente”) que no siempre es fácil llevar a cabo: el Consejo Regional “propone a las entidades territoriales de la región toda medida que tienda a favorecer la coordinación de las inversiones públicas locales en la región” (art. L. 4221-3, párrafo 3 tipos de C.G.C.T.).

18 Art. 72, párrafo 5, de la Const.: “Ninguna entidad territorial podrá ejercer una tutela sobre otra. Sin embargo, cuando el ejercicio de una competencia necesite la ayuda de varias entidades territoriales, la ley permite que una de esas entidades o agrupaciones organice las modalidades de su acción común”.

19 Artículo 4: “La ley garantizará las expresiones pluralistas de las opiniones y la participación equitativa de los partidos y las agrupaciones políticas a la vida democrática de la Nación”

20 Arts. 2 y 4 DDHC.

21 Art. 11 DDHC.

respetuoso con la salud²², el principio de “quien contamina-paga”²³, etc., si bien, en su evaluación y adopción sólo interviene el legislador, sin sustitución alguna por el Consejo Constitucional²⁴. En este contexto ocupa un lugar singular el principio de precaución ya que se impone al conjunto de las administraciones. Introducido en el derecho francés en 1995, tiene hoy pleno valor constitucional en el artículo 5 de la Carta del Medio Ambiente²⁵ que prevé “la realización de los procedimientos de evaluación de los riesgos y [...] la adopción de medidas provisionales y proporcionadas con el fin de prevenir que se produzca un daño”.

En materia social se ha dotado de rango constitucional al derecho al trabajo²⁶, a obtener un empleo²⁷ o al derecho al empleo²⁸, y en términos más generales, al derecho a la protección social²⁹. De los primeros se ha deducido la constitucionalidad de la renta de solidaridad activa (RSA)³⁰, competencia de los departamentos, y, el último se ha vinculado con el derecho a la protección de la salud³¹.

Finalmente, el artículo 15 de la DDHC se refiere de forma particular a la administración en la medida en que establece que “la sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo Agente público por su gestión”. Esta disposición ha servido de base para poner fin al secreto que rodeaba a los asuntos de la administración y para consagrar la transparencia administrativa. Esto es particularmente aplicable en el ámbito de la protección de los derechos de los usuarios frente a la administración (libertad de acceso a los documentos administrativos) y en la creación de autoridades administrativas independientes (CADA, CNIL)³². La última legislación (Ley DCRA) ha planteado de forma singular, el anonimato de los funcionarios públicos en el tratamiento de los expedientes de los administrados.

22 Art. 1 de la Carta del Medio Ambiente.

23 Cfr. art. 4 de la Carta antes citada.

24 Cfr. Const., decisión nº 2012-282 QPC, de 23 de noviembre de 2012, cons. 7 y 8.

25 La Carta del Medio Ambiente fue incorporada a la Constitución mediante la revisión constitucional de 1 de marzo de 2005.

26 Const., decisiones nº85-200 DC, 16 de enero de 1986, cons. 4 ; nº86-207 DC, 25 y 26 de junio de 1986, cons. 32.

27 Const., decisión nº98-401 DC, de 10 de junio de 1998, cons. 26.

28 Párrafo 5 del preámbulo de la Constitución de 1946.

29 Párrafo 11 del Preámbulo de 1946 ; Const., decisión nº 2011-123 QPC, de 29 de abril de 2011, cons. 3.

30 Const., decisión nº2011-137 QPC, de 17 de junio de 2011, cons. 5.

31 Const., decisión nº2012-248 QPC, de 16 de mayo de 2012, cons. 6 y 8.

32 *Cfr.* ley de 17 de julio de 1978; ley de 12 abril de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones (denominada “ley DCRA”); ordenanza de 6 de junio de 2005 y decreto de aplicación de 30 de diciembre de 2005.

Sean específicos del servicio público u orienten la actuación pública o privada, estos principios no son rígidos. Al contrario, tienen carácter evolutivo, lo que permite a los poderes públicos ofrecer respuestas variadas. Por ello, las reformas merecen una valoración política – y por tanto temporal – y en este sentido, cabe decir que las últimas reformas dirigen la acción pública hacia parámetros privados.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SECTOR PÚBLICO

Los movimientos pendulares entre intervencionismo y privatización, centralismo y descentralización

El sector público, y con él, o antes que él, el Estado, han sido reformados de forma periódica. Las sucesivas reformas han intentado responder si no a las críticas, sí al menos a los retos planteados como consecuencia de la evolución de la sociedad. Por eso, suele hablarse de movimiento pendular.

Desde un principio hay que señalar a la centralización histórica del Estado francés. Por ello, la división territorial constituye la primera reivindicación en la racionalización de la organización y la actuación administrativas. Es en este contexto donde surgirían la desconcentración (mediante la institución de los prefectos) y la descentralización (transferencia de competencias a favor de los entes locales). Más allá de la racionalización de los servicios públicos, los medios se organizan profesionalmente: la función pública francesa se construye de forma progresiva a partir de 1870, alcanzando un auténtico estatus durante la Liberación. También en este periodo, la alta función pública se dotará de una Escuela (ENA)³³.

Los primeros años de la administración de la V República son un reflejo suyo: centralizada, como reflejan claramente los prefectos de región³⁴. Los años siguientes se consagrarán autoridades administrativas independientes (AAI), instituciones específicas protectoras de los derechos y las libertades de los administrados³⁵: El Defensor de la República³⁶, convertido en Defensor de los Derechos en 2011³⁷; la Comisión Na-

33 Orden de 9 de octubre de 1945.

34 Decreto de 14 de marzo de 1964.

35 Además del aspecto institucional, los derechos y libertades de los administrados se reforzaron sustancialmente por la ley de 11 de julio de 1979 obligando a las administraciones a motivar los actos desfavorables o contrarias a los administrados.

36 Ley de 3 de enero de 1973.

37 Ley constitucional de 23 de julio de 2008; ley orgánica de 29 de marzo de 2011. El Defensor de los derechos ejerce desde las funciones del Defensor de la República hasta las del Defensor de la

cional de Informática y Libertades (CNIL)³⁸; la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA)³⁹. Por otro lado, los años setenta ven nacer 22 regiones, en forma de instituciones públicas⁴⁰. No se convierten en entes públicos como tales, es decir, personas jurídico-públicas distintas del Estado con autonomía de gestión, hasta la ley de 1982: la ley de 2 de marzo de 1982 constituye el Primer Acto de la descentralización francesa, su acta de fundación. El control del Estado se flexibiliza, su representante en el ámbito local no interviene más que a posteriori y sólo respecto de la legalidad de los actos de los entes territoriales (y no a priori respecto de su oportunidad). Y dejará de ser la autoridad ejecutiva del departamento o de la región, ya que es sustituido por el presidente del consejo general o regional. La democracia local se establece progresivamente “mediante consejos elegidos”⁴¹ y esta institucionalización de los entes locales conlleva inevitablemente una reorganización de la administración central a nivel local (su «desconcentración»).

Las dos décadas siguientes allanarán el camino para la introducción de métodos y técnicas de gestión inspiradas en el sector privado, de modo que la evaluación de las políticas públicas⁴², la simplificación de los procedimientos administrativos o la reorientación de la actuación del Estado respecto de funciones esenciales⁴³ ocupan un lugar importante. De algún modo, estos cambios anuncian las grandes líneas de las reformas llevadas a cabo a partir del año 2000.

3. ESTRUCTURA ACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO INTERIOR BRUTO

La administración actúa mediante agentes cuyo estatuto es reflejo del derecho administrativo: un estatuto especial (función pública nacional o territorial) que, por tanto, constituye una excepción si tomamos como referencia al derecho común. Los

infancia, la Comisión nacional de deontología de la seguridad y de la Alta autoridad de la lucha contra la discriminación y por la igualdad.

38 Ley “Informática y libertades” de 6 de enero de 1978.

39 Ley de 17 de julio de 1978.

40 Las entidades territoriales habían sido ya consagradas en la Constitución de 27 de octubre de 1946 (título X), pero tras el fracaso del referéndum de 27 de abril de 1969 que proponía la creación de regiones, éstas adoptaron mero carácter administrativo (ley de 5 de julio de 1972).

41 *Cfr.* art. 72 de la Constitución antes citada.

42 Por ejemplo: circular Rocard relativa a la renovación del servicio público de 23 de febrero de 1989; creación de una Misión de Evaluación y Control (MEC) en la Asamblea nacional.

43 J. PICQ, *L’État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, 1995, La Documentation Française, p. 218.

funcionarios son personas nombradas para un empleo permanente y determinado por su inclusión en una estructura jerarquizada dentro de la administración del Estado, los entes locales o el servicio público sanitario. En la medida en que los funcionarios trabajan al servicio del interés general, están sometidos a reglas estrictas en el ejercicio de sus funciones⁴⁴.

La administración francesa es de naturaleza nacional, territorial o sanitaria⁴⁵. Globalmente el sector público emplea 5,2 millones de personas entre las tres administraciones públicas, es decir el 19,5% del empleo total (asalariado y no asalariado)⁴⁶. La edad media es más alta (43 años) que en el sector privado (40 años). Los tres sectores emplean 3,8 millones de trabajadores titulares y 898.000 no permanentes⁴⁷. Es el Estado el principal empleador de agentes públicos (2,307 millones de agentes⁴⁸), por delante de los entes territoriales (1,811 millón de agentes⁴⁹) y del sistema sanitario (1,110 millón⁵⁰). En total, la función pública estatal representa el 44,1% del empleo público, frente al 34,6% de la función pública territorial y el 21,2% de la función pública sanitaria⁵¹. No obstante, las sucesivas descentralizaciones, cuya tercer acto está preparándose, tienden a modificar estas estadísticas a favor de los entes locales, aunque el Estado se mantiene como el prin-

44 Por ejemplo, deben respetar absoluta neutralidad y la obligación de no divulgar fuera del servicio informaciones que hayan adquirido en el ejercicio de sus funciones (discreción profesional).

45 El estatus de funcionario se adquiere en un doble sentido: un status general definido, en primer lugar, por los principios generales aplicables a todos los funcionarios (ley nº 83-634 de 13 de julio de 1983, modificada por la ley de 26 de julio de 1991, completada por la de 16 de diciembre de 1996 y la de 26 de julio de 2005), y, en segundo lugar, completada por las normas propias de cada función pública (ley nº 84-16 de 11 de enero de 1984 para la función pública del Estado; ley nº 84-53 de 26 de enero de 1984 para la función pública territorial; ley nº 86-33 de 9 de enero de 1986 para la función pública hospitalaria).

46 Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, Direction générale de l'administration de la fonction publique, *Fonction publique. Chiffres-clés 2012*: las cifras citadas son las relativas a los últimos datos disponibles, esto es, a 31 de diciembre de 2010. Los no-asalariados representan el 9% del total de personas ocupadas.

47 A las que habría que añadir 40000 trabajadores estatales, 48000 cuidadores infantiles, 105.000 médicos y 322.000 militares.

48 De los cuales 1.888 millones son de los ministerios y 420. 000 de las EPA nacionales.

49 Las tres cuartas partes en las regiones, departamentos y municipios y una cuarta parte en las EPA locales. Los municipios y los departamentos son los principales empleadores con siete agentes sobre diez (Direction générale de l'administration de la fonction publique, *Emploi et salaires*, édition 2013).

50 90% trabajan en los hospitales, 7% en las residencias para personas mayores y el 3% en otros establecimientos médico-sanitarios.

51 Ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, Direction générale de l'administration de la fonction publique, *Fonction publique. Chiffres-clés 2012*.

cipal empleador. Desde 2007, el personal de las tres administraciones públicas es estable, con un ligero incremento sobre todo en el ámbito de las administraciones públicas territorial y sanitaria. En 10 años (2000-2010), las plantillas de funcionarios territoriales han aumentado a un 3,1%, frente el 1,8% correspondiente al personal de salud⁵² (y el -0,5% respecto al personal nacional). La evolución del empleo de los no titulares es también significativa, ya que representa el 15,8% para el Estado, el 19,4% para los entes territoriales y el 16,5% para el sector hospitalario⁵³. En diez años, su incremento es menor para el Estado (2,1%) que para el resto (2,5% para los entes territoriales y 4% para el sector hospitalario), pero sólo en dos años (2009-2010), el empleo se ha reducido incluso en la función pública territorial (-1,5%) frente al aumento experimentado en la función pública nacional (1,1%) y hospitalaria (3,6%). En términos absolutos, la disminución de la función pública del Estado explica el correspondiente aumento de la función pública territorial. El Estado ha transferido personal a las entidades territoriales en las distintas oleadas de transferencia de competencias: en torno a 135.000 agentes, especialmente en relación con las regiones en las que el personal pasaría, entre 2000 y 2010, de poco más de 10.000 a cerca de 80.000 agentes⁵⁴. Por un lado, el Estado ha transferido también personal a las entidades públicas (aproximadamente 185.000 agentes en el marco de la ley sobre la autonomía de las universidades 2007) y, por otro lado, ha suprimido el resto de puestos. A pesar de las transferencias, las entidades territoriales han contratado personal adicional, lo que explica que su personal se haya incrementado en mayor medida que la reducción de plantilla del Estado. Esta evolución paralela ha sido pues, correlativa, aunque no proporcional. En todo caso, se comprueba la famosa fórmula de G. Clémenceau: “Francia es fértil: se plantan funcionarios y se recogen impuestos...”. Estamos, pues, lejos de una privatización de la función pública.

Una breve descripción de la función pública francesa muestra su distancia con respecto al sector privado. En efecto, las tres administraciones públicas cuentan con una media del 60,5% de mujeres, frente al 49% del personal asalariado y el 31% de la población no asalariada. Una vez más se produce un desequilibrio entre la administración pública de salud que emplea el 77,3% de mujeres, frente al 52,4% de la administración pública nacional⁵⁵, y el 60,5% de la administración pública territorial. Sin embargo, el sector público se suma a la tendencia general en el sector privado relativa a la distribución de hombres y mujeres en las diferentes categorías profesionales. Entre las categorías de

52 En términos de funcionarios.

53 Cifras de 2010.

54 Direction générale de l'administration de la fonction publique, *Emploi et salaires*, édition 2013.

55 Estos datos incluyen a los militares.

empleos públicos –A, B y C⁵⁶– las mujeres no constituyen más que el 10% de los altos funcionarios, mientras que están mayoritariamente representadas en la categoría C de la función pública nacional (18,8%) y en la categoría B de las administraciones públicas territoriales (22,7%) y sanitaria (25,8%). Los últimos textos normativos⁵⁷ y otras propuestas de reformas tienen como objetivo luchar contra las desigualdades, estableciendo gradualmente hasta 2018 una cuota del 40% de mujeres entre el alto funcionariado nombrado cada año. Las administraciones, entidades locales, centros sanitarios..., que no cumplan con la cuota, serán sancionadas económicaamente, con una cantidad que será determinada mediante decreto.

En el tercer trimestre de 2012, la deuda de las administraciones públicas⁵⁸ alcanzó el 89,9% del PIB. El déficit público⁵⁹, en 2011, constituyó el 5,2% del PIB. A este respecto, el Estado representa una parte importante (4,4%), a diferencia de las administraciones de la seguridad social (0,6%) y local (0%)⁶⁰, al haberles sido impuesto una prohibición de déficit⁶¹. Podemos aquí recordar la participación del sector público en el empleo, que cubre el 19,5 % del empleo total (asalariado y no asalariado). El objetivo claro de reducción de la masa salarial pública es un aspecto de la RGPP (Révision générale des politiques publiques), que al mismo tiempo se refiere a la mejora de la calidad del trabajo

56 A: funciones de diseño, gestión y supervisión (marcos comparables a la categoría) e incluye la categoría A+ (funciones de dirección y supervisión superior); B: funciones de aplicación y redacción (comparable a las profesiones intermedias); C: funciones de ejecución (comparables a los trabajadores y empleados).

57 Cfr. Decreto nº 2012-1293 de 22 de noviembre de 2012 tenido en cuenta para la aplicación del capítulo II del título primero de la ley nº 2012-347 de 12 de marzo de 2012 relativa al acceso al empleo en propiedad y la mejora de las condiciones de empleo de los contratados en la función pública, la lucha contra la discriminación y otras disposiciones sobre función pública (FPE). Decreto nº 2012-631 de 3 de mayo de 2012 relativo a las condiciones de elegibilidad de candidatos para el acceso a los cuerpos de funcionarios del Estado de las categorías A, B y C y de las condiciones generales de organización de estas selecciones en aplicación de la ley nº 2012-347 de 12 de marzo de 2012 relativa al acceso al empleo en propiedad y la mejora de las condiciones de empleo de los contratados en la función pública, la lucha contra la discriminación y otras disposiciones sobre función pública (FPE). Circular de 26 de julio de 2012 relativa a la aplicación de los mecanismos de acceso al empleo titular en la función pública del Estado previsto en el artículo primero de la ley nº 2012-347 de 12 de marzo de 2012 relativa al acceso al empleo en propiedad y la mejora de las condiciones de empleo de los contratados en la función pública, la lucha contra la discriminación y otras disposiciones sobre función pública.

58 En el sentido de Maastricht.

59 *Idem*.

60 INSEE, Comptes nationaux - Base 2005.

61 Cfr. articles L. 1612-4, 1612-6 et 1612-7 CGCT.

público. En particular, la ley n.º 2012-347 de 12 de marzo de 2012⁶² pretende, entre otras cuestiones, resolver el problema de la precariedad del personal contratado. Negociado con seis de las ocho organizaciones sindicales representativas (UNSA, CGT, FO, CFDT, CGC y CFTC), la ley prevé la funcionarización del personal contratado que justifique al menos 4 años de antigüedad en el servicio, y armonizar casos en el cumplimiento y condiciones de renovación de contratos de agentes pertenecientes a las tres administraciones públicas.

También se puede destacar la participación del sector público (singularmente, empresas públicas o con participación del Estado) implicada en los grandes sectores de actividad⁶³. En 2011, la cuantificación de esta participación alcanzó los 87,8 mil millones de euros⁶⁴. De forma más concreta, el sector terciario sigue siendo mayoritario, con el 80 % de los empleados de todas las empresas públicas. Esto incluye los transportes y las actividades científicas y técnicas. El transporte en particular emplea 495.000 asalariados, de los que casi todos dependen de los grupos La Poste y SNCF (y por detrás la RATP y el aeropuerto de París). Despues se encuentran las actividades científicas y técnicas, y los servicios administrativos y de apoyo, que emplean a más de 62.000 personas asalariadas (de las que casi la mitad están empleadas en los ámbitos de la investigación y el desarrollo científico).

4. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LOS FINES CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN A LOS PODERES PÚBLICOS, DERECHOS SOCIALES Y MANDATOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO

Los poderes públicos deben enfrentarse a un dilema: con medios reducidos, deben mejorar su actuación con el objetivo de responder a las crecientes exigencias de los administrados⁶⁵. El conjunto de controles y evaluaciones se ha venido a denominar “modernización de la administración”.

62 Ley n.º 2012-347 de 12 marzo de 2012 relativa al acceso al empleo en propiedad y la mejora de las condiciones de empleo de los contratados en la función pública, la lucha contra la discriminación y otras disposiciones sobre función pública (FPE).

63 Cifras correspondientes al año 2011.

64 Fuente: Observatorio económico de contratación pública, relativo únicamente a las administraciones públicas, sin incluir las empresas públicas.

65 La función pública esté también afectada. Cfr. entre otros: Conseil d’État, *Rapport pour 2003*, “Perspectives pour la fonction publique”, donde subraya la obligación de rendimiento que se vincula a gestión de los recursos humanos en el sector público.

Un primer objetivo consiste en una mejor atención de los usuarios, que se traduce en dos medidas. De un lado, las ventanillas únicas que centralizan en un mismo lugar varios servicios públicos. Los administrados (incluso las empresas) pueden realizar de una sola vez los trámites necesarios para una determinada actividad. Lo hallamos en los ámbitos social o fiscal, en la Oficina Pública de Empleo y la UNEDIC, o incluso en la Dirección General de Finanzas Públicas. La ventanilla única conlleva la simplificación de las formalidades y los procedimientos administrativos⁶⁶ y en una desmaterialización de los procedimientos (proyecto ADELE 2004-2007) como las “teledeclaraciones fiscales” u otras declaraciones administrativas «on line» (por ejemplo, el empadronamiento por internet). De otro lado, una gestión de calidad puesta en marcha en los servicios públicos desde la aprobación de la «Carta Marianne»⁶⁷, que, en enero de 2005, se generalizó para todas las administraciones del Estado con el objetivo de garantizar la calidad en la recepción de los usuarios, físicamente, en la ventanilla, o por teléfono, correo postal o electrónico.

La gestión de calidad no tiene sentido sin recordar algunos cambios en el derecho sanitario. Creada en 1995, la Carta del paciente ha sido reformada y completada con varios textos posteriores, entre los que destaca la Ley de 4 de marzo de 2002, que pretenden reforzar los derechos de los pacientes y usuarios del sistema de salud⁶⁸. El sector de la salud ha consagrado también una democracia sanitaria⁶⁹, permitiendo a los usuarios o a sus representantes participar en la vida de las instituciones sanitarias mediante las Agencias regionales de Salud (ARS), o a través de los procesos de decisión que les afecten⁷⁰.

66 El recurso a las órdenes ha sido contemplado por el gobierno actual con el fin de simplificar el derecho urbanístico, el anunciado objetivo de luchar contra la crisis y el paro. Sobre la simplificación de los procedimientos, *Cfr.* la ley de 12 de abril de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en las relaciones con la administración.

67 Circular de 2 de marzo de 2004 sobre la Carta de acceso a los usuarios.

68 Ley de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y de la calidad del sistema sanitario; ley de 6 de agosto de 2004 sobre la bioética; ley de 9 de agosto de 2004 relativa a la política de salud pública; ley de 22 abril de 2005 sobre los derechos de los enfermos y el fin de la vida.

69 *Cfr.* título II de la ley de 4 de marzo de 2002 antes citada, reforzada par la ley HPST de 2009.

70 Las asociaciones asumen dos tipos de funciones. Por un lado, están vinculadas con la determinación de las políticas de salud por su presencia en el seno del consejo de administración del Instituto nacional de prevención y educación para la salud (C. santé publ., art. L. 1417-6), conferencias regionales (C. santé publ., art. R. 1411-4) y en la Conferencia nacional de la salud (C. santé publ., art. D. 1411-37). Por otra parte, se les reconoce la facultad de defender los intereses de los usuarios del sistema de salud al ejercer los derechos reconocidos a la parte civil por las infracciones que perjudiquen sus intereses colectivos (C. santé publ., art. L. 1114-2), y al participar en las comisiones regionales de conciliación e indemnización (C. santé publ., art. L. 1142-6) y a las instancias de información de los usuarios y de supervisión

Una democracia administrativa o incluso local se pone igualmente en marcha, como mecanismo específico en determinados procedimientos donde se prevé expresamente la participación del administrado (procedimiento de consulta pública, Comisión Nacional para el Debate Público...) o con carácter más general en las consultas populares a nivel local (referéndum, consultas populares...⁷¹). En todo caso, la lógica de gestión ha adquirido protagonismo también en el sistema de salud, mediante una reforma de las tarifas de atención sanitaria (la «T2A»: tarifas a la actividad), que pretende terminar con las transferencias económicas globales atribuidas a las instituciones públicas de salud –económicamente ineficientes y no adaptadas a una política económica sanitaria– dando lugar a una política competitiva entre estas instituciones que, de hecho, deberán centrarse en acciones más rentables, y generar por tanto, una cierta diferenciación entre pacientes en función de su enfermedad.

Las limitaciones económicas actuales repercuten pues, no en el derecho a la salud, sino en la garantía de la salud protegida por el preámbulo de la Constitución francesa, integrado en el bloque de constitucionalidad francés⁷². Este derecho de acceso a la atención sanitaria ha sido concretado por un derecho a la atención sanitaria. Para determinados grupos de población, el acceso a la asistencia sanitaria es limitado por motivos económicos. Por eso, la ley n. 99-641 de 27 de julio de 1999 ofrece a todo residente regular en territorio francés cobertura universal por enfermedad, que garantiza a todos una atención sanitaria mediante un régimen de seguro por enfermedad y, a las personas de rentas más bajas, el derecho a una protección adicional y a la exención de adelantar el coste del servicio. A pesar de que las cuentas públicas sociales francesas estén en crisis, esta legislación solidaria no ha sido cuestionada desde 2008.

El sector de la salud no es un caso aislado: en la mejora de los derechos del justiciable en sus relaciones con la Administración, la eficacia se impone también en la justicia administrativa. Ahora se fijan objetivos cuyos indicadores están previstos en una primera fase en los proyectos anuales de ejecución⁷³ y, en una segunda fase,

del respeto de sus derechos tales como la comisión departamental de hospitalización psiquiátrica (C. santé publ., art. L. 3223-1), el Comité de Relaciones con los usuarios y la calidad de la atención (C. santé publ., art. R. 1112-81) o los comités de protección de personas (C. santé publ., art. L. 1123-2).

71 *Cfr.* artículos 72-1 et 72-4 de la Constitución.

72 “La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. Garantiza a todos, en particular los niños, las madres y los trabajadores de edad avanzada, la protección de la salud, la seguridad, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, por su edad, condición física o mental, situación económica, sea incapacitado para trabajar tiene derecho a obtener de la sociedad medios adecuados para la existencia”

73 *Cfr.* Anexo al proyecto de ley de presupuestos para 2013, “Mission Justice”: *Cfr.* programa 101 : Objetivo 1. Mejorar el plazo de tratamiento de las demandas de ayuda judicial (indicador 1.1

evaluados en los informes anuales de ejecución. El acceso a la justicia constituye un objetivo general, pero claramente condicionado por un objetivo económico y presupuestario.

5. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La organización de la administración pública es la propia de un Estado unitario (descentralizado). Por lo demás, es lo que la Constitución francesa prevé en su artículo 1º: «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. ... Su organización es descentralizada». La única distribución de competencias que está prevista en la Constitución se encuentra en los artículos 34, 37 y 72. El primero reconoce una serie de ámbitos en los que interviene el legislador, dejando el resto al poder reglamentario. A este respecto, es la ley quien «determinará los principios fundamentales: (...) de autogobierno de las entidades territoriales, sus competencias y financiación», competencia cuyo marco se concreta en los artículos 72 y siguientes de la Constitución. Es pues la ley, y no la Constitución, quien distribuye las competencias entre el Estado y las entidades territoriales, ciertamente con respeto a los principios constitucionales y legales⁷⁴.

En este sentido, la Constitución aporta correctivos a la centralización. Con respecto a la administración en general, esto se refleja de dos formas. La primera de ellas en la descentralización, cuyos detalles están previstos en los artículos 72 y siguientes de la Constitución, que consiste en una transferencia de competencias del Estado a entes territoriales que tienen personalidad jurídica y disfrutan, pues, de una autonomía de funcionamiento respecto al Estado. El Estado no desaparece, si bien su intervención se limita a un simple control. En cambio, la segunda es la desconcentración y consiste en una reorganización interna de los servicios de la administración del Estado con el objetivo de ampliar su eficacia.

Porcentaje de oficinas de ayuda judicial cuyo plazo medio de tratamiento de las demandas de ayuda judicial es superior a dos meses); objetivo 2. Controlar los costes de gestión de un expediente de ayuda judicial (indicador 2.1 Coste de tratamiento de una decisión de ayuda judicial); Objetivo 3. Mejorar los niveles de recuperación de los gastos anticipados por el Estado en materia de asistencia jurídica (indicador 3.1 Tasa de recuperación de los gastos adelantados por el Estado en concepto de gastos de asistencia jurídica) Objetivo 4. Elaborar una respuesta de calidad a las necesidades de información jurídica de los ciudadanos en las “Maison de Justice et du Droit” (indicador 4.1 Encuesta de Satisfacción); Objetivo 5 Desarrollar mecanismos eficaces para apoyar y compensación de víctimas (indicador 5.1 Índice de satisfacción de las víctimas de infracciones sobre la ayuda aportada).

74 Véase supra punto 1.

La desconcentración se caracteriza por la integración jurídica de todos los servicios en el seno de una única entidad jurídica que es el Estado. Los servicios locales no son autónomos, y están sometidos a los servicios centrales en una relación de subordinación jerárquica. La Constitución consagra la desconcentración en el artículo 72⁷⁵ y desde una perspectiva formal, se trata de la administración local del Estado⁷⁶. El departamento constituye el nivel más significativo, donde el Estado está representado por el prefecto. En este ámbito, los agentes desconcentrados ejercen sus competencias en circunscripciones administrativas sin personalidad jurídica (por ejemplo: las Instituciones de Educación y de Enseñanza Superior; regiones y departamentos que geográficamente se corresponden con entes territoriales del mismo nombre). Las entidades territoriales –municipio, departamento y región– que tienen la particularidad de ser también circunscripciones administrativas del Estado constituyen el marco de la desconcentración.

La racionalización de la actuación administrativa centralizada y desconcentrada, a través de la RGPP, la LOLF y actualmente la MAP (ver más adelante), ha supuesto, entre otras cuestiones, trazar de nuevo la planta judicial y militar, reorientando la actividad de algunos tribunales en el primer caso, y cerrando algunos cuarteles en el caso de los segundos. Igualmente, esta reestructuración antepone la figura del prefecto de la región y su administración en detrimento del prefecto del departamento, cuando éste había sido el preferido del poder central desde su creación.

6. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PREVIAS A LA CRISIS

Una de las primeras y más emblemáticas reformas fue la realizada en materia presupuestaria mediante la reforma de la Constitución presupuestaria, con la Orden de 2 de enero de 1959, modificada por la ley orgánica sobre la ley de financiación (LOLF) de 1 de agosto de 2001. En un contexto europeo (incluso, mundial) favorable a una mejor gestión pública, hay dos principios que sostienen de forma significativa esta reforma: la transparencia en materia presupuestaria y la democratización del Estado y, con ello, la de sus cuentas públicas. La LOLF pretenderá, básicamente,

75 Artículo 72, párrafo 6, de la Constitución : “el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes”.

76 Los “servicios desconcentrados”: ley de orientación 92-125 de 6 de febrero, denominada Joxe-Marchand, o “ATR 92”.

redefinir las relaciones entre el Parlamento y el gobierno en esta materia⁷⁷. Por tanto, en realidad busca una reforma del conjunto del Estado. En efecto, la lógica de los medios (económicos) que desde hace mucho tiempo ha marcado las prácticas presupuestarias y que se refieren sólo al importe de los créditos concedidos, se abandona en beneficio de una lógica del resultado, una filosofía de empresa que tiene en cuenta los objetivos a alcanzar⁷⁸. Este cambio afectará a la gestión pública en general, y a la organización interna de la administración en particular. La reforma resulta, pues, importante, tanto desde la perspectiva de la gestión como a nivel institucional. En suma, la reforma contemplada en la LOLF persiguió dos objetivos (lógicas) que aún hoy es necesario conciliar: la primera lógica tiene ante todo carácter económico con el fin de mejorar de la eficacia (que se orienta a la racionalización, a la eficacia y, por tanto, al desempeño de la gestión del dinero público), la mejora de la gestión de los fondos públicos. La segunda lógica tiene, en cambio, una naturaleza más política, con un objetivo democrático: el fortalecimiento de las facultades del Parlamento. Aquí se hallan también la transparencia financiera, la claridad de los presupuestos y las cuentas públicas.

Aunque criticada hoy, la LOLF ha inspirado decisiones administrativas e, incluso, constitucionales⁷⁹, y si bien no se destinaba al conjunto de los entes públicos, sino estrictamente a los estatales, ha afectado lógicamente a los entes territoriales⁸⁰. El «Acto II» de la descentralización comenzó poco después, con la reforma constitucional de 28 de marzo de 2003⁸¹. La Constitución reconoce la organización descentralizada de la República⁸², lo que conlleva una serie de

77 Aunque la dificultad del ejercicio consistía en realizar esta reforma en un marco constitucional constante, sin cambios desde el año 1958, organizando la racionalización del parlamentarismo para y por el fortalecimiento de los poderes del ejecutivo. K. BLAIRON, "L'évolution des rapports entre les pouvoirs budgétaires", *Politeia*, n°15-2009, p. 407-430.

78 M. BOUVIER, "La LOLF", *AJDA*, 2001, p. 876.

79 La revisión constitucional de julio de 2008 irá, en efecto, en el mismo sentido orientándose a fortalecer los poderes del Parlamento, en particular respecto de sus funciones de control del poder ejecutivo. Además, adopta técnicas hasta entonces propias de los textos presupuestarios, en concreto, la obligación de presentar un informe de evaluación.

80 Las entidades territoriales habrían sido el objetivo, pero la ley orgánica no se dirige más que al Estado. En efecto, en virtud de los artículos 34 y 72 de la Constitución sólo la ley –ordinaria– tiene vocación de aplicarse en la materia.

81 K. BLAIRON, "La Repubblica decentralizzata fra sperimentazione, democrazia locale e colettività d'oltremare: a proposito della riforma costituzionale francese (de 28 de mars 2003)", *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2003, IV, p. 1629-1647.

82 Art. 1 de la Constitución.

consecuencias: el principio de autonomía financiera de las entidades territoriales (art. 72-2), el “derecho a experimentar” para las entidades (art. 72), el referéndum local decisivo (art. 72-1), la reorganización de los Territorios de Ultramar. La reforma se completaría mediante la ley de 13 de agosto de 2004 con nuevas transferencias de competencias a las entidades territoriales.

El Estado ocupa un lugar central en Francia, por ello, su reforma afecta no sólo al resto de entes públicos, sino también al sector privado y a la economía en general. De hecho, el Estado francés ha intervenido directamente sobre los mercados por medio del sector público, concretamente, mediante la participación en el capital de algunas empresas. Históricamente, esta participación del Estado se ha traducido en la asunción de la titularidad de empresas, las llamadas nacionalizaciones. Las primeras tuvieron lugar en 1936 (Frente popular) y afectaron a la industria armamentística. Posteriormente, alcanzaron a la industria aeronáutica, el Banco de Francia, y a las sociedades privadas de explotación de ferrocarriles deficitarias. Una segunda oleada se realizó durante la Liberación por el general De Gaulle, en un gran movimiento de reformas económicas orientadas a centralizar la economía en manos del Estado⁸³. Casi cuarenta años más tarde, la llegada de Mitterrand al poder y un gobierno de unión de la izquierda condujeron a la aprobación de la ley de nacionalización (11 de febrero de 1982) con el fin devolver al sector público un importante número de grupos industriales, banqueros y económicos⁸⁴. Desde entonces, el sector público representa el 23 % del producto interior bruto. Incluye más de 3000 empresas y emplea 1,9 millones de personas, es decir, el 9% de la población activa. Estas nacionalizaciones serán cuestionadas en 1986 con el cambio de gobierno (cohabitación) cuyo programa de privatizaciones no afectará más que a las empresas que no garan-

83 Esto se traduciría pues, en la nacionalización de monopolios y de servicios públicos (prevista en el programa de gobierno de la época, el Consejo Nacional de la Resistencia). Entre 1944 y 1948, determinado número de empresas quedan bajo control del Estado de dos formas: por un lado, simbólico (las minas de carbón de France), por otro, por la sanción (derivada de su colaboración) como las fábricas de Renault. La empresa es nacionalizada en 1945, como los 4 bancos más grandes: el Crédit lyonnais, la Société générale, el Crédit foncier, el B.N.P. Las nacionalizaciones continuaron: en 1946 la producción del gas y la electricidad (creación de EDF-GDF), grandes compañías de seguros (1946 : GAN, UAP, AGF), los trasportes aéreos (1948: creación de la compañía Air France).

84 Cinco de los más grandes grupos industriales franceses (Compañía general de electricidad, compañía de Saint Gobain, grupo Péchiney – Ugine – Kuhlmann, Rhône Poulenc, Thompson – Brandt), 36 bancos (crédit du nord, CCF), 2 compañías financieras (Paribas y Suez)... El Estado decide asumir el control de las sociedades que no fueron previstas por la ley de nacionalización: Usinor – Saclor, Dassault, Matra, Roussel –Uclaf, ITT France, Bull...

tizan un monopolio o no gestionan un servicio público. Esta política se aplicará a empresas nacionalizadas en 1982 y a otras anteriores.

Posteriormente, asistiremos a un partido de ping-pong con la vuelta de la izquierda al poder en 1988, poniendo fin a las privatizaciones. Es la doctrina del “ni, ni”: ni privatización, ni nacionalización; si bien el juego avanzó a favor de las privatizaciones, particularmente con la ley de 19 de julio de 1993, que estableció un marco concreto para la privatización. La ley previó el paso al sector privado de 21 grupos⁸⁵. El movimiento privatizador será confirmado por posteriores y diferentes gobiernos, tanto de derechas en 1995, como de izquierdas en 1997, bajo la presión de Europa y la economía de mercado. A pesar de todo, el Estado continúa participando en el capital de algunas empresas, aunque de forma minoritaria, conservando, o al menos manteniendo, la ilusión de un poder ejercido sobre la política general de la empresa, por ejemplo, en materia de traslados o meras implantaciones fuera de la Unión Europea (Renault, por ejemplo). La hipótesis –o el arma– de la nacionalización ha sido recientemente evocada –o blandida– por algunos ministros del gobierno frente a ArcelorMittal en Lorena⁸⁶. Argumento político que, sin embargo, enfrentó a la «Realpolitik» europea, y las normas europeas sobre el derecho a la competencia pusieron rápidamente fin a esta propuesta, ayudadas por un giro estratégico del grupo afectado, que impulsó más tarde el cierre de los Altos Hornos. En todo caso, esto muestra un concepto restrictivo del papel del Estado en la economía a resultas de exigencias pragmáticas, deseado si emana de una mayoría conservadora, sufrido si lo es de un gobierno de izquierdas. Con todo, las privatizaciones proporcionan recursos presupuestarios que, aunque sean puntuales, son relevantes en un contexto de fuerte endeudamiento del Estado. Así han podido valorarse los ingresos procedentes de privatizaciones (total o parcial) que entre 1986 y 2005 ascendían a un total 82 mil millones de euros.

En un contexto más global, la reforma del Estado mediante la modernización de la administración se ha convertido en un «leitmotiv»⁸⁷. Esto muestra, en cualquier caso, la necesidad de los poderes públicos de responder a las nuevas exigencias de los administrados y de adaptarse a los cambios sociales y tecnológicos. En este sentido, la eficacia de la actuación administrativa y la calidad en la gestión pública son continuamente invocadas (y con ellos, otros criterios secundarios: rendimiento, eco-

85 Cuatro privatizaciones realizadas en 94/95: B.N.P., Rhône Poulenc, Elf Aquitaine, UAP; Privatización realizadas en 95: SEITA, Usinor – Sacilor, Bull.

86 D. HEBERT, “ArcelorMittal: pourquoi Florange pourrait être nationalisé”, *Le Nouvel Observateur*, 29 noviembre 2012.

87 Las dos expresiones se han convertido en sinónimas desde más o menos los años 2000.

nomía de los recursos públicos, mejora en las relaciones administración-usuarios). Hoy, bajo el modelo LOLF, las políticas públicas son objeto de evaluación periódica (no obstante, la evaluación de las políticas públicas en Francia comenzó antes, siendo esta ley su consolidación). Definida por un primer decreto 90-82 de 22 de enero de 1990⁸⁸, procede de alguna forma de la racionalización de las opciones presupuestarias «(RCB)» de los años 60, basada en el «planning programming budgeting system» (PPBS) americano. Abandonada a principios de los años 1980, la atención se centraría en la relación coste-eficacia de la acción pública. El «New public management» influirá de forma decisiva sobre la reforma de 2001 de la LOLF, en la que la evaluación de la relación coste-eficacia de las políticas públicas traspasará prácticas del sector privado al público con el objetivo de evaluar su capacidad para alcanzar los objetivos fijados. Evaluación y eficacia se convierten, pues, en sinónimos.

Casi al mismo tiempo en que se pone en marcha la LOLF (cuya entrada en vigor se produce en 2005), comienza la Revisión General de las Políticas Públicas RGPP (2007). Ambas compartirán el mismo objetivo: generalizar la gestión por objetivos dentro del Estado y la necesidad de demostrar la racionalidad y la eficacia de la acción pública. En la línea de la LOLF, la RGPP tendrá como objetivo reducir los gastos mediante una revisión de las tareas del Estado. La primera fase consistió en reformas estructurales (reorganización de la administración central y de los servicios exteriores del Estado) y una simplificación de los procedimientos administrativos. La segunda fase, iniciada en 2010, se centrará, entre otras cuestiones, en la mejora de la prestación del servicio al usuario. La filosofía general se encuentra finalmente consagrada en diversas disposiciones constitucionales: el artículo 24 subraya la función del Parlamento de controlar la acción del Gobierno y de evaluar las políticas públicas, con la ayuda del Tribunal de Cuentas, cuya función es precisada por el artículo 47-2. Si evaluación y eficacia se han convertido en sinónimos, la racionalización constituye su principal criterio de implementación.

La modernización de la actuación administrativa, con la racionalización presupuestaria realizada por la LOLF, se destina a luchar contra el despilfarro ocasionado por un mal uso de los fondos públicos y, por tanto, también contra la malversación del dinero público. Las fondos reservados que disfrutaban los miembros del gobierno fueron suprimidas en 1997, tras la LOPF, en nombre del principio de honestidad presupuestaria y sobre todo, de la transparencia financiera. La aplicación de una legislación sobre la financiación de la vida política vigente desde finales de los años

88 “Evaluar una política, es buscar si los medios jurídicos, administrativos o financieros previstos, permiten producir los efectos esperados por esta política y lograr los objetivos fijados”.

90 y referida al mismo objetivo, supone la prohibición de la financiación de un partido por empresas públicas y la regulación de la financiación privada. En todo caso, las tradiciones del pasado son difíciles de cambiar ya que en los ministerios ciertas remuneraciones no responden siempre al principio de transparencia.

7. SITUACIÓN ECONÓMICA DEL PAÍS EN EL CONTEXTO CONCRETO DE LA ACTUAL CRISIS

Si Francia ha conocido la crisis económica y financiera sólo de forma escalonada (especialmente respecto a Estados Unidos) y atenuada (en comparación con Grecia, España, Italia o Portugal), tampoco ha escapado de ella y el deterioro de sus finanzas públicas es una realidad. Distintas pistas, soluciones y ámbitos han sido explorados, en todo o en parte. Estas respuestas constituyen un conjunto diverso, incoherente a priori, si bien han permitido a ciertas instancias llegar a una reflexión global, curiosamente fuera del Parlamento y a petición del poder ejecutivo⁸⁹. Algunas de las propuestas de estas instancias de reflexión han sido retomadas a nivel legislativo o constitucional, pudiendo agruparlas por ámbitos concretos. Los entes territoriales constituyen un primer grupo singular; la modernización de las políticas públicas (y en cierto sentido la revisión de la Constitución) un segundo grupo más general. Los dos tienen la particularidad de ser y haber sido afrontados en un periodo de tiempo muy corto y por dos gobiernos consecutivos. Por esta razón sería interesante abordar su análisis de dos formas. Una primera cronológica y, por tanto, política, en la medida en que el nuevo gobierno ha tenido no sólo la voluntad de aportar respuestas a la crisis, sino también, (y sobre todo) de revisar la política del anterior equipo en el poder. Una segunda temática permite dar una visión más sintética de las cuestiones, en la medida de lo posible. La primera corre el riesgo de caer en algunas repeticiones, por lo que será elegida la segunda, aunque se incorporen necesariamente consideraciones políticas y debiendo recordar que la izquierda sucedió a la derecha en el poder en mayo y junio de 2012, en la presidencia de la República y en la Asamblea nacional, respectivamente.

El marco económico y financiero de la administración pública francesa es determinante y conviene recordarlo aquí. La deuda de las administraciones públicas⁹⁰ asciende 89,9% del PIB en el tercer trimestre de 2012. En cuanto al déficit público⁹¹,

89 Cfr. las Comisiones Balladur y Attali.

90 En el sentido de Maastricht.

91 *Idem*.

éste constituye el 5,2% del PIB en 2011. El Estado representa una parte importante (4,4%), frente a la administración de la seguridad social (0,6%) y local (0%)⁹².

Las anteriores propuestas de reforma constitucional pretendían en esencia descargar al gobierno y al parlamento de ese fardo consistente en la búsqueda del equilibrio para ponerlo sobre las espaldas de los jueces constitucionales⁹³. La consulta al juez plantea, sin embargo, dos interrogantes: en primer lugar, ¿el poder presupuestario no quiere asumir riesgos políticos y prefiere consultar a un tercero? En segundo lugar, ¿no puede tomar una decisión presupuestaria sin encomendarse a un poder experto? En la primera hipótesis, la intervención del Consejo constitucional parece legítima: el tercer poder, neutral, aplicador de la ley, casi (re) convertido en la boca de la Constitución tan querida por Montesquieu, encuentra el sentido último consagrado en la CPC (Cuestión Prioritaria de constitucionalidad). En la segunda hipótesis (referida a la incapacidad técnica del poder presupuestario), la intervención del Consejo Constitucional es incongruente. ¿Cómo es posible que, precisamente una jurisdicción que ha visto doblado sus asuntos contenciosos desde la constitución de la QPC sin ver modificada su composición pueda decidir que se logrará un equilibrio presupuestario en las condiciones económicas y financieras que serán sometidas a su valoración? En definitiva, el juez tendrá que decidir sobre las opciones de una política económica y financiera que se ha negado siempre a controlar, pretendiendo sustituir la libre apreciación del legislador. En un marco constitucional estable esto parece difícilmente factible. En la sentencia de 9 de agosto de 2012, el Consejo Constitucional estima que será él mismo el encargado de ese control⁹⁴. De la lectura de la sentencia del Consejo, el control de las obligaciones derivadas del tratado sobre el Pacto fiscal se realizaría pues –casi de forma exclusiva– en el marco del artículo 61 de la Constitución, es decir antes de la entrada en vigor de la ley de presupuestos. Más sorprendente resulta aún la posición del Consejo que estima que para ejercer su control tendrá en cuenta “la opinión de instituciones independientes previamente establecidas”⁹⁵ referidas en el tratado (artículo 3§2) que prevé “instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1”. El tratado no impone la creación de tales instituciones, como sugiere el Consejo constitucional. Todo lo más, el tratado hace referencia al papel e independencia que deben atribuirles los Estados miembros. La institución en cuestión,

92 INSEE, *Comptes nationaux - Base 2005*.

93 Cf. J. CHARPENTIER, “La limitation des déficits publics dans la Constitution”, *Politeia*, nº19, 2011, p. 61-81.

94 Cons. 27 de la decisión antes citada.

95 *Ibid.*

que tiene un papel de control de los límites de déficits y cuya independencia está garantizada, ya existe en Francia: se trata del Tribunal de Cuentas. La intervención del Consejo en el control de la regla de oro plantea pues un problema más amplio, “el relativo al equilibrio no del presupuesto sino de los poderes. Si se admite que el marco constitucional está en condiciones de hacer respetar la regla establecida, la cuestión recae sobre el procedimiento de control y su autor. Esto conlleva el riesgo de un eventual gobierno de jueces que intervendría más allá de sus funciones. Pero sobre todo, este desequilibrio de poderes sería singular. No se trataría del clásico escollo del gobierno de los jueces, consistente en que el poder judicial oponga sus argumentos al legislador”⁹⁶.

8. PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PROMOVIDOS A PARTIR DE LA CRISIS ECONÓMICA

De la RGPP a la MAP: ¿cuáles son los cambios?

La voluntad de racionalizar la actuación de la administración, de garantizar su eficacia para “adaptarla a las necesidades de los ciudadanos”, que era el alma de la revisión general de las políticas públicas (RGPP) afectaba, si no exclusivamente, sí esencialmente al Estado. Ésta es una de las primeras críticas que se dirigieron contra la RGPP, además de su insistencia en favorecer mayor ahorro de medios y evaluaciones puntuales ya realizadas en detrimento de una reflexión y una reforma más profundas, realmente globales⁹⁷. La verdad es que en ocasiones, las administraciones no han jugado limpio, sobreponiendo algunos límites, pero sobre todo las previsiones han sido truncadas por falta de estadísticas fiables y por la inevitable mejora del salario de los funcionarios (promoción profesional, estatus...) a pesar de la congelación del sueldo. Además de estos límites intrínsecos a la RGPP, ésta excluía explícitamente a los entes locales, aunque algunas razones justificaban su inclusión. En primer lugar, el Estado contribuye de manera muy importante a los presupuestos locales (ayudas, subvenciones...), además de ser el principal actor del marco de actuación local⁹⁸. Por otra parte, y más si cabe, la administración local (o mejor, las administra-

96 M. TIRARD, “La constitutionnalisation de l'équilibre budgétaire: les leçons de l'expérience américaine”, *Pouvoirs*, 2012/1 n°140, p. 104.

97 Cfr. Inspección general de finanzas, Inspección general de la administración, Inspección general de asuntos sociales, *Bilan de la RGPP et conditions de réussite d'une nouvelle politique de réforme de l'Etat*, septiembre 2012.

98 Artículos 34 y 72 de la Constitución.

ciones locales) está igualmente implicada en la relación administrados-administración, el Estado no es el único obligado. Finalmente, los niveles territoriales ofrecen muchos servicios a los ciudadanos, de modo que la proximidad es tan importante como los servicios prestados por el Estado. La falta de colaboración con los actores locales (como entre los propios funcionarios estatales) ha sido singularmente puesta de manifiesto en lo que se refiere, por ejemplo, a ciertos aspectos de la reforma de la administración descentralizada como la e-administración (problemática para los entes territoriales más pequeños). Los entes territoriales se han visto particularmente afectados por la RGPP y su redistribución de la planta de servicios públicos (militar, restructuración hospitalarias, mapa judicial), que ha supuesto el cierre de cuarteles, tribunales y centros de salud, con la consiguiente supresión de servicios públicos esenciales de proximidad y la puesta en peligro de empleos indirectos ligados a estas estructuras (especialmente en lo que se refiere a las instalaciones militares)⁹⁹. Las consecuencias socio-económicas de este conjunto de reformas han tenido un alcance distinto debido a su combinación con los efectos de la crisis económica y financiera.

La vinculación entre la RGPP y la crisis no fue tan evidente. Pero las lagunas de la reforma propuesta por el anterior gobierno¹⁰⁰ han tenido que ser necesariamente analizadas y repensadas a la luz de las dificultades económicas, sociales y presupuestarias¹⁰¹.

La MAP incluye un componente institucional. En efecto, recientemente esta tarea ha sido atribuida a un secretario general para la modernización de la acción pública (SGMAP)¹⁰². Éste asume la dirección interministerial para la modernización de la acción pública (DIMAP) –antigua dirección general de la modernización del Estado (DGME)– y la dirección interministerial de sistemas de información y comunicación (DISIC). Asume igualmente la coordinación interministerial de la reforma de los servicios descentralizados del Estado, así como la labor de facilitar la puesta a disposición de los datos públicos (tarea denominada «Etalab»). Todo el conjunto se encuentra bajo la autoridad del Primer ministro, lo que refleja la voluntad política de hacer de la reforma del Estado un proyecto interministerial, mientras que antes ésta dependía del Ministerio de Economía.

99 Cfr. M. D. DE LEGGE, “Au nom de la Mission commune d’information du Sénat”, *La RGPP: un défi pour les collectivités territoriales et les territoires*, n° 666, tome I (2010-2011), 22 juin 2011.

100 Véase *infra*.

101 Inspección general de finanzas, Inspección general de la administración, Inspección general de asuntos sociales, *Bilan de la RGPP et conditions de réussite d'une nouvelle politique de réforme de l'Etat*, septiembre 2012.

102 Decreto de 30 de octubre de 2012.

Por otra parte, el Primer Ministro es quien marca las grandes líneas de este conjunto tan vasto de reformas¹⁰³. Formalmente, 250 decisiones repartidas en 5 grandes ámbitos de actuación: la simplificación de la acción pública; la evaluación de la calidad del servicio público a través de un barómetro independiente; el impulso de la transición digital mediante la hoja de ruta de la administración digital¹⁰⁴; la evaluación para la modernización de las políticas públicas; y la incorporación de agencias y operadores de la modernización pública. Dado su desarrollo reciente, es aún difícil realizar una valoración completa. Se puede, no obstante, resaltar la globalidad del enfoque y la voluntad de abarcar el conjunto de sus problemáticas. Igualmente se puede destacar que se ha previsto la colaboración con los principales actores (especialmente los funcionarios, los usuarios) y que evaluación y ejecución van siempre unidas. La lógica es así coherente, pero encuentra dificultades en ciertos planteamientos, (que podríamos describir como tradiciones o mentalidades asentadas), en determinados ámbitos como, por ejemplo, el de la sanidad. Pero en este caso, se advierte una excepción a la norma establecida por el vínculo exclusivo que parece dibujarse entre el ejercicio del servicio público hospitalario y el hospital (es decir, los establecimientos públicos sanitarios hasta ahora asociados en esta tarea a los establecimientos privados). La sanidad debe ser objeto de una reforma sobre la que no es posible precisar aún su alcance exacto (pues está prevista para 2014).

9. VALORACIÓN GLOBAL DE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y DE LOS PROYECTOS DE REFORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CRISIS ECONÓMICA, DE LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LA CONGRUENCIA CON EL MARCO CONSTITUCIONAL APLICABLE, INCLUYENDO LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE ADMINISTRACIONES

La actuación eficaz de la administración es el objetivo de todas las reformas o los proyectos de reforma. Primero la RGPP y más tarde la MAP conciliaron de manera distinta la reforma de la administración central (servicios desconcentrados del Estado) con la de los entes territoriales (descentralización). Reforma del Estado y reforma territorial van unidas. No obstante, la reforma del Estado mediante la descentralización se enfrenta

103 Declaración de Jean-Marc Ayrault, Primer ministro en la fecha, Comité Interministerial para la Modernización de la Actuación pública, 18 de diciembre de 2012.

104 En este contexto, los sistemas de información y comunicación se destinan a mejorar la calidad, eficacia, eficiencia y confianza del servicio prestado y a simplificar las relaciones entre los usuarios y la administración del Estado, así como entre el resto de poderes administrativos.

a un problema principal: la mayoría de los parlamentarios son concejales, y, en este sentido, la acumulación de mandatos obliga. La prueba es simple: la organización institucional y competencial de los entes locales resulta de la ley (artículo 72 de la Constitución), su reforma no puede realizarse más que por ley, esto es por la voluntad de representantes nacionales que a menudo lo son también locales. De hecho, dejando al margen la gran reforma de 1982 (Acto I de la descentralización) que benefició claramente a los representantes locales, una reforma de las entidades territoriales—en la lógica inalterada consistente hasta ese momento en una progresiva trasferencia de competencias y, por tanto, de obligaciones pero con presupuestos si no modificados, si al menos reducidos—sería vista como limitativa y restrictiva de oportunidades para las entidades y sobre todo para sus representantes. Por esta razón, cuando se anuncia una gran reforma de la descentralización sólo se aportan cambios mínimos. Al final termina siempre por hacerse una montaña de un grano de arena. En el mejor de los casos se lleva a cabo una política de pequeños pasos; en el peor, dos pasos hacia atrás y uno hacia adelante.

La descentralización ha sido abordada tanto por el anterior gobierno como por el actual, aunque los dos han encontrado una oposición más o menos fuerte en los cargos electos locales. Si el segundo texto, en proceso de elaboración¹⁰⁵ logra ir más allá que el primero (del gobierno anterior, ley nº 2010-1563 de 16 de diciembre de 2010 de reforma del gobierno local) derogando disposiciones básicas (como el consejero territorial), podrían ser considerados el Acto III de la descentralización¹⁰⁶.

El problema recurrente de la descentralización y de las diferentes reformas reside en la racionalización del número de entidades territoriales, particularmente a través de la supresión del departamento. Diversos informes, proposiciones parlamentarias y Comités¹⁰⁷ habían puesto de manifiesto la necesidad de reorganizar los

105 Proyecto de ley sobre la elección de los consejeros departamentales, concejales municipales y delegados comunitarios, y de modificación del calendario electoral, texto sometido a segunda lectura de la Asamblea nacional el 14 de marzo de 2013. http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=1D6C96522F7BA94C3C155BCF0F9D6EFA.tpdjo10v_3?idDocument=JORFDOLE000026701057&type=general

106 El “Acto I” inició el camino en 1982-1983 con las primeras leyes Defferre. Veinte años después, le sigue el “Acto II” dividida a su vez en varias “escenas” – leyes– de las cuales la principal es la ley constitucional nº 2003-276 de 28 de marzo relativa a la organización descentralizada de la República. Para su aplicación se adoptaron otras leyes, singularmente la ley orgánica nº 2004-758 de 29 de julio relativa a la autonomía financiera de las entidades territoriales. La última revisión constitucional se produjo el 23 de julio de 2008 ley constitucional 2008-724 de 23 de julio de modernización de las instituciones de la V^a República.

107 *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française sous la présidence de J. ATTALI*, Paris, La Documentation française, 2008, proposiciones 260 y 261, p. 197.

diferentes niveles territoriales y sus instituciones. El marco legislativo, por tanto, no ha sido suficiente. Al contrario, otra reforma del régimen jurídico de las entidades territoriales francesas se anuncia cuatro años después¹⁰⁸, debido al coste excesivo que supone primero para las empresas y, en segundo lugar, para las familias. En el punto de mira se encuentra el impuesto sobre actividades económicas¹⁰⁹ y el famoso “milhojas” territorial, denominación que recibe la creciente superposición de entidades territoriales francesas¹¹⁰, para resaltar sobre todo su excesivo número y, por tanto, su inutilidad. Aunque las intenciones de reforma fuesen reales, los críticos denuncian la vuelta del Estado, la reedición de un auténtico Acto I de la recentralización¹¹¹. El método utilizado para reformar puede haber contribuido a dar esta impresión. Las grandes líneas de la reforma no proceden directamente del Parlamento, una de cuyas cámaras, –el Senado– en teoría representa a las entidades territoriales¹¹². En su lugar, se ha preferido la designación presidencial de un Comité de reflexión presidido por Edouard Balladur¹¹³, lo que no ha impedido, sino al contrario, iniciativas parlamentarias. La ley nº 2010-1563 de 16 de diciembre de reforma de las entidades territoriales es el resultado de un maratón legislativo¹¹⁴, que ha pasado desapercibido para la mayoría de la población, preocupada entonces por la reforma de las pensiones adoptada casi al mismo tiempo. Este tercer Acto, frustrado por el proyecto actual, integra un amplio abanico de medidas mediante las cuales el legislador realiza una criticable separación entre las cuestiones institucionales y las financieras.

La ley de 16 de diciembre de 2010 tuvo el mérito de ocuparse de la atribución de competencias a los entes locales, aunque de manera marginal. El objetivo era ambicioso: reorganizar las competencias y simplificar la superposición de compe-

108 En un discurso del Presidente de la República de 25 de septiembre de 2008.

109 El impuesto sobre actividades económicas se reforma por la ley de presupuestos para 2011, que conlleva su supresión y sustitución por la Contribución económica territorial

110 Los “sucesivos sedimentos” del derecho de las entidades territoriales “acumulados según las épocas” (Comité para la reforma de las entidades locales presidido por E. Balladur, *Il est temps de décider*, Rapport au président de la République, Fayard, Documentation française, 2009, p. 5).

111 M. VERPEAUX, “Des ambitions aux lois ou du comité Balladur à la loi du 16 décembre 2010”, *A/DA*, 2011, p. 74 ss.

112 Artículo 24 de la Constitución.

113 Comité para la reforma de las entidades locales presidido por E. Balladur, *Il est temps de décider*, op. cit. nota 4.

114 El maratón se completó ante el Consejo constitucional al que se remite el texto el 22 de noviembre de 2010, que censura sólo una de las 90 disposiciones: Consejo const., Sentencia nº 2010-618 DC de 09 diciembre de 2010.

tencias de cada ente en un mismo ámbito, origen de despilfarro y de ineficacia¹¹⁵. El resultado, sin embargo, resultó decepcionante. El esquema parece obedecer a un principio simple que se ha complicado por las numerosas excepciones, vaciando en parte, su esencia. El principio supondrá, a partir del primero de enero de 2015, la eliminación de la cláusula general de competencia para los departamentos y las regiones¹¹⁶. A partir de ese momento, los departamentos y las regiones ajustarán los asuntos a los ámbitos competenciales que la ley les atribuya¹¹⁷. Supone la incorporación del principio de competencias exclusivas para cada una de estas entidades. Sin embargo, el principio de interés local continuará siendo válido para los municipios.

La ruptura de la uniformidad del régimen jurídico de las entidades territoriales, que daba lugar a una superposición de las competencias, era un objetivo que miraba a la reducción de los gastos excesivos. De apariencia clara, sin embargo, su aplicación práctica puede verse retrasada o incluso comprometida. En efecto, la ley no elabora un listado de competencias en sentido estricto. Realiza, sobre todo, muchos ajustes. La ley prevé, con carácter excepcional, una competencia compartida entre diversas categorías de entidades territoriales. Es el caso, por ejemplo, de las materias de turismo, cultura y deporte. Igualmente, será posible la delegación de competencias entre dos entes territoriales o entre una de ellos y una institución pública de cooperación intermunicipal (EPCI) con presupuesto propio¹¹⁸. Por último, el Consejo general y el Consejo regional podrán asumir respectivamente, mediante decisión especialmente motivada, cualquier asunto de interés departamental o regional cuya competencia no haya sido atribuida por la ley a otra persona jurídica pública. La cláusula general de competencia, por tanto, no ha desaparecido completamente. A lo sumo, el legislador ha determinado el marco para la distribución de las competencias y un modelo de servicios compartidos entre los departamentos y las regiones¹¹⁹ con el objeto de mejorar la coordinación entre ellos.

Idéntica causa, idénticos efectos en materia financiera: el legislador de 2010 ha querido tener en cuenta las implicaciones financieras de la redistribución de com-

115 En razón de la cláusula general de competencia basada en el “interés local” que debe demostrar una entidad para intervenir. De hecho, esta cláusula ha sido interpretada en un sentido amplio, al demostrar todas las entidades así su propio interés sobre la misma causa.

116 Supresión respaldada por el Consejo constitucional: decisión n°2010-618 DC op. cit., considerando 54.

117 *Cfr.* artículo 73, párrafo IV, de la ley de 16 diciembre de 2010: “las competencias atribuidas por la ley a las entidades territoriales lo son a título exclusivo”. Nuevos artículos L 3211-1 y L 4221-1 y L 4433-1 CGCT.

118 Futuro artículo L 1111-8 CGCT.

119 Artículos 75 y 77 de la ley de 16 de diciembre de 2010.

petencias territoriales, pero de manera indirecta, dadas las numerosas excepciones al mecanismo destinado a evitar financiaciones cruzadas (un solapamiento de la financiación local paralelo al observado con las competencias).

A nivel institucional, la ley de 16 de diciembre de 2010 se muestra aún más decepcionante. No suprime el departamento como había sido recomendado por el informe Attali. Al contrario, la ley de 2010 crea estructuras adicionales como la metrópoli¹²⁰ y el centro metropolitano, fortaleciendo la cooperación interterritorial. El “milhojas” no se reduce, sino que, al contrario, se sustituye por una “tarta nupcial”. No sólo no se concreta la hipótesis de la supresión del Departamento, sino que se garantizan por ley la existencia tanto de éste como de la región. Al menos formalmente, ya que por otro lado se preveía la sustitución de los consejeros generales y de los consejeros regionales por los consejeros territoriales. Dada esta fusión de representantes, se predijo que finalmente desaparecería una u otra colectividad, absorbida de hecho por el ejercicio de sus competencias o por el mayor protagonismo de unos consejeros en detrimento de los otros.

Este era probablemente uno de los mayores beneficios de esta ley, aunque su aplicación práctica haya limitado su alcance. Se trataba claramente de una semi-medida ya que la supresión de esta disposición se contemplaba precisamente por el proyecto de ley¹²¹. En todo caso, es interesante llamar la atención sobre sus grandes líneas en cuanto que, si bien no se generaliza entre todas las colectividades territoriales francesas, en cierto modo está llamado a permanecer en el caso particular de la posible fusión de entidades territoriales prevista por el CGCT, reformado por esta ley.

El consejero territorial era una institución creada por la ley de 2010. Sin eliminar, esto es, sin refundir las colectividades territoriales afectadas -departamentos y regiones-¹²², el legislador de alguna manera habría refundido a los representantes de estas colectividades. Esta reorganización institucional implicaba también revisar el modo de elección de estas entidades, cuestión sobre la que conviene hacer una breve referencia en la medida en que la actual reforma legislativa se orienta igualmente a revisar la forma de elección de las entidades locales. En el corazón de la actuación legislativa se encuentra la traducción orgánica del principio de autogobierno de las entidades territoriales. Según prevé el artículo 72 de la Constitución, las entidades territoriales se administran libre-

120 Artículos L 5217-1 y siguientes del Código general de entidades territoriales.

121 Numerosas disposiciones de la ley de 2010 tendrían una aplicación diferida en el tiempo, como el consejero territorial que deberá entrar en vigor en 2014.

122 Esta refundición podría haberse producido por la desaparición de un nivel de entidades territoriales, como los departamentos.

mente mediante consejos elegidos. Estos son designados directamente por la población local para un mandato de seis años. Una vez designados, estos órganos deben poder decidir libremente con respecto a la ley y los reglamentos. Cada colectividad –municipio, departamento o región– cuenta también con instituciones propias: una asamblea decisoria y un ejecutivo¹²³. Todas contemplan idéntico esquema de organización administrativa. A nivel municipal se encuentra el consejo municipal, no contemplado por la ley de 2010¹²⁴. A nivel departamental¹²⁵, la asamblea decisoria es el consejo general, convertido en el consejo departamental. Sus miembros, los consejeros generales (y pronto departamentales), son elegidos dentro de cada cantón departamental por seis años, renovables por mitades cada tres años.

Con la ley de 2010, “después de haber tenido habitaciones separadas, los representantes departamentales y regionales [habrían tenido] una habitación compartida con camas-litera superpuestas”¹²⁶. Este nuevo hogar, organizado por la ley de 16 de diciembre de 2010, es sustituido por un único consejero: el consejero territorial. Representante de las dos entidades, tiene como particularidad dentro del panorama político francés, el hecho de ejercer en un sólo mandato dos representaciones. En efecto, ostentaría escaño tanto en la asamblea regional¹²⁷, como en la asamblea departamental¹²⁸. El argumento principal en defensa de la creación de un único consejero era de carácter presupuestario. El cálculo es simple: 3.471 consejeros territoriales sustituirían a 3.963 consejeros generales y 1.880 consejeros regionales, esto es, 5.843 cargos electos. Se habrían ahorrado 2.372 representantes. Pero la realidad política es más compleja: hubiese sido necesario tener en cuenta (y por tanto, añadir) el 20% de las retribuciones del consejero territorial, los gastos de transporte y alojamiento derivados de su doble mandato, así como la retribución del suplente comprometido a mantener el contacto con los electores, sin contar los gastos derivados de la ampliación de las sedes de los consejos regionales¹²⁹. La «Real politik» es aún más amarga: lo demuestra el mantenimiento por los mismos senadores

123 Esta instituciones territoriales específicas (“los consejos elegidos” del artículo 72 de la Constitución) con sus competencias propias caracterizan la descentralización, frente a la desconcentración que se manifiesta principalmente en la institución del prefecto, representante del Estado en el nivel departamental y regional.

124 Artículos L 2111-1 y siguientes y artículos R 2111-1 y siguientes CGCT.

125 Artículos L 3121-1 y siguientes y artículos R 3121-1 y siguientes CGCT.

126 B. FAURE, “Le regroupement départements-région. Remède ou problème?”, *AJDA*, 2011, p. 86.

127 Artículo L 4131-1 CGCT.

128 Artículo L 3121-1 CGCT.

129 *Cfr.* B. FAURE, “Le regroupement départements-région. Remède ou problème?”, *AJDA*, 2011 p. 86. En el mismo sentido, M. PHILIP-GAY, “Le conseiller territorial”, *AJ Collectivités territoriales*, 2011 p. 54 y siguientes.

de entonces, bajo presión del gobierno, de la denominada nivelación, esto es, un sistema que permite a los representantes políticos que acumulan cargos electos transferir las retribuciones que sobrepasan el límite fijado por la ley (esto es 1,5 veces el salario base de los diputados) la mayoría de las veces en beneficio de sus colaboradores, o incluso de sus cónyuges, en lugar de devolverlas a la entidad pagadora: “no hay que enfadar a los cargos electos locales, sobre todo a los grandes, a dos meses de las senatoriales”¹³⁰. La instauración del consejero territorial se haría progresivamente. Primero la ley de 16 de febrero de 2010 modificó el mandato de los cargos departamentales y regionales disponiendo en consecuencia la renovación simultánea de consejos generales y regionales¹³¹. Con este objetivo, los consejeros regionales elegidos en mayo de 2010 y los consejeros generales parcialmente renovados en marzo de 2011 habían ejercido un mandato de 4 años en el caso de los primeros y de 3 años para los segundos. El texto no planteaba otra opción más que reducir el mandato de estos cargos con el fin de que los nuevos electos –los consejeros territoriales– puedan tener como punto de partida el año 2014.

A pesar de que ha sido modificada una parte referente a las entidades territoriales, la ley de 2010 ha sido y será aún –significativamente– reformada por un proyecto de ley en fase de discusión parlamentaria.

El objetivo sustancial de la reforma territorial de 2010 se mantiene en sus grandes líneas, si bien pueden destacarse algunas diferencias. Las entidades líderes serán definidas por grandes temas. En efecto, el proyecto de ley se inserta en una lógica de bloque de competencias¹³². El proyecto de ley pretende entre otras cosas, reorganizar las competencias y la forma de financiación territorial. En realidad, las disposiciones se encuentran en la línea de las normas ya existentes, por ejemplo, en el marco de los contratos de objetivos y medios o en materia de control. No obstante, la gestión local podrá ser objeto de nuevas modalidades de sanción ante situaciones irregulares. Así, “en caso de falta grave y reiterada en la ejecución de medidas correctivas” adoptadas cuando el presupuesto de una entidad haya sido ajustado por el representante estatal debido a irregularidades, el alcalde o el presidente del gobierno local podrá ser sancionado con una multa, cuya cantidad podrá ascender como máximo al doble de su salario bruto anual. No obstante, por decisión de la asamblea, esta multa podrá repercutirse al presupuesto de la entidad.

130 J. MARTIN, “Quand Dosiére tente d’écarter...”, *Le Nouvel Observateur*, 14 julio 2011, nº 2436, p. 16. Las elecciones al Senado tuvieron lugar el 25 de septiembre de 2011; los delegados de los consejos municipales, integrantes de un colegio senatorial, fueron designados en el mes de junio.

131 Ley 2010-145 de 16 de febrero.

132 *Cfr.* título IV “profundización de la descentralización”.

En cambio, su dimensión institucional desaparece para sustituirse por disposiciones que parecen insuficientes a la luz de las necesidades presupuestarias y, además, resultan políticamente decepcionantes de acuerdo con el programa conforme al cual fue elegido el Presidente de la República.

El consejero territorial se suprime y un proyecto de ley orgánica define una nueva forma de elección de los consejeros generales que pasarán a llamarse consejeros departamentales. El objetivo planteado por el gobierno¹³³ es doble: mejorar (o más bien preservar) el carácter territorial de los representantes electos y perseguir el objetivo de paridad en el seno de las asambleas departamentales, que no cuentan actualmente más que con un 13,8% de mujeres. En este contexto, se forma un binomio por dos consejeros departamentales, elegidos en cada circunscripción por un sistema mayoritario a doble vuelta. Los dos candidatos se presentaran ante los electores, tal y como se ha señalado, en un binomio, cada uno de los cuales estará integrado por una mujer y un hombre. De manera muy criticable, el proyecto deja intacto el número de miembros electos y a lo más que llega es a redefinir el mapa de circunscripciones. Además, el proyecto persigue el objetivo de democratizar las elecciones locales, en particular de las agrupaciones de municipios, contemplando la elección mediante sufragio universal directo de sus representantes. Objetivo encomiable por democrático, aunque aumenta la llamada a las urnas de electores que se pierden en los diferentes niveles territoriales y que no conocen bien la forma de escrutinio, que será igualmente reformado. Prudente, el gobierno ha decidido finalmente posponer las diferentes elecciones¹³⁴.

La derogación de la institución del consejero territorial es doblemente decepcionante. Económicamente, las entidades locales se enfrentan a los problemas del mismo modo que el Estado. Es cierto que, como se ha adelantado, los gastos de funcionamiento, de los que forman parte las retribuciones de los representantes, no son significativos. Políticamente, además, la reforma no cumple la promesa del candidato Hollande de reducir la acumulación de mandatos. Los representantes (acaparadores de cargos) socialistas (pero también de la derecha) se muestran muy reticentes a abandonar sus cargos, alargando los plazos establecidos por el primer ministro al máximo posible (primero verano, después otoño) para finalmente romper la promesa, enterrar el proyecto y olvidarlo. Los cargos políticos de todas las tendencias, en su aplastante mayoría, no han aprovechado

133 Comunicado de prensa del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2012.

134 En efecto, las elecciones departamentales y regionales deberían celebrarse en 2014, es decir, al mismo tiempo que las elecciones municipales, europeas y senatoriales.

la oportunidad de esta reforma en general y, en particular, la eliminación de un consejero territorial imperfecto, para construir una institución mejor, reformar en profundidad las entidades territoriales, y, en definitiva, ofrecer una respuesta adaptada a la situación actual, local y nacional. La política local y la política nacional están íntimamente unidas, luego, los problemas presupuestarios del Estado y su solución, repercuten inevitablemente en las entidades locales y viceversa¹³⁵.

Así pues, las instituciones permanecen, las reformas se suceden. Podemos, no obstante, destacar una institución nueva, original, creada por la ley orgánica nº 2012-1403 de 17 de diciembre de 2012 relativa a la programación y gestión de las finanzas públicas: el Consejo Superior de Finanzas Públicas (HCFP), en el que intervienen el Parlamento y el Tribunal de Cuentas¹³⁶. Está presidido por el presidente del Tribunal de Cuentas y diez miembros: cuatro magistrados del Tribunal de Cuentas en activo designados por el presidente; cuatro miembros nombrados respectivamente por el presidente de la Asamblea nacional, el presidente del Senado, los presidentes de las comisiones de economía de la Asamblea nacional y del Senado; un miembro nombrado por el presidente del Consejo económico, social y de medio ambiente y el director general del Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos¹³⁷.

En cuanto a sus funciones, el Consejo Superior de Finanzas Públicas es un órgano consultivo. En efecto, mediante dictamen motivado expresa la estimación del producto interior bruto potencial sobre el que se apoya el proyecto de ley de programación de las finanzas públicas¹³⁸ y emite opinión sobre los diferentes textos y datos que se le remiten, singularmente las previsiones macroeconómicas y la estimación del producto interior bruto potencial sobre el que se apoyan diversos textos: el proyecto de ley de programación de las finanzas públicas¹³⁹; el proyecto de ley

135 *Cfr.* Transferencias financieras del Estado a las entidades territoriales, Anexo al proyecto de ley de presupuestos para 2013, p. 172 http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/farando-le/2013/pap/pdf/Jaune2013_collectivites.pdf

136 Su decreto de aplicación suprimió a la vez dos instituciones consultivas en la materia: la Conferencia nacional de finanzas públicas y el Consejo de orientación de finanzas públicas: art. 3 del decreto nº 2013-144 de 18 de febrero de 2013 para la inicial constitución del consejo Superior de Finanzas Públicas.

137 Art. 11 de la ley orgánica.

138 Art. 12 de la ley orgánica.

139 Esta opinión se adjunta al proyecto de ley de programación de las finanzas públicas cuando se le dé traslado al Consejo de Estado. Es adjuntado al proyecto de ley de programación de finanzas públicas presentado al parlamento y haciéndose público por el Consejo Superior cuando sea presentado (artículo 13 de la ley orgánica).

de presupuestos; el proyecto de ley de financiación anual de la seguridad social¹⁴⁰; el proyecto de ley de financiación de la seguridad social que el gobierno considere reformar.¹⁴¹; y el proyecto de programa de estabilidad creado para la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros de la Unión europea¹⁴². En el ejercicio de sus funciones, el Consejo Superior, a través de su Presidente, además de ser oído en cualquier momento a petición de las comisiones de la Asamblea nacional y del Senado¹⁴³, puede a su vez recurrir a diferentes expertos, por ejemplo, oyendo a representantes del conjunto de las administraciones competentes en el ámbito de las finanzas públicas, la estadística y la previsión económica. Y puede apelar a organismos o personas externas a la administración, especialmente para valorar las previsiones de ingresos, gastos, saldo y endeudamiento de las administraciones públicas en cada uno de sus subsectores¹⁴⁴.

El carácter meramente consultivo así como su composición mixta, donde se mezclan jueces, profesores de economía, una inspectora de hacienda directora general adjunta de un grupo bancario, una directora de departamento de un banco y el director general del Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos (éste como miembro de derecho)¹⁴⁵ son aspectos que dejan bien lejos al Consejo Superior de ser un órgano jurisdiccional, a pesar de que los requisitos tenidos en cuenta para su composición se orientaban a garantizarle el ejercicio de las competencias propias de lo jurisdiccional. No obstante, su organización lo acerca más a un tribunal. La ley orgánica establece la prohibición de publicar las opiniones disidentes, así como el secreto de las deliberaciones¹⁴⁶. Igualmente, se dota a la institución de la garantía de independencia. De hecho, además de establecer la paridad entre

140 Artículo 14 de la ley orgánica: no más tarde de una semana antes de que el Consejo de Estado se le remita el proyecto de ley de presupuestos anuales, el Gobierno remite al Consejo Superior los aspectos del proyecto de ley de presupuestos anuales y del proyecto de ley de financiación anual de la seguridad social, permitiéndole apreciar la coherencia del artículo de referencia del proyecto de ley de presupuestos anual en relación con las orientaciones plurianuales de balance estructural definidas en la ley de programación de las finanzas públicas.

141 Artículo 16 de la ley orgánica.

142 Artículo 17 de la ley orgánica: Hace público su dictámen al menos dos semanas antes de la fecha límite de presentación del programa de estabilidad al Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea. Se adjunta al programa de estabilidad en el momento de la remisión.

143 Artículo 20 de la ley orgánica.

144 Artículo 18 de la ley orgánica

145 Lista de los miembros del Consejo Superior de finanzas públicas, *JORF* nº0064 de 16 de marzo de 2013.

146 Artículo 21 de la ley orgánica.

hombres y mujeres y un original sistema de sorteo¹⁴⁷, la independencia de sus miembros es recordada por el artículo 11 de la ley orgánica y protegida de diversas formas: ausencia de remuneración, renovación del mandato condicionado, prohibición para ejercer cargo electivo, prohibición para solicitar o recibir instrucciones del gobierno o de cualquier persona pública o privada¹⁴⁸.

A pesar de estas garantías de independencia y competencia del Consejo Superior, el legislador orgánico quería prever un control parlamentario sobre los diferentes nombramientos, de modo que le permitiera, a través de las comisiones de finanzas y de asuntos sociales de la Asamblea Nacional y del Senado, exigir la comparecencia de magistrados del Tribunal de Cuentas designados por el presidente de este Tribunal, así como del miembro designado por el presidente del Consejo Económico, Social y de Medio Ambiente. Estas disposiciones tenían justificación en tanto que mecanismo para garantizar el poder presupuestario propio del parlamento, afectado en la medida en que no es ésta directamente la institución que cumple la función exigida por el Tratado ni es el Parlamento el responsable de la designación del Consejo. Sin embargo, estas disposiciones han sido declaradas inconstitucionales por el Consejo constitucional sobre la base del principio de separación de poderes¹⁴⁹.

La protección de la separación de poderes compensa en cierto modo la debilidad del poder presupuestario atribuido tradicionalmente al Parlamento. Si, a pesar de las apariencias, se salvan algunos mecanismos, otros en cambio ponen en entredicho el lugar y el papel del Parlamento en el ámbito de las finanzas públicas¹⁵⁰, en particular respecto a las respuestas aportadas a la crisis de la zona euro. El ejemplo griego lo ha demostrado. El ejemplo chipriota en este ámbito traza los límites del parlamentarismo actual, pues los parlamentarios de la isla, actuando todos los partidos conjuntamente¹⁵¹, rechazaron inicialmente el plan de rescate europeo – medida propuesta por la Unión Europea que consistía en gravar el ahorro de los particulares. Pero la realidad económica – incluso polí-

147 Cfr. art. 11 de la ley orgánica y las disposiciones del decreto antes citado.

148 Art. 11 de la ley orgánica.

149 Principio que “impide que, en ausencia de una disposición constitucional que lo permita, el poder de nombramiento por una autoridad administrativa o judicial está subordinado a la audiencia por parte de las asambleas parlamentarias de las personas cuyo nombramiento se propone”: Consejo constitucional, decisión n°2012-658 DC de 13 de diciembre de 2012, Ley orgánica relativa a la programación y la gestión de las Finanzas Públicas, cons. 39.

150 K. BLAIRON, “L'évolution des rapports entre les pouvoirs budgétaires”, *Politéia*, n°15-2009, p. 407-430.

151 36 votos en contra y 19 abstenciones: Cfr. Alexia KEFALAS, “Le Parlement chypriote rejette la taxe sur les dépôts”, *Le Figaro*, 19 marzo 2013.

tica— les hizo despertar de sus sueños y estos mismos parlamentarios aceptaron finalmente el principio de esta tributación con algunas modificaciones. Es Islandia la que al fin fue capaz de mejorar la imagen de la democracia, y en su expresión directa: la ley, aceptada por los parlamentarios, que preveía el plan de rescate de la banca —consistente en la adopción de un impuesto adicional sobre las familias— fue bloqueada por el presidente de la república en dos ocasiones, lo que condujo a dos consultas populares (en marzo de 2010 y abril de 2011) que rechazaron las propuestas. Pese a no ser generalizados, estos procedimientos son signo de una buena salud democrática, a falta de una buena salud económica.

En suma, en el contexto francés, pero también en el contexto europeo, la sacralización pura y simple de la regla de oro se muestra insuficiente. Es el árbol que no deja ver el bosque. Junto a ella, deben tomarse en cuenta diversos elementos. Ésta no puede sino ser complemento de un conjunto más amplio de medidas de lucha contra los déficits públicos. En general, el éxito de una regla está determinado en primer lugar, por “su transparencia, accesibilidad y su adecuación al objetivo político o congruencia”¹⁵². Debe ser aplicable y prever sanciones en caso de incumplimiento. “Las fronteras constitucionales son fronteras de papel. No se defienden solas” decía Barthélémy¹⁵³. No basta con declarar un principio, hay que hacerlo vinculante estableciendo, por ejemplo, un control efectivo.

En tal ámbito, este conjunto tan amplio podría ser perfectamente diseñado por una Constitución económica. Se echa de menos, en efecto, un análisis global y una reforma racional. En su lugar, se han realizado diversas reformas sectoriales. Ya se ha analizado la cuestión relativa a los territorios, y en diversos aspectos ha resultado decepcionante. Otra cuestión es la relativa al sector sanitario: planteada desde la constitución del último gobierno, no está claro si se pretende reformar el sector sanitario y social como tal, o que vea la luz la enésima reforma que lleve el nombre del ministro de asuntos sociales. Su objeto principal consiste en trasladar funciones de servicio público a un servicio público específicamente sanitario, reformando la planta hospitalaria, volviendo de nuevo sobre la gran reforma de 2009. En tercer lugar, se contempla la simplificación de la administración en el sentido principalmente de facilitar las relaciones entre la administración y sus usuarios.

152 B. DEFFAINS, M. OBIDZINSKI, “Vers de nouveaux questionnements: production, design et évolution des systèmes juridiques”, en B. DEFFAINS, E. LANGLAIS (dir.), *op. cit.*, p. 387.

153 J. BARTHELEMY, *Valeur de la liberté et adaptation de la République*, Sirey, Paris, 1935, p. 177.

10. FORMULACIÓN DE PROPUESTAS SOBRE POSIBLES LÍNEAS DE REFORMA A PARTIR DE LA EXPERIENCIA PREVIA DEL PAÍS ORIENTADAS A HACER COMPATIBLE LA RACIONALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y EL AUMENTO DE LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN CON UNA CULTURA CONSTITUCIONAL BASADA EN EL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA CIUDADANÍA

Las proposiciones de reforma y las reformas en curso ya han sido expuestas y analizadas. Sin embargo, la reforma del texto fundamental no se ha planteado hasta ahora, justo cuando esta solución ha sido incluso sugerida desde el más alto nivel: el nivel europeo.

Reformar la Constitución por motivos presupuestarios y financieros no es nuevo. Ya en 1935 Barthélémy escribió que “una vez nos enseñaron como axioma indiscutible que los regímenes perecen por las finanzas. Pero hoy podríamos preguntarnos, si esto continúa siendo verdad, qué milagro los mantiene aún en pie. Sea el que sea, las finanzas son una cuestión preocupante en Inglaterra, y en Francia, como en todas partes. Hará falta que los pueblos cambien profundamente sus costumbres, sus debilidades, sus deseos: ésta es la reforma fundamental. Y podemos ayudar a ella con algunos retoques constitucionales”¹⁵⁴. Reformar la Constitución por motivos presupuestarios y financieros raramente ha sido propuesto en Francia. Pero esta misma solución consistente en retocar la Constitución por razones financieras basadas en la limitación de déficits, ha sido claramente recomendada por el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de la Unión económica y monetaria de 8 de marzo de 2012.

En Francia, tras la sentencia del Consejo constitucional de 9 de agosto de 2012¹⁵⁵, la consagración de la famosa regla de oro oscilará entre la vía constitucional y la vía orgánica. Al final, la segunda vía prevalecerá sobre la primera. La opción planteada por el propio tratado será reforzada por el Consejo constitucional¹⁵⁶. En efecto, el tratado, y su artículo 3.2, relativo a la entrada en vigor en el derecho nacional de los Estados de las normas previstas para el restablecimiento del equilibrio financiero¹⁵⁷, establece su “preferencia” por introducir la

154 J. BARTHELEMY, *op. cit.*, p. 166.

155 Consejo constitucional, Sentencia nº 2012-653 DC de 9 de agosto de 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*.

156 Considerando 19 y siguientes de la Sentencia antes citada.

157 Estas medidas son con frecuencia denominadas, pero se aproximan más a frenar el endeudamiento.

regla de oro en la Constitución sobre otros medios contemplados en su defecto: “Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales[...]”¹⁵⁸.

La elección entre una u otra opción se sometió al Consejo constitucional. La primera solución – constitucional – obligaba a la reforma de la Constitución¹⁵⁹, en la medida en que la regla de oro no está como tal constitucionalizada. Una solución de este tipo era difícilmente factible en el plano político¹⁶⁰. Se puede criticar esta lectura defendida por el Consejo y derivada de la redacción del propio tratado. El tratado sugiere en primer lugar disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional. Cabe destacar que todas las disposiciones legales (o constitucionales) tienen fuerza vinculante. La norma se define precisamente por este carácter, la posibilidad de sanción, y puede traducirse en una ley, por ejemplo. Por otro lado, la permanencia es una característica más vinculada a las disposiciones constitucionales, siendo éstas en Francia, como en la mayoría de los países de la UE, rígidas, es decir, sometidas a un procedimiento de revisión reforzado distinto del previsto para las leyes. Pero, para el tratado, el carácter de normas vinculantes y permanentes no se asocia por sistema a la Constitución porque el tratado establece una preferencia –por las disposiciones constitucionales– lo que no conlleva una exclusividad. La vinculación y la permanencia podrían garantizarse por otra parte, por vía orgánica, por ejemplo. Esta es también la conclusión a la que llega el Consejo constitucional, aunque concediendo prevalencia a una de las dos lecturas, la segunda solución propuesta por el tratado (“o cuyo respeto

158 “[...] Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales”.

159 Cons. 21 de la decisión antes citada.

160 El candidato Hollande, luego Presidente, defendería durante la campaña electoral la renegotiación del Tratado presupuestario, que finalmente se transformaría en una ratificación de mínimos, rechazando la vía constitucional y prefiriendo la orgánica.

y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales"). Teniendo en cuenta que la regla de oro aparecía en esencia ya consagrada en anteriores textos europeos, el tratado de 8 de marzo de 2012 no conlleva ninguna trasferencia de competencias adicionales. El instrumento de la ley orgánica será pues la opción tomada en Francia para introducir el mecanismo de la regla de oro¹⁶¹.

Ya sea mediante su constitucionalización o por su incorporación por vía orgánica, la regla de oro ha sido, por decirlo de algún modo, «sacralizada». Se muestra como la única solución a la crisis por la que atraviesa la economía europea y, por tanto, las economías nacionales (y viceversa). Según los textos europeos y, desde luego, también los nacionales, hay que procurar dar una carácter solemne a la regla de oro e imponerla en la ley («grabándola» en un mármol supremo, constitucional u orgánico).

Esta solución no es la más conveniente, aunque su objetivo, la consagración y respeto de la regla de oro, no esté mal como objetivo. Conviene plantear o recordar firmemente el equilibrio presupuestario, su racionalización por un déficit moderado o al menos procurar que esta regla sea respetada. Son varias las soluciones posibles: su inclusión en la constitución como han hecho Italia y España, tras Alemania, y como apunta claramente el tratado europeo; su incorporación mediante una ley orgánica como ha realizado Francia; la protección y garantía de su exigibilidad con independencia de su incorporación en un texto fundamental. Estos «medios»¹⁶² son soluciones posibles, pero no la solución. En efecto, la sola consagración de la regla de oro, sea constitucional u orgánica, no es un fin en sí mismo. Esto no es más que un elemento de un paquete más amplio de reformas a través del concepto y la defensa de una Constitución económica.

Diversos argumentos han sido expuestos en favor de la consagración constitucional de la regla de oro. El primer argumento gira en torno al «señuelo»: los mercados financieros, que piden a los Estados credibilidad para que aquellos puedan prestar con tipos ventajosos. La argumentación es la siguiente: si esta regla se constitucionaliza, será respetada porque la Constitución es la norma suprema que por definición no puede ser lesionada. Es cierto; normas estables, que además ocupan una posición suprema, son una garantía de cara a un espacio económico.

161 Resulta lamentable que haya que esperar una regulación europea vinculante para llevar a cabo una solución que había sido propuesta a nivel nacional varios años antes para resolver el problema de un endeudamiento ya entonces considerado “enorme” y cuya solución era urgente: *Cfr.* proposición de ley orgánica, nº 467, Senado, 15 de julio de 2008, presentada por B. Retailleau.

162 Artículo 3§2 del tratado antes citado.

co cambiante: «las reglas son abstractas y la mayoría de las veces generales; los ataques [por la anticipación de los actores] son concretos e individualizados»¹⁶³. Por tanto, éstas orientan el comportamiento de los agentes económicos¹⁶⁴. Las normas sobre la materia son así generales y duraderas, permanentes¹⁶⁵ con el fin de asegurar estabilidad en una vida económica fluctuante. Es la autosugestión o método Coué constitucional: el equilibrio se conseguirá finalmente si su principio está constitucionalizado. Pero la realidad ha dejado sin validez en más de una ocasión este método: Francia que no ha constitucionalizado esta regla, ha podido obtener créditos a tipos ventajosos mientras que el equilibrio presupuestario aparece desde hace años en textos de naturaleza vinculante (infra); España e Italia que han constitucionalizado la regla no han visto mejorados sus tipos; Alemania gran modelo en la materia ha estado en ocasiones en el banquillo de los mercados. Esto nos conduce precisamente al segundo argumento adelantado para defender la sacralización de la regla de oro, proveniente del derecho comparado. La solución alemana, tomada de la experiencia suiza, lo habría demostrado. Para conseguir el mismo resultado es necesario, por tanto, utilizar el mismo «método»: lo que funciona para unos, servirá necesariamente para otros. Pero el camino del «derecho comparado» es torcido. No sólo los alemanes están lejos del objetivo previsto, sino que además su solución es nacional y federal, esto combinado con condiciones y excepciones que no presagian nada bueno ni asumible aplicado a otro contexto¹⁶⁶: ¿Quid de su aplicación en un contexto nacional, que además es unitario? ¿Quid de su aplicación por otra experiencia jurídica, es decir una cultura jurídica diferente, la mentalidad y la tradición jurídicas particulares tan queridas por P. Legrand¹⁶⁷? Comparación no es razón, sobre todo si impone un

163 B. DEFFAINS, S. FERREY, *Agir et juger, Comment les économistes pensent le droit*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2010, p. 61.

164 *Cfr.* B. DEFFAINS, E. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Bruxelles, 2009, p. 390.

165 *Cfr.* J. M. BUCHANAN, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press, 1991, p. 54-58.

166 *Cfr.* J. GERMAIN, «Le frein à l'endettement en Allemagne», *Gestion et finances publiques*, n°11, noviembre 2012, p. 23 y ss.

167 Entre otros, P. LEGRAND, «Public Law, Europeanisation, and Convergence: Can Comparatists Contribute?», en P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 233 y ss.; «The Same and the Different», en P. LEGRAND, R. MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240 y ss.

esfuerzo adicional para unos países más que para otros¹⁶⁸. Por tanto, la adopción de una solución idéntica en las diferentes experiencias nacionales europeas es lo propio de la armonización, a saber la aplicación de una solución preconizada por el tratado europeo que constituye un tercer y último argumento en forma de obligación. Ésta es, pues, la solución europea adoptada, tomando como fundamento por otra parte, los argumentos anteriores (los Estados miembros se enfrentan a los mercados financieros, tomemos pues la solución de un Estado miembro como modelo). Por más que esta armonización suponga un mayor coste para algunos Estados miembros que para otros, como Alemania¹⁶⁹, está fuertemente apoyada por los principales actores (los mercados financieros) que exigen reglas uniformes en un contexto económico y presupuestario idéntico en el marco de la moneda única¹⁷⁰. Es evidente que hay que alcanzar el mismo resultado por caminos idénticos, especialmente cuando la solución queda en poder de los Estados, ante la falta de una pura y simple trasferencia de competencias a la Unión Europea¹⁷¹. En virtud del principio de primacía de los tratados y del artículo 55 de la Constitución francesa, Francia deberá introducir la regla de oro en su ordenamiento jurídico.

Mediante esta obligación prevista en el artículo 3, el tratado no impone una regla nueva para Francia. Esta regla no es ajena a la doctrina¹⁷² ni al derecho constitucional francés, tanto en su formulación actual como en el histórico¹⁷³. El principio de la regla de oro, impregnado de su sentido original, es decir, como máxima moral, iniciaba la Constitución de 1848. Su preámbulo establecía que «Francia se constituye en República. Al adoptar esta forma definitiva de gobierno se propone como finalidad caminar libremente por la senda del progreso y de la civilización, asegurar un reparto cada vez más equitativo de las obligaciones y privilegios de la sociedad, incrementar el bienestar de todos mediante la

168 “La práctica consistente en adoptar uno u otro derecho como derecho único no ha sido nunca perfecta. Los costes marginales de la adaptación deben ser iguales en los dos países. Advertimos también que cada país debe importar una parte de derecho extranjero. La cooperación implica pues esfuerzos recíprocos que dependen, naturalmente, de los costes de adaptación de cada uno” (B. CRETTEZ, B. DEFFAINS, “Concurrence, harmonisation et unification des législations”, en B. DEFFAINS, E. LANGLAIS (dir.), *op. cit.*, p. 316).

169 *Ibid.*

170 *Ibid.*

171 *Cfr.* P. BOFINGER, J. HABERMAS, J. NIDA-RÜMELIN, “Plus que jamais, l’Europe”, *Le Monde*, 4 de septiembre de 2012.

172 *Cfr.* nota 1.

173 *Cfr.* Ch. WALINE, “Un principe ancré dans l’histoire constitutionnelle et financière”, *RFFP*, 2012, p. 21 y ss.

reducción gradual de los gastos públicos y los impuestos, y conducir a todos los ciudadanos, sin nuevas convulsiones, mediante la acción continua y constante de las instituciones y las leyes, a un siempre más elevado grado de moralidad, conocimiento y bienestar». En 1848, República y presupuesto ajustado iban de la mano. Característica de los presupuestos públicos clásicos: la financiación mediante los impuestos debía garantizar los gastos que no podían ser excesivos, abogando incluso, por la reducción de dos partes del presupuesto. Esta norma no ha permanecido en el tiempo; no se ha incluido en constituciones posteriores. El derecho francés no lo ha convertido en un principio capaz de atravesar las épocas republicanas como la forma republicana de gobierno. Pero la regla de oro se encuentra en numerosos textos franceses, en diferentes niveles y con diferentes formas. Por un lado, la ley impone a los presupuestos territoriales la obligación de respetar el principio de equilibrio, estableciendo, por ejemplo, limitaciones para el endeudamiento¹⁷⁴, con previsión de mecanismos de control y sanción¹⁷⁵. Esto es aplicable igualmente a las finanzas sociales¹⁷⁶ pero ya en un contexto constitucional¹⁷⁷, si bien su aplicación ha sido interpretada de manera flexible¹⁷⁸. Incluso, las cuentas de las campañas electorales se someten a la obligación del equilibrio, con una prohibición estricta de déficit¹⁷⁹, sancionada, en su caso, con la inelegibilidad del candidato. Finalmente, el caso de las cuentas nacionales es más particular. La ley orgánica en materia de legislación financiera (LOLF) ha consagrado diferentes aspectos del equilibrio¹⁸⁰ y el Consejo constitucional haría lo propio desde 1979¹⁸¹, con una interpretación que implicará «una fuerte juridificación de un principio que, hasta ese momento tenía sobre todo un valor político». Podríamos entender, pues, que «el equilibrio presupuestario se encuentra encerrado en un marco jurídico cada vez más desarrollado y especialmente restrictivo por las normas de rango constitucional»¹⁸². Todos los

174 Ley de 2 de marzo de 1982; *Cfr.* artículos L. 1612-4, 1612-6 y 1612-7 CGCT.

175 Artículos L. 1612-8 CGCT y ss.

176 Artículo L200-2 código de la seguridad social.

177 Artículo 34 de la Constitución: «...Las leyes de financiación de la seguridad social determinarán las condiciones generales de su equilibrio financiero y, teniendo en cuenta sus previsiones de ingresos, fijarán sus objetivos de gastos del modo y con los límites previstos en una ley orgánica».

178 Consejo constitucional, decisión n°2001-453 DC de 18 de diciembre de 2001, cons. 20.

179 Artículo L52-12 del Código electoral.

180 El equilibrio presupuestario, financiero y económico. Artículo 1 LOLF.

181 Jurisprudencia de 24 de diciembre de 1979.

182 L. PHILIP, «La constitutionnalisation des règles de présentation de l'équilibre budgétaire », en L. TALLINEAU (dir.), *L'équilibre budgétaire*, Paris, Economica, 1994, p. 49. *Cfr.* también M. Houser, «La cons-

principios presupuestarios participan del equilibrio, como el de honestidad que se caracteriza precisamente «por la falta de intención de falsear las grandes líneas del equilibrio»¹⁸³.

Podemos considerar, así, que la sacralización de la regla de oro es excesiva. Como se ha adelantado, ésta examina el conjunto de los presupuestos públicos franceses con el fin de depurarlos. Pero esto no es suficiente. Lo demuestran los límites expresos con los que se encuentran los textos actuales que no consiguen contener los déficits públicos. Peor aún: la inclusión en la Constitución de una regla de oro convertida en «plomo»¹⁸⁴ tendría pocas posibilidades ante la situación actual de eclosión de propuestas; debilitaría incluso la Constitución al transformarla en un texto «encantado». Se añadiría al edificio constitucional una piedra adicional, decorativa, sin alcance real alguno, haciendo más frágil este edificio y su fundación: la sede de la democracia parlamentaria y financiera.

Antes de considerar una constitución económica para Francia que, teóricamente, debería incluir una serie de reformas, éstas podrían constituir una primera etapa, previa a la constitución económica, por motivos ligados al momento y a la urgencia de la situación económica y presupuestaria.

Las anteriores y actuales propuestas contemplan el control del respeto al equilibrio por parte del Consejo constitucional. No obstante, en este nuevo juego institucional se podría introducir al Tribunal de Cuentas.

Una primera posibilidad podría consistir en sustituir el Consejo constitucional por el Tribunal de Cuentas en la apreciación – jurisdiccional – del equilibrio presupuestario – si dejamos al margen la intervención consultiva del Consejo Superior de Finanzas Públicas prevista por ley, por cierto, orgánica. El Tribunal de Cuentas tiene sobrada capacidad para cumplir esta tarea. Evalúa las políticas públicas, emite dictámenes y los informes que le soliciten, certifica las cuentas. Tan sólo habría que completar su papel constitucional ya consagrado por el artículo 47-2 de la Constitución. Esta institución emite siempre juicios garantizando la eficacia de las normas y su aplicación. Pero el control del poder presupuestario en este contexto sería casi un golpe de estado constitucional, especialmente porque se le atribuiría el control de una ley, la ley de presupuestos, al Tribunal de Cuen-

titutionnalisation de l'équilibre budgétaire, une avancée en demi-teinte”, *RFFP*, n° 105, 2009, p. 225-236. Podemos preguntarnos también por el carácter vinculante de este principio que finalmente falta (Cfr. *infra*).

183 Cons. const. 2001-448 DC, 25 de julio de 2001, *Journal officiel* de 2 de agosto de 2001, p. 12490, cons. 60.

184 G. CARCASSONNE, “L'équilibre budgétaire ou les incertitudes constitutionnelles de la vertu”, *La Revue du Trésor*, n° 10, octubre 2008, p. 710.

tas. Si este control se realiza en virtud de una regla de oro constitucionalizada, el monopolio constitucional del Consejo constitucional derivado del artículo 61 de la Constitución sería claramente vulnerado. Con la nueva función de la cuestión prioritaria de constitucionalidad («QPC»), el Consejo constitucional es casi un tribunal supremo. Pero no lo es.

Partiendo de esta constatación podemos contemplar una segunda hipótesis que consistiría en hacer del Consejo constitucional un verdadero Tribunal Supremo, a partir de dos propuestas. En primer lugar, el Consejo convertido en Tribunal sería la última instancia decisoria y, por tanto, la tercera institución que se beneficiaría de la asistencia del Tribunal de Cuentas, junto al Parlamento y el Gobierno¹⁸⁵. Por otra parte, una solución alternativa podría residir en crear una cámara presupuestaria en el Consejo convertido en Tribunal.

Una segunda propuesta consistiría, de forma alternativa o paralela a la primera, en instaurar una QPC de tipo presupuestario en el seno del Tribunal de Cuentas, una especie de reenvío prejudicial del Consejo al Tribunal de Cuentas, siguiendo el modelo de la Unión Europea: el Consejo plantea una cuestión al Tribunal de Cuentas sobre el respeto al equilibrio, asumiendo su respuesta en la resolución definitiva. Salvadas las apariencias –el Consejo no es suplantado por el Tribunal de Cuentas–, se mantienen las competencias, incluso se aprovechan– el Tribunal de Cuentas es de las raras instituciones que tiene las facultades requeridas para este tipo de decisiones. Se plantea, sin embargo, el problema relativo al momento del control. Si se produce antes de la votación del presupuesto (proyecto inicial de ley de presupuestos), intervendría demasiado pronto, evaluando sólo previsiones que por definición van a ser modificadas. Si al contrario se produce tras la ejecución (ley de ejecución), intervendría demasiado tarde. Su intervención podría ser contemplada en diferentes momentos: en el seno del control a priori de la ley de presupuestos; durante su ejecución; o más drástico siguiendo el modelo americano de prohibir el endeudamiento del gobierno cuando ha alcanzado un determinado umbral.

Pero hasta ahora se ha propuesto reformar un poco, mucho o muchísimo una «cabeza de alfiler», a saber una parte del procedimiento presupuestario. La reforma «a la mínima» es la de prever la intervención del Consejo constitucional por un lado, o crear una nueva categoría de leyes de presupuestos plurianuales, por otro. El segundo nivel de reforma es institucional y afecta al Consejo Constitucional posiblemente secundado por el Tribunal de Cuentas en la definición de un presupuesto

185 Se propone pues, reformar no sólo el Consejo sino también el artículo 47-2 de la Constitución.

que, en última instancia, no procede ya evidentemente del poder presupuestario. El tercer nivel de reforma trasformaría al Consejo en Tribunal Supremo que, en todo caso, suplanta los poderes presupuestarios tradicionales, que ya no decidirán sobre el presupuesto o por lo menos sobre las medidas que irritarán a los electores como contribuyentes.

Estos podrían ser los primeros pasos hacia una reforma, los primeros elementos constitucionales de respuesta a la crisis económica y al déficit. Pero no son más que soluciones institucionales. Ahora bien, en esencia, (ya) se han sugerido algunos caminos para la reforma o se han realizado. Es el caso de la plurianualidad, presente en el Informe Camdessus. Es necesario, como se ha indicado, dibujar perspectivas para varios años que deberán ser reconsideradas todos los años en las leyes de presupuestos. Porque sólo las leyes de presupuestos (anuales) tienen carácter vinculante; las leyes plurianuales no lo tendrán. Dicho de otro modo, no serán aplicables. ¿Por qué, entonces, no se reforma el principio de anualidad? ¿Por qué no se reforman también el resto de principios presupuestarios? Es compartido que todos los principios presupuestarios contribuyen al equilibrio y que todos se definen más por sus excepciones que por la regla. Tomemos, pues, la solución en el sentido contrario a la práctica y reinstauremos principios presupuestarios saludables a falta de una reforma definitiva. Los principios rigen un procedimiento presupuestario, cuyas grandes líneas han sido trazadas desde hace décadas, incluso siglos. Es igualmente compartido que la lógica que orienta la adopción y ejecución del presupuesto ha evolucionado: la LOLF incorporaría la lógica gestora pero ésta ya ha quedado desfasada y es la cultura financiera la que precisa una entera refundación¹⁸⁶. Varios caminos pueden ser explorados: simplificar el procedimiento, incorporar el Consejo constitucional y/o (realmente) el Tribunal de Cuentas, introducir una (auténtica) fase europea de control previo del presupuesto.

Vayamos más lejos asumiendo modelos extranjeros sobre la exigencia de responsabilidad a los actores presupuestarios, es decir, a quienes deciden los presupuestos: los políticos. Italia ha adoptado una serie de medidas, legislativas, reglamentarias y constitucionales, extrayendo las consecuencias de la crisis de sus finanzas públicas y de sus compromisos europeos, mientras intenta profundizar en su regionalismo¹⁸⁷. La ley sobre el federalismo fiscal nº42/2009, junto a uno de sus decretos de apli-

186 M. BOUVIER, "La 'règle d'or' des finances publiques a-t-elle un avenir?", *RFFP*, 2012, p. 135 y ss

187 El artículo 119 de la Constitución modificado en 2001, completado por la ley sobre el federalismo fiscal (2009) y puesta en práctica mediante decretos (2011- otoño 2012).

cación¹⁸⁸, están destinados a establecer una auténtica responsabilidad política. En concreto, el decreto requiere a los representantes regionales salientes la elaboración de un informe final de mandato al menos 90 días antes de las nuevas elecciones que luego será publicado en internet¹⁸⁹. El informe debe contener de manera general el balance financiero y presupuestario de su mandato, y en particular los resultados de controles internos, las eventuales observaciones del Tribunal de Cuentas, la situación económica y financiera, en particular del sector sanitario y la certificación de las cuentas regionales¹⁹⁰. Si se constata «una grave infracción financiera», esta constituye «una violación grave de la ley» y en ese caso, se produce la disolución del Consejo regional por Decreto del Presidente de la República¹⁹¹. El presidente del consejo regional destituido es inelegible para cargos electos a nivel local, regional, nacional y europeo durante un periodo de 10 años¹⁹². Un régimen similar se ha previsto para los cargos electos municipales y provinciales¹⁹³ así como para los funcionarios encargados de las cuentas públicas territoriales¹⁹⁴. También se han previsto sanciones financieras. En Italia, el Estado fija con los entes territoriales (regiones, provincias y municipios) un pacto de estabilidad interno que define, sobre el modelo europeo y en aplicación de los compromisos europeos adoptados por Italia, los objetivos económicos y financieros de cada entidad pública. En caso de violación del pacto, se aplican e imponen sanciones a los entes territoriales, cuyo importe es fijado a prorrata del desequilibrio comprobado¹⁹⁵.

En suma, el fracaso financiero conduce al fracaso político. La regulación italiana tiene, por cierto, el mérito de poner a los responsables políticos y, por tanto, presupuestarios ante su responsabilidad. Pero, por retomar un «leitmotiv» instaurado desde la LOLF en Francia, ésta confunde la lógica política y la lógica de gestión, pidiendo a sus políticos que sean expertos¹⁹⁶. Tiene sin embargo también el mérito de plantear la cuestión de la responsabilidad, o más bien la sanción de la regla de oro. Igual análisis puede extraerse del actual proyecto de ley de descentralización y

188 Decreto p.r. 149/2011.

189 15 días en caso de disolución anticipada del Consejo regional (Cfr. artículo 1 del decreto).

190 Artículo 1, §4 del decreto.

191 Artículo 2 §2.

192 Artículo 2§2.

193 Artículos 4 y 6.

194 Artículo 3.

195 Artículo 7.

196 Podemos, por otra parte, plantear la cuestión sobre la gestión de un presupuesto local en déficit crónico que heredan responsables recientemente elegidos y de la que serían lógicamente responsables si no consiguen enderezar las cuentas.

de la reforma de la acción pública, al menos en su primera versión, que contempla sanciones financieras – desproporcionadas con respecto a la solución italiana. Pero la versión actual de la reforma parece que abandona esta solución para optar por fortalecer la información financiera de la asamblea deliberante local (título V del proyecto de ley). Se puede, no obstante, destacar un caso particular: el de la responsabilidad financiera de las colectividades derivada de un incumplimiento del derecho comunitario que les sea finalmente imputable¹⁹⁷.

Hay mucho por hacer. La regla de oro no es más que una etapa, quizás la primera. La vía elegida por Francia ha sido la de incorporar la regla de oro en una ley orgánica, aunque distinta de la LOLF, cuando una reforma en profundidad de ésta podría haberse contemplado. Aunque «revolucionaria» por los principios que introdujo, la LOLF ya no es adecuada. La nueva gestión pública no logra encauzar los déficits. La eficacia y la rentabilidad no son suficientes para reducir los gastos. La vía de la ley orgánica es un mal menor, pero sigue siendo incompleta en un doble sentido: no muestra una visión general de las finanzas del Estado ni del conjunto de las administraciones francesas. Aunque el último proyecto de reforma se refiere a la actuación del Estado y de las colectividades territoriales, su alcance sigue siendo limitado y sólo aporta soluciones individualizadas. Por esta razón se propone establecer un marco más general a nivel constitucional.

No se trata aquí de proponer que una reforma («reformita») de la Constitución baste como solución suficiente. Se puede plantear también una reforma de algunas disposiciones de la Constitución, sin pretender, sin embargo, aportar una solución global a los diversos males de la sociedad, la economía y las libertades en Francia¹⁹⁸. Lo que se ha propuesto, en cambio, es hacer de la Constitución un lugar común de soluciones inconexas, en particular partiendo de su aspecto económico.

La «constitución económica» de Francia estuvo diseñada durante mucho tiempo por la Orden de 2 de enero de 1959, después la LOLF de 1º de agosto de 2001. La LOLF hoy tiene como objetivo establecer los grandes principios presupuestarios, determinando el papel de cada institución. En suma, es a la vez una constitución formal y una constitución material de las finanzas públicas. La Constitución de 4 de octubre de 1958 contiene algunas disposiciones de carácter financiero y presupuestario, pero no contempla un título como tal sobre la organización de las finanzas públicas. La Constitución de Weimar constituiría un primer modelo, en la medida

197 Artículo 105 del proyecto de ley incluyendo un nuevo artículo L. 1511-1-2 sobre CGCT.

198 Consejo de ministros de 13 de marzo de 2013 - <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/reforme-de-la-constitution>.

en que permitió definir una constitución económica para Alemania, una «Constitución [...] dedicada a poner a la vez los cimientos del orden político, del orden económico y del orden social»¹⁹⁹. La Constitución económica ha sido así calificada de «base jurídica fundamental del funcionamiento del sistema económico [...], el ordenamiento jurídico estructurador del sistema económico»²⁰⁰.

Varios argumentos pueden utilizarse para defender una Constitución económica para Francia: al incluir la Constitución presupuestaria, permitiría definir el orden económico. Un instrumento constitucional se muestra, en primer lugar, necesario para las finanzas públicas, tanto más si su carácter vinculante es perfeccionado por mecanismos de control y sanción. La obligatoriedad debe ser pues dispuesta para evitar el «el espejismo» que desacreditaría el texto supremo²⁰¹. La eficacia de la norma es su garantía; su control por un juez o por un comité de expertos, su instrumento. El instrumento constitucional permite en segundo lugar, aglutinar el conjunto de las finanzas públicas y dotarlas de un marco general más amplio que el demasiado limitado e inadecuado en que se ha convertido la regulación orgánica. Disposiciones constitucionales ya existen en relación a la seguridad social o a las finanzas del Estado. Pero una Constitución económica tendría la ventaja, entre otros aspectos, de armonizar todas las cuestiones de la financiación pública ante la regulación del equilibrio. Así, un texto de igual valor conllevaría las mismas obligaciones para todas las administraciones públicas, incluida la financiación local: Estados federales y regionales lo han hecho; el autogobierno de las entidades territoriales francesas no se vería lesionado, al contrario. Permitiría, en último lugar, refundir disposiciones dispares, tanto constitucionales como legales o reglamentarias, insertándolas en un conjunto coherente. Éste último podría adoptar la forma de nuevo título en la Constitución.

Se ha objetado que la Constitución económica conlleva una opción social claramente orientada hacia el neoliberalismo²⁰² que impediría al legislador definir el contenido de las políticas públicas²⁰³. En definitiva, la neutralidad económica de la Constitución debería garantizarse para preservar a su vez la soberanía del legislador en materia presupuestaria. Ahora bien, el legislador nacional ya se ha desprendido de su poder presupuestario sin aportar soluciones a los déficits públicos actuales. Además, las denominadas constituciones neutras han mostrado Estados interven-

199 H. RABAULT, «La constitution économique de la France », *RFDC*, 2000, p. 713.

200 *Ibid.*, p. 709.

201 *Ibid.*, p. 713; J. M. BUCHANAN, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order, op. cit.*, p. 40.

202 M. TIRARD, *op. cit.*

203 *Ibid.*

cionistas, en contra de lo dispuesto por el derecho constitucional económico²⁰⁴. Por otra parte, controlando, por así decirlo, a ciegas, sin una norma precisa de referencia, el juez se encuentra privado de todo poder real de control²⁰⁵. En fin, la tan requerida credibilidad financiera –y por tanto política– del Estado pasa necesariamente por la limitación del poder soberano²⁰⁶, ya de por sí afectado por la participación de Francia en la moneda única. Si la Constitución francesa se abre a la Unión mediante la inclusión de un título nuevo²⁰⁷, ¿por qué no debería hacerlo a su participación en la moneda única e, incluso, en un sentido más amplio a un orden y a unos principios económicos más generales? Podemos considerar además, con el profesor Rabault, que «si aceptamos la idea de que el derecho comunitario contiene una constitución económica, es evidente que debido a la neutralidad de la constitución nacional, el problema del contenido de la constitución económica de Francia, en el sentido material del término, se desplaza hoy desde el nivel nacional al nivel comunitario»²⁰⁸. La participación en la primera, la Unión Europea, implica necesariamente la segunda, la Unión Económica y Monetaria, pero ésta conlleva no sólo obligaciones concretas, sino además otros textos al margen de la UE²⁰⁹. En el contexto particular de la crisis financiera, el soberano debe ser limitado. No se trata de una limitación de principio, sino funcional, en la medida en que los tradicionales mecanismos presupuestarios no son ya suficientes. Materialmente, el poder presupuestario ya no asegura, –o no asume– más presupuestos equilibrados. Es necesario pues contar con los medios que permitan unas finanzas públicas saneadas, respetuosas con las medidas económicas, financieras y, por tanto, fiscales que no descansen exclusivamente en los contribuyentes. Hoy razonamos con arreglo a limitaciones que deben imponerse a los presupuestos²¹⁰ –la regla de oro es una muestra ilustrativa. Un instrumento para esta limitación se encuentra ahora en la Constitución o en otro tipo de disposición «cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales»²¹¹. El constitucionalismo se ha construido a partir de la limitación de la soberanía y la afirmación de los derechos y las

204 H. RABAULT, *op. cit.*, p. 714 y ss.

205 *Cfr.* H. RABAULT, *op. cit.*, p. 709.

206 *Cfr.* B. DEFFAINS, S. FERREY, *op. cit.*, p. 39.

207 Título XV, desde la ley constitucional nº 92-554 de 25 de junio de 1992 (incorporando a la Constitución un título : “De las Comunidades europeas y de la Unión europea”).

208 H. RABAULT, *op. cit.*, p. 714 y ss.

209 *Cfr.* el Tratado crea el mecanismo europeo de estabilidad (MES) de 2 de febrero de 2012.

210 J. M. BUCHANAN, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, *op.cit.*, p. 40 y 54.

211 Artículo 3§2 del tratado antes citado.

libertades. Dirigido en su origen al poder político, el poder presupuestario nacional podría someterse igualmente a limitaciones similares o al menos a una redefinición de los perfiles de su soberanía, en nombre de unos impuestos medidos, y de una presión fiscal claramente definida. El constitucionalismo contemporáneo se está pues renovando mediante la afirmación de derechos y libertades de nuevo cuño en materia económica, no ya a través de la búsqueda del «bienestar de cada uno»²¹², sino de la satisfacción del contribuyente²¹³.

Resumen:

Este artículo estudia la dimensión del Estado francés y de su Administración pública desde una perspectiva evolutiva. En concreto, realiza una descripción y un análisis de sus principios jurídicos definitorios y observa cómo han resultado afectados por la crisis económica. Concluye postulando la necesidad de una reforma de la constitución económica francesa.

Palabras Clave: República francesa, Constitución, Administración pública, Crisis, Reformas.

Abstract:

This paper studies the dimension of French state and its public administration from an evolutionary perspective. In particular, it makes a description and analysis of its fundamental legal principles and see how they have been affected by the economic crisis. It concludes by postulating the need for reform of the French economic constitution.

Keywords: French Republic, Constitutions, Public Administration, Crisis, Reforms.

Recibido: 17 de diciembre de 2013

Aceptado: 19 de marzo de 2014

212 Preámbulo de la Constitución de 1848 antes citado.

213 O. BARGAIN, "Etre taxés nous rend heureux", *Le Monde*, 25 de febrero de 2012.

Artículos

POR UN CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EUROPEO. UN MARCO JURÍDICO-POLÍTICO INSUFICIENTE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SOCIAL EUROPEA*

JOSE LUIS MONEREO PÉREZ**

A la memoria del admirado Profesor Nicolás María López Calera

SUMARIO:

1. Premisa: El marco de la globalización, la crisis económica y el nuevo orden internacional.
2. Constitucionalismo social y Estado Social de Derecho. Democracia sustancial y derechos fundamentales.
3. Significado y alcance de los derechos garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales y en el sistema de los Tratados de la Unión Europea.
4. Las consecuencias de una Constitución económica de la Unión Europea que se impone de manera determinante al constitucionalismo social.

“Permitir que el mecanismo del mercado dirija por su propia cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad”

Karl Polanyi¹

La materia a tratar es de gran actualidad, pues remite al papel que desempeña el constitucionalismo social en la construcción de la ciudadanía social en el marco de la Unión Europea, y que título “Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social”. Versa,

* Este trabajo se corresponde básicamente con la lección impartida en la festividad de San Raimundo de Peñafort, 2013, en la Facultad de Derecho de Granada.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada.

1 K. POLANYI, *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Presentación y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1989, pág. 128.

pues, sobre una cuestión central y polémica para nuestra existencia en una sociedad democráticamente constituida y organizada.

La misma enunciación del tema implica, por otra parte, una tesis problemática y no exenta de polémica, a saber: El constitucionalismo democrático-social en los Estados nacionales avanzados, impulsado especialmente a partir de la Segunda Postguerra Mundial, y que permitió el control político de la economía y la garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía y de los bienes públicos, está siendo desplazado radicalmente –aunque paulatinamente para hacerlo más asumible y aceptable por la sociedad– por un constitucionalismo débil de tipo neoliberal (post-social) que subordina la Constitución social a las exigencias maximalistas de la Constitución económica. Ese proceso transformador, significativamente, es impulsado en el momento presente por las instituciones políticas de la Unión Europea. Por otra parte, esta decisión político-jurídica se ha visto sin duda facilitada por el persistente déficit democrático de la Unión y, en relación a ello, por un marco normativo y político insuficiente para la garantía de los derechos fundamentales, y, en particular, los derechos sociales. Se constata, asimismo, el predominio de la Constitución económica material que se impone sobre esa subalterna y debilitada Constitución social dentro del Sistema de los Tratados de la Unión. De manera que el principio de mercado (razón económica selectiva) prevalece sobre el principio de comunidad (razón social general, redistributiva y participativa). Todo ello sin dejar de reconocer que se han producido ciertos avances importantes en la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo.

1. PREMISA: EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN, LA CRISIS ECONÓMICA Y EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL

Sirva como presupuesto la llamada de atención sobre el contexto problemático de la globalización y la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desorganizado, con un desarrollo desequilibrado orientado al mercado y la reducción de la acción política y la regulación jurídica moderna al principio de mercado. Más allá de la retórica al uso, esta centralidad del mercado ha puesto en cuestión la consideración del Derecho como instrumento de la transformación social democráticamente legítima. El periodo actual es un periodo de transición, en el cual los momentos de destrucción (que predominan) y los de creación se suceden unos a otros a un ritmo extraordinario sin dejar, todavía, tiempo para momentos de estabilización y consolidación significativa. En ese contexto, lejos del pesimismo cínico (crítica de la razón cínica) hay que afirmar, haciendo valer la ética de la responsabilidad, de la convicción y de la autenticidad del jurista crítico

(que no son incompatibles, porque pueden conciliarse dirigiendo la acción), que si el futuro no está escrito inexorablemente, es necesario preocuparse por estos asuntos rememorando y poniendo en práctica lo que siempre ha sido el sentido de la lucha por el Derecho en el orden democrático emancipador.

A partir de la década de los setenta se han producido transformaciones cualitativas que inciden en la Constitución material de las sociedades europeas. Han desaparecido los presupuestos fundamentales de los Estados Sociales nacionales, por un lado, y por otro, se constata el declive, igualmente, de los presupuestos fundamentales del orden económico y social que fueron la base del compromiso democrático-social keynesiano subyacente a la creación del Estado Social evolucionado implantado en la postguerra mundial. El capitalismo se ha globalizado, y el capital y las grandes empresas que operan a escala global tienden a sustraerse al control de la política democrática (aunque, visiblemente, no respecto a toda política de intervención pública). Este es el nuevo escenario del poder en Europa, con una mutación –un viraje– en las relaciones entre el poder público y el mercado en un sentido de racionalidad instrumental completamente distinto al que era configurado en el marco del constitucionalismo democrático-social, porque sitúa en dependencia jerárquica y hegemónica al poder público respecto al mercado.

La globalización plantea nuevos retos a la tradición del constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho, tanto a nivel de los Estados nacionales como en su propuesta de extensión a la Unión Europea, como un nuevo espacio geopolítico definido. El poder (político y socio-económico) adquiere dimensiones transnacionales y no es absolutamente independiente de las grandes potencias estatales. Dominan el escenario mundial las grandes potencias estatales (es decir, un reforzamiento de la soberanía de los Estados de potencia mundial) y los grandes poderes económicos transnacionales. Se debate sobre la necesidad de un nuevo orden internacional ante el declive relativo de las soberanías nacionales y sobre la construcción de formas de constitucionalismo supranacionales para hacer frente a nuevo contexto de economía globalizada. Se habla de la crisis del Estado, de crisis de la soberanía nacional y de la crisis de la democracia en la era de la globalización. Se habla igualmente de un constitucionalismo supranacional, más allá del Estado, que entraña la ruptura del esquema clásico –y tradicional– Estado nacional/Constitución. También de la contraposición entre un constitucionalismo débil y un constitucionalismo democrático-social fuerte y garantista.

El proceso de integración europea es bien significativo de las aporías en la que se encuentran hoy inmersos los conceptos fundamentales de la teoría política y jurídica y del predominio de las realidades constitucionales sobre sus formalizaciones jurídicas.

cas. La impresión general es que prácticamente todas las categorías fundamentales de la ciencia política, del Derecho Social del Trabajo y del Derecho Constitucional están siendo puestas decididamente en cuestión en la era de la globalización. Lo que puede hacerse extensivo a prácticamente todas las disciplinas de las ciencias sociales.

El mismo proceso de integración europea no es, evidentemente, ajeno a esta nueva fase de la mundialización. Hunde sus raíces, como se sabe, en un complejo de causas diversas, pero la Unión Europea se ve inmersa –mostrando una gran impotencia– en un entorno profundamente cambiado desde los orígenes de la construcción del proyecto europeo. Ese nuevo espacio político y jurídico hasta el momento sólo ha sido capaz de ofrecer una respuesta insuficiente ante la globalización y la exigencia de reforzar el sistema democrático y los derechos sociales de ciudadanía consustanciales a la tradición europea del constitucionalismo democrático-social.

Las transformaciones actuales en la nueva fase de mundialización, que conocemos como globalización, exigen una revisión –o incluso puesta en cuestión– del sentido del proceso de racionalización propio de la modernidad de las sociedades contemporáneas. A la par que quedaría seriamente cuestionada la función del constitucionalismo democrático-social (y su fórmula política de Estado Social de Derecho, que no ha llegado a cristalizar plena y operativamente en ámbitos geopolíticos transnacionales) como elemento de integración social y política², o incluso no menos significativamente, como instrumento de emancipación social³.

2 H. HELLER, *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar, “La teoría político-jurídica de Hermann Heller” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004, espec., capítulo III. III. 1. (“La función Social del Estado”), y III.II. 6 (“El Derecho como condición de la unidad estatal”); J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 1998, capítulo II. III (“Parsons vs. Weber: la función sociointegradora del derecho”). Puede consultarse, J. L. MONERO PÉREZ, *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2009; *íd.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid Consejo Económico y Social, 1996.

3 Véase A. MÉNGER, *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición y estudio PRELIMINAR, “Derechos Sociales y Estado Democrático Social en Anton Menger” (pp. XI-LXXVIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, 2004, espec. Capítulo I (El derecho al producto íntegro del trabajo, el derecho a la existencia y el derecho al trabajo), capítulo XIII (“El derecho al producto íntegro del trabajo y las formas de la propiedad”) y Libro Cuarto (“Paso del Estado actual al Estado democrático del trabajo”); J.L. MONERO PÉREZ: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., capítulo 4 (“Derecho social, socialismo democrático y Constitución jurídica de la clase trabajadora”), y actualmente, SANTOS, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Nota introductoria de Carlos Lema Añón, Madrid, Ed. Trotta, 2009, espec., Tercera Parte (“Derecho y emancipación social”).

Con todo, las herramientas conceptuales del Estado-nación soberano están siendo replanteadas y redefinidas en el nuevo contexto del sistema mundo, lo que se manifiesta, entre otras expresiones, en la relativa pérdida de autonomía para adoptar determinadas decisiones fundamentales respecto al gobierno político interno y externo del Estado. De este modo muchas categorías elaboradas en torno al principio de soberanía estatal (como el poder constituyente, el monismo jurídico, la norma fundamental, jerarquía normativa, seguridad jurídica, etc.) están siendo objeto de una transformación interna de sus contenidos y funcionalidad. Pero junto a la devaluación de ciertas categorías políticas clásicas emergen otras derivadas de las exigencias vinculadas, a su vez, a las nuevas formas de intervención económica y social que tal proceso de globalización requiere, porque es manifiesto que los Estados nacionales son todavía indispensables para estructurar el orden internacional actual. La crisis económica y político-institucional a escala mundial, con la puesta en cuestión del modelo de capitalismo tal como lo conocemos actualmente, evidencia esa realidad política del carácter no suprimible de los Estados nacionales (ante todo de las grandes potencias estatales) en el horizonte de una intensa mutación de los equilibrios que presiden hoy el sistema de relaciones internacionales. El fenómeno de la globalización ha acrecentado un elemento ya presente en épocas pasadas, consistente en que la seguridad tiende a escapar de modo progresivo de la soberanía de los Estados nacionales. La seguridad global, exponente cualificado de la sociedad del riesgo del mundo contemporáneo, exige nuevas procedimientos de intervención y regulación pública.

En una línea de discurso crítico se está acometiendo una crítica al sistema actual de relaciones internacionales y al modelo vigente de Derecho Internacional. La evaluación se dirige, por lo que aquí más interesa, al modelo vigente de globalización neoliberal que actúa como un mecanismo que disuelve al sistema democrático a favor de un orden internacional dominado por las grandes potencias estatales (incluido el recurso discrecional a la guerra) y por las grandes empresas multinacionales

Es de realzar, en este contexto, el agotamiento sistemático de la forma política del Estado-Nación (y también la puesta en duda de la consideración del Derecho como condición de la unidad estatal), con la creciente pérdida de su tradicionalmente afirmado monopolio del uso de la violencia legítima dentro de un espacio territorial acotado y las dificultades de redefinición y adaptación estatal ante la crisis de gobernanza político-económica y social en el contexto de una sociedad del riesgo global; y la paulatina disolución del paradigma político-jurídico liberal, pero en el marco de un capitalismo desorganizado⁴. Ciertamente, el espacio-tiempo del Estado

4 Puede consultarse, R. JESSOP, *El futuro del Estado capitalista* (2002), Introducción de Juan Carlos Monedero, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008, capítulo 3 (“El Estado competitivo schum-

nacional está perdiendo la primacía absoluta debido a la creciente importancia de los espacios-tiempo globales y locales que concurren y en parte compiten con él. Esta desestructuración del espacio-tiempo del Estado nacional conlleva una transformación constante y sin dirección estable y totalmente predeterminada del espacio de la política. Pero sin olvidar que, hoy por hoy, los Estados de potencia mundial son los principales agentes impulsores de la globalización.

La crisis económica –cuyas causas, bien conocidas, derivan del modelo de capitalismo especulativo, de rapiña, que ha imperado en las últimas décadas⁵– está siendo aducida como fundamento para un desmantelamiento sistemático de los derechos sociales fundamentales que han venido estando garantizados en el constitucionalismo social de los Estados europeos más avanzados desde la segunda post-guerra mundial. Se había tratado de extender ese modelo de constitucionalismo

peteriano”) y capítulo 7 (“¿Hacia regímenes *posnacionales* de trabajo schumpeterianos?”); U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Buenos Aires, 1998, espec., Parte Primera (“Sobre el volcán civilizatorio: Los contornos de la sociedad del riesgo”); y J. HIRSCH, *Der Nationale Wettbewerstaat*, Berlín, Id-edition, 1995; H. HED, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997, espec., Segunda Parte (“Análisis: La formación y el desplazamiento del Estado moderno”); D. ZOLO, *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobernó mundial*, Barcelona, Eds Paidós, 2000, espec., capítulos 1 (“El modelo cosmopolita de la Santa Alianza”) y 4 (“La *civitas máxima* y del derecho cosmopolita”); *id.*: *Globalización. Un mapa de problemas*, Bilbao, Eds. Mensajero, 2006, espec., capítulos 3 (“La economía global”) y 6 (“El espacio jurídico global”); B. de S. SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Nota introductoria de Carlos Lema Añón, Madrid, Ed. Trotta, 2009, espec., Primera Parte, capítulo 1 (“La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental”), capítulo 2 (“El pluralismo jurídico y las escalas del derecho: lo local, lo nacional y lo global”), y Segunda Parte, capítulo 6 (“La globalización, los Estados-nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecumene jurídica?”); J. HABERMAS, *La Constitución de Europa*, Madrid, Ed. Trotta, 2012, págs. 78 y sigs. La visión de un constitucionalismo y de un Estado mundial, expresión máxima de la supremacía del Derecho Internacional sobre los Derechos nacionales, había sido defendida por Kelsen. Puede consultarse, H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, edición y estudio preliminar, “Los fundamentos del Estado Democrático en la teoría jurídico política de Kelsen” (pp. XXI-CLXXXV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002; *id.*: *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, edición y estudio preliminar “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, 2002; *Id.*: *Principios de Derecho Internacional Público*, trad. cast. de H. Caminos y E. C. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2013.

5 Aunque este tipo de capitalismo ya tuviera antecedentes en el primer tercio del siglo veinte, como pudo anticipar lúcidamente T. H. VEBLEN, *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Trípoli, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009.

social al ámbito de la integración europea, dotando a la Unión Europea, con carácter integrador, no sólo de una Constitución económica, sino también de una Constitución social garantista. Como indicaré después, ese proceso de constitucionalización en curso, es incompleto y adolece de relevantes limitaciones.

Pero, en relación a esto último, lo que resulta altamente significativo, ya en una primera aproximación, es que las grandes iniciativas que ponen seriamente en cuestión la tradición del constitucionalismo social de los Estados Sociales europeos provienen no sólo de los gobiernos nacionales, sino ante todo de decisiones políticas imperativas de instituciones de gobernanza económica de la Unión Europea. Es la autoridad política supranacional la que, aduciendo la defensa del modelo económico comunitario (presidido actualmente por la centralidad del mercado interior y de sus exigencias de funcionamiento), procede a realizar supuestas reformas modernizadoras y racionalizadoras del autodenominado modelo social europeo que en un sentido, paradójico sin duda, entrañan la redefinición de la forma política del Estado social de Derecho hacia la forma Estado de competencia económica o Estado mercado (un Estado que hace prevalecer la lógica económica sobre la lógica social) y la re-mercantilización de los derechos sociales. En términos constitucionales se promueve una transformación de la Constitución democrático-social garantista del trabajo hacia una Constitución social flexible y debilitada del trabajo enteramente subordinada (subalterna) respecto de la Constitución económica fuerte de orientación neoliberal. Esa transformación está convirtiendo en irreconocible nuestro modelo de sociedad.

Esa afectación a las categorías constitucionales se rubrica y plasma en la práctica en la aplicación de políticas que suponen restricciones radicales de derechos y que sitúan o colocan a la sociedad al servicio de los intereses de las fuerzas económicas que dominan los mercados, y no viceversa. Así se recortan derechos sociales como el derecho al trabajo y condiciones de trabajo dignas, derechos de pensión, sanidad, desempleo, educación, etcétera, mientras que, por el contrario, se expanden los recursos económicos públicos en favor de la recuperación de la rentabilidad del capital financiero y de las grandes empresas (redistribución a la inversa). Se pone en cuestión el sistema de valores que formalmente no sólo proclaman las constituciones nacionales sino también el Sistema de los Tratados de la Unión (Título I del Tratado de la Unión Europea) y su misma Carta de los Derechos Fundamentales (Preámbulo), pues el funcionamiento de la Unión y de todos los Estados miembros ha de estar presidido por los principios de la democracia y del Estado Social de Derecho, y no por las exigencias preferentes de un mercado interior europeo. En otras palabras, es el mercado común el que tiene necesariamente que estar sometido a las necesidades

de una sociedad democrática, y no a la inversa. El mercado tiene que ser el sustento de la sociedad y estar, por tanto, al servicio de la satisfacción de las necesidades de ésta democráticamente formuladas. Esto evidencia, de nuevo, que estamos en una época en la que tras la ideología jurídica liberalizadora subyace un fuerte nihilismo jurídico-económico, y más específicamente un nihilismo del mercado.

Se comprenderá, pues, que la crisis de la Unión Europea no es sólo una crisis económica, sino ante todo y más precisamente una crisis político-institucional y de valores fundamentales. Todos los derechos fundamentales sin excepción son la cristalización de valores sobre los que se construyen las sociedades democráticas. Todo contrato social para Europa tendrá que partir de su necesario respeto. El modelo de construcción europea ha de ser nuevamente discutido y diseñado, pues de lo que se trata es de evitar el hundimiento de los valores del constitucionalismo democrático-social europeo. “La crisis –dice Antonio Gramsci– es el momento en el que el viejo orden se extingue y es preciso luchar por un nuevo mundo venciendo resistencias y contradicciones”⁶. El Parlamento Europeo y Comité Económico y Social Europeo han advertido que “la crisis financiera y económica ejerce una presión negativa considerable sobre los derechos sociales fundamentales. Los pactos, planes de recuperación y otras medidas emprendidas por la Unión Europea o los Estados miembros no pueden en ningún caso violar los derechos sociales fundamentales, tales como el derecho a la información y a la consulta, a la negociación colectiva y a imponer demanda colectiva respetando la total autonomía de los interlocutores sociales, ni menoscabar los servicios públicos y sociales. Al contrario, deben respetarlos y promoverlos”⁷

Ha sido, éste, un contexto favorable para operar verdaderas mutaciones tácitas y, en menor medida, reformas (en sentido técnico) explícitas de los textos constitucionales (y no sólo metamorfosis en las realidades constitucionales), en

6 GRAMSCI, A.: “Pasado y Presente”, en *Cuadernos de la Cárcel*, cuaderno 3, parágrafo 34. Cfr. GRAMSCI, A.: *Cuadernos de Cárcel*, 6 vols., edición crítica del Instituto Gramsci, a cargo de Valentino Gerratana, México D. F., Ediciones Era, 1981-1999 (nueva edición Casa Juan Pablos, 2009). En otro lugar afirmaba, significativamente, que “puede excluirse que las crisis económicas inmediatas produzcan por si mismas acontecimientos fundamentales; sólo pueden crear un terreno más favorable para la difusión de ciertos modos de pensar, de plantear y de resolver las cuestiones que afectan a todo el desarrollo ulterior de la vida estatal. Por lo demás, todas las afirmaciones relativas a los períodos de crisis o de prosperidad pueden provocar juicios unilaterales”. Cfr. A. GRAMSCI, *Antología*, selección, traducción y notas de Manuel Sacristán, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2^a ed., 1974, pág.417.

7 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión: Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea” [COM(2010) 573 final] (2011/C 376/14).

el marco de una situación materialmente de excepción no declarada que sobrepasa las fronteras de los Estados nacionales. Ciertamente, el constitucionalismo social presupone una decisión constitucional fundamental sobre los principios y valores a perseguir, haciendo primar la razón de la sociedad sobre la razón de la economía, buscando un equilibrio entre ambas lógicas. Y cabe realzar que esto está siendo profundamente cambiado, porque se viene produciendo una ruptura del constitucionalismo del Estado Social. Esa ruptura resulta singularmente expresiva ante la manifiesta tensión contradictoria que se aprecia entre el constitucionalismo democrático-social que edificó el Estado Social y el surgimiento de la nueva realidad constitucional de la integración, donde la Constitución social europea (que sí define un modelo económico europeo) se instala como la nueva Constitución material y desde ella se procede a la construcción de la Unión Europea. Estamos ante una fase de transición en las formas de organización políticas de la sociedad⁸. Lo que, entre otras cosas, revela que en el plano constitucional el Derecho no puede quedar reducido a un simple universo de normas, sino que tiene que ser comprendido más amplia y complejamente como ordenamiento jurídico, capaz de acoger también la realidad constitucional y la Constitución material.

Pero, además, el mundo contemporáneo ve complejizada no sólo la problemática de la soberanía, sino también la de los poderes constituyentes y constituidos y la “autonomía” relativa de los órdenes constitucionales actuales. Efectivamente, la globalización está replanteando la tradicional conformación de los sistemas de Estados nacionales soberanos. El proceso de globalización entraña en el plano político-jurídico el sometimiento de los Estados nacionales a reglas de juego político-institucional y a órdenes normativos que limitan ámbitos importantes de su soberanía, generando tensiones entre poderes internos e internacionales que podrían ostentar una suerte de soberanía supranacional. Esta tensión se revela como realmente existente, pero opera preci-

8 M. BUELGA, “Constitución económica e integración europea”, *Revista de Derecho Político*, nº 54, 2002, págs. 96 y 111; *íd.*: “El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados Miembros”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, 2006; A. CANTARO, “El declive de la “Constitución económica del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, García Herrara, M. A (Dir.), Bilbao, Universidad del País Vasco. Servicio Editorial, 1998, págs. 153-154 y 174 y sigs.; A. LASA LÓPEZ, *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Comares, 2011, págs. 98 y sigs. Es manifiesto que se está produciendo una ofensiva del constitucionalismo neoliberal, como queda reflejado agudamente en G. PISARELLO, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, espec., págs. 169 y sigs.

samente sobre la base de una persistente tensión de poderes que se pretenden soberanos, respectivamente, de manera que la realidad apunta más que a la desaparición de la soberanía a la evidencia de su relatividad y la coexistencia de “soberanías limitadas” a través de siempre renovados sistemas de límites internos y externos.

2. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO. DEMOCRACIA SUSTANCIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En virtud de la conjunción de una serie de factores históricos diversos (entre los que destacan la crisis del régimen liberal individualista y la presión de un movimiento obrero, fuertemente consolidado en el plano sindical y político, para que el poder político reconozca los derechos individuales y colectivos de los trabajadores) se produce desde comienzos del siglo XX un fenómeno de respuesta jurídico-política del sistema político que se ha dado en llamar constitucionalismo social.

El constitucionalismo social supuso la pretensión político-institucional de poner la economía al servicio de la sociedad. Supuso, igualmente, la garantía efectiva de todos los derechos fundamentales y, en particular, la incorporación a las constituciones de los derechos sociales, la realización de políticas redistributivas de la riqueza y la democratización y “pluralización” del orden político y socio-económico. El fenómeno de asimilación en los Textos Constitucionales de los principios jurídicos y derechos sociales fundamentales tiene una trascendencia extraordinaria para la consolidación de la ciudadanía social y del Derecho Social del Trabajo como pieza clave del sistema político del Estado Social formalizado en dichas normas fundamentales, especialmente si se tiene en cuenta el valor político y jurídico de la Constitución en la sociedad moderna. Es opinión ampliamente compartida aquella que ve en la Constitución un instrumento jurídico fundamental de organización de una comunidad política. Con mayor precisión se puede considerar que la Constitución es el instrumento jurídico que expresa una decisión política fundamental sobre la forma y modo de la unidad política, sobre la forma de existencia política concreta, de un pueblo ya existente, aunque difícilmente puede darse una coincidencia perfecta entre la Constitución “formal” y la “material”. La Constitución es “normatividad” y “decisión”. La ciencia jurídica debe formular también, partiendo de la situación jurídica total y de las relaciones reales de poder, al lado del concepto de Constitución formal, un concepto de Constitución material en sentido estricto.

La dimensión jurídico-política de la Constitución se resuelve en que formaliza jurídicamente un orden determinado dentro de la sociedad que se impone, nor-

malmente, con fuerza vinculante bilateral. La proyección de esta significación jurídico-política en el surgimiento del Derecho Social del Trabajo es evidente: hay un determinado momento histórico en que el poder político consideró necesario para el mantenimiento del orden social capitalista el establecimiento en los textos constitucionales de principios y derechos en torno al hecho social del trabajo por cuenta ajena. En principio, el constitucionalismo social construye un Estado Social de Derecho sin cuestionar, y dejando a salvo esencialmente intactas, las estructuras de la propiedad y las reglas institucionales (incluidas, naturalmente, las jurídicas) que aseguran el principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado (frecuentemente adjetivado como “social”). En todo caso, la categoría de los derechos sociales fundamentales (considerados ahora como derechos de la ciudadanía) se convierte en el fundamento y límite del Derecho Social del Trabajo tanto en su dimensión heterónoma (poder público) como en su vertiente autónoma (autonomía colectiva). Pero existe, además, un dato sustancialmente político que debe quedar realzado: las constituciones sociales, construyendo un sistema político de Estado Social y Democrático de Derecho venían a introducir una nueva forma de legitimación del poder establecido: una legitimación basada en la racionalidad jurídica del procedimiento democrático (legitimación formal) y en la realización del principio de Estado Social (“cláusula” de Estado Social) recogida en la Constitución y sobrepuerta al propio Estado “constituido” (se trata de una legitimación “sustancial” o “material”). La nueva ordenación “constitucional” del trabajo supuso, pues, la mejora de las condiciones laborales y de la vida de los trabajadores, pero también de su influencia política. Por otra parte, al mismo tiempo, comportó como contrapartida una nueva forma de legitimación (no basada sólo en el procedimiento) del orden social establecido en el capitalismo intervenido y un intento para controlar y racionalizar jurídicamente los conflictos dimanantes del mundo del trabajo.

Interesa poner de relieve que a las tareas del Estado Social moderno (o Estado del Bienestar, advirtiendo que en la tradición de los países europeos existe, en lo principal, una continuidad evolutiva innegable entre el Estado del Bienestar moderno y el originario Estado Social) pertenece la regulación del mercado de trabajo y de las condiciones de trabajo mediante medidas de protección dirigidas a los trabajadores. Se trata de un tipo de intervención jurídica y política para mejorar la posición jurídica del ciudadano o de la persona en su condición de trabajador asalariado. Con todo, el ordenamiento jurídico asume una función de gobernabilidad política de la fuerza de trabajo en su conjunto y, a la par, una función integradora de la clase trabajadora en el sistema de clases establecido.

Ahora bien, la finalidad del Derecho Social del Trabajo del capitalismo intervenido (“organizado”), con Estado Social de Derecho, no ha sido la desmercantilización abso-

luta del trabajo (pues de ser así existiría una contradicción «*in extremis*» –cuando no en términos de principio– entre este sector diferenciado del ordenamiento jurídico –y de la misma Constitución social del que surge– y el modo de producción capitalista tal y como se estructura jurídicamente por el sistema jurídico general), sino su desmercantilización relativa mediante la racionalización pública (legislación sociolaboral, garantía de derechos sociales y organización político-administrativa) y colectiva (autonomía colectiva como instrumento de regulación de los procesos sociales) de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. Desde esta perspectiva, la “*invención*” del mercado de trabajo se ha hecho acompañar de una amplia dosis de heterorregulación, que ha evitado la pura circulación del trabajador como una mercancía más racionalizando y limitando los poderes y derechos de utilización de la persona del trabajador (atribuyendo a éste todo un sistema de garantías sociales) y todo un sistema de reglas jurídicas (e institucionales) que definen las posiciones respectivas de los agentes económicos implicados y configuran ese mercado cuya naturaleza es muy especial, pero que también ha permitido enmascarar la explotación del hombre por el hombre “bajo el velo de la ignorancia” formal de los mecanismos de explotación⁹.

Es así que el constitucionalismo social desde la primera postguerra mundial es, en cierto modo, un intento de formalizar y racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los régimenes políticos liberales habían experimentado de hecho –y en parte también de Derecho– entre los dos siglos, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad de Estado: el llamado Estado Social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad, en la línea de suprimir la inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales. El Estado deviene en Estado intervencionista a fin de desempeñar una función reguladora en el mercado y en la articulación de los conflictos sociales propios del sistema neocapitalista subyacentes.

En este marco constitucional, cabe decir que para que singularmente los derechos sociales puedan entenderse tutelados no basta que sean reconocidos y sea declarada meramente su virtual existencia, necesitan ser garantizados de modo específico y apropiado. Efectivamente, la protección de los derechos sociales exige técnicas es-

9 J. L. MONERO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, capítulo III (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 223 y sigs.

pecíficas de organización jurídica, porque operativamente los derechos de contenido socio-económico no se organizan por sí mismos constituyendo simples límites de la acción estatal, como se ha venido afirmando, no sin cierta inexactitud, respecto a los derechos de libertad clásicos, reconocedores de una esfera de acción autónoma al ciudadano considerado en su máxima individualidad, ante todo, frente al Estado. Los derechos sociales adquieren la matizada naturaleza, según el tipo de derecho de que se trate en cada caso, de libertades de emancipación y participación, individual y colectiva, y derechos a prestaciones públicas, acentuando con ello los componentes igualitarios de los derechos de libertad tradicionales. Es atendiendo a esta naturaleza singular de los derechos sociales (tanto los de pura libertad como los de contenido prestacional) por lo que se requiere de mecanismos especiales de promoción y de garantía pública que permitan su real disfrute. A este respecto, las garantías liberales negativas (propias del Estado de derecho liberal) se matizan y complementan mediante la instrumentación de garantías sociales positivas (correspondientes al Estado de derecho social corrector de los elementos desviantes del sistema liberal), que para ello requieren, con suma frecuencia, de prestaciones positivas de los poderes públicos en beneficio de los ciudadanos.

Es, por otra parte, ese garantismo social la base de la democracia sustancial (democracia social, a secas) sobre el que se cimenta el sistema político del Estado social moderno, constituyendo así este garantismo una condición para la realización del principio democrático. La democracia introduce un tipo de legitimación sustancial complementaria de la legitimación formal e integrativa. La democracia constitucional se basa en razones sociales (democracia social) y, a su servicio, el Estado Social se convierte en su instrumento privilegiado de realización efectiva. Ha de realizarse que la democracia constitucional –la democracia propia del constitucionalismo social– es un sistema político complejo, basado (fundado) sobre los límites y sobre vínculos jurídicos impuestos a todos los poderes existentes, públicos y privados, estatales y supraestatales, para la tutela de la paz y de los derechos fundamentales de todos¹⁰. Desde esta perspectiva, la Constitución adquiere no sólo una dimensión formal o estructural, sino también una dimensión axiológica o valorativa. Los derechos fundamentales son fuente de legitimación del sistema democrático y del proceso constituyente europeo. Esa dimensión social de la democracia se añade a la

10 L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Gius. Laterza&Figli Spa, 2007, Prefazione, pág. IX., y el desarrollo de esta idea en el cap. 11, págs. 724 y sigs., y 846 y sigs., contraponiendo los derechos fundamentales a los derechos meramente patrimoniales. También su defensa de un “constitucionalismo global”; Ibid., págs. 937 y sigs.

formal propia del Estado de Derecho clásico, y permite condicionar las decisiones formalmente democráticas al obligado respeto a los contenidos que se impone deducir de los derechos fundamentales. De este modo, se introduce una principio de legitimidad material sobreañadido a la estricta legitimidad formal y procedural del Estado democrático. La garantía de los derechos fundamentales es inherente al Estado democrático contemporáneo, existiendo una relación de condicionamiento mutuo entre los derechos fundamentales y la democracia. Precisamente el Estado social ha tratado de introducir limitaciones y amortiguadores a los efectos perversos de la economía de mercado y a los procesos de acumulación del capital, garantizando cierta efectividad de los derechos fundamentales. En el lado inverso, la protección de los derechos humanos en su dimensión social tiende a percibirse en la coyuntura actual, desde la ideología neoconservadora, como un obstáculo para el funcionamiento eficiente del mercado.

Como es sabido, es este constitucionalismo social y la forma Estado Social que construye el que se enfrenta a una gravísima crisis estructural por razones exógenas (ruptura de las bases económicas y políticas para su mantenimiento intacto; en realidad las principales) y endógenas (crisis del trabajo y precarización laboral; envejecimiento irreductible de la población, transformaciones demográficas y la propia crisis de la familia tradicional, etcétera). Pero lo que se discute realmente (al margen de los “ataques” ideológicos viscerales al Estado del Bienestar en sí de cierto sector del pensamiento neoconservador) en el terreno de la práctica política (por no decir de la política practicable) no es la desaparición pura y simple del Estado del Bienestar, sino ante todo la necesidad de un cambio de modelo de Estado del Bienestar, retomando el viejo debate que enfrenta al modelo institucional (expansivo y desarrollista en la concepción de los derechos sociales orientados hacia la igualdad) con el modelo residual (marginalista y neoliberal, simplemente orientado hacia la atención de la pobreza absoluta, y que hoy se formaliza en el constitucionalismo débil, que apuesta por un sistema de garantías minimalistas de los derechos sociales y con ello se aparta de la función política originaria atribuida al Estado Social instaurado durante la segunda postguerra mundial). Al tiempo, ni desde el punto de vista político (necesidad de gobernabilidad de los sistemas democráticos y de adhesión legitimadora de los ciudadanos) ni desde el económico (función reguladora del capitalismo que asume el sistema de protección social pública) parece viable una alternativa de desmantelamiento y privatización absoluta de todos los derechos sociales y servicios públicos fundamentales.

Pero todo esto es puesto en cuestión en la coyuntura política actual.

3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN EL SISTEMA DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Es manifiesto que el futuro de los derechos sociales en la Unión Europea está vinculado –y dependerá– de la progresiva superación del déficit democrático que padece. Basta reparar en el hecho de que la garantía efectiva de tales derechos no sólo exige su formalización (positivación) al máximo nivel normativo (constitucional), sino la presencia de un verdadero sistema democrático de la Unión (que resida el poder legislativo en un Parlamento Europeo investido de los poderes que le son propios en un sistema democrático-social de Derecho) que instrumente políticas y medidas públicas para hacerlos efectivos en la práctica; aparte de que, por otro lado, la mejor garantía de los derechos está en el reconocimiento de una ciudadanía activa investida de los poderes de intervención que confiere el sistema democrático también a escala europea (es lo que se puede denominar estrategia de ciudadanía a través de los poderes de influencia democrática como necesaria estrategia complementaria de la ciudadanía a través de los derechos; esto es, de la lucha por los derechos en sus distintas dimensiones jurídico-políticas).

De ahí se sigue que el futuro de los derechos fundamentales en general vaya íntimamente unido al avance del proceso de construcción de una Europa democrática configurada como una Unión Social Europea (esta conexión siempre ha sido así). El factor de complejidad estriba en el hecho histórico del carácter evolutivo y diacrónico de ese proyecto de construcción europea. Ha de tomarse en consideración el carácter progresivo del proceso de integración europea tanto en la dimensión económica como en la dimensión social. Un proceso que no sólo es diacrónico, sino que también se ha mostrado oscilante y, en gran medida, contradictorio en atención a las variables circunstancias intrínsecamente políticas del momento.

En este sentido, existe actualmente un intenso debate sobre la constitucionalización de la Unión Europea. El Sistema de los Tratados fundacionales de la Unión Europea cumple una función materialmente constitucional, pero no se trata de una Constitución típica. Pertenece al campo de las realidades constitucionales. El sistema de los Tratados instituyentes de la Unión Europea está construido para un orden posthobbesiano (la Unión Europea como nuevo ámbito geopolítico transnacional o supraestatal). Por otra parte, el texto fundamental –de valor constitucional en el ámbito europeo– en gran medida remite la regulación y la tutela de los derechos y libertades fundamentales a la legislación de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa (firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007) se limitó a modificar el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. No

es –ni pretende serlo– un Tratado Constitucional propiamente dicho. Eso sí, el vigente Sistema de los Tratados es depurado formalmente de todo revestimiento y connotación constitucional, pero aunque ha desaparecido instrumentalmente la palabra Constitución, en realidad esa desconstitucionalización ha sido tan sólo formal, pues su funcionalidad jurídico-política es la típica de un texto de valor materialmente constitucional, como instrumento fundamental de decisión e integración político-jurídica que establece las bases fundamentales de un orden de la Unión política europea y de reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales (orden ciertamente incompleto, pero orden fundamental al fin y al cabo que se impone con fuerza vinculante bilateral).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [última versión publicada, en versión idéntica sin cambios relevantes, DOUE, 26.10.2012 (2012/C 326/02); en adelante, CDFUE] continua siendo un texto con valor igual a los Tratados fundacionales, de manera que se superpone al sistema de los Tratados constitutivos y a los textos constitucionales vigentes en el Derecho interno. No obstante, es de realzar que ahora el ordenamiento jurídico comunitario se dota por primera vez de un catálogo normativo de derechos fundamentales. El campo de la política y del Derecho social está presidido por el principio de subsidiariedad. Es, pues, un proceso constitucional de nuevo tipo que podría considerarse como una fase incompleta de constitucionalización jurídica y política de la Unión Europea¹¹.

El Sistema de los Tratados no integra una verdadera Constitución en el sentido clásico y tradicional (enfoque a superar, en un sentido menos expansivo y abierto a las nuevas realidades constitucionales, pero marcado todavía por el binomio Estado/ Constitución). Se afirma cada vez más el criterio de que en el momento constitucional del presente no cabe identificar sin más Constitución y Estado nacional, ante todo porque existen ya otras realidades constitucionales y espacios constitucionales distintos a las tradicionales constituciones jurídicas del Estado-nación. Ahora bien, no sería un simple tratado internacional más ni tampoco un Constitución en sentido tradicional. En la actual situación se puede hablar de una nueva realidad constitucional europea. En todo caso, debe destacarse la relevancia del Tratado de Lisboa como nuevo fundamento de la Unión Europea, a pesar de que éste no sea un Tratado constitucional en sentido estricto (constituyente), sino modificativo (aunque importante). Representa un fenómeno de constitucionalización más material que formal de la Unión Europea. El Sistema del Tratado formaliza la unión entre

11 No prosperó finalmente el texto del “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, tal como se firmó en Roma el 29 de octubre de 2004 y se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 (DO C 310).

Estados, que conservan parcialmente su soberanía estatal. El Sistema de los Tratados constituye un instrumento jurídico-político fundamental de organización de la Unión Europea. La Unión es una unión de Estados con ordenamientos y estructuras políticas propias. El Sistema de los Tratados formaliza la Unión, pero con el núcleo debilitado de una Carta de Derechos formalmente externa al mismo, con lo cual el Sistema de los Tratados no se modula en su interior a aquélla. No hay una incorporación directa al Sistema de los Tratados, sino su consagración como un texto normativo dotado del “mismo valor jurídico que los Tratados”; art. 6.1 TUE). Se trata de una nueva fórmula de compromiso político-jurídico. La Carta no ha sido objeto de integración en el Sistema de los Tratados, y su aprobación con rango normativo no implica una transformación interna del deficiente sistema de derechos vigente en la Unión Europea. De ahí lo limitado de su aportación. Todavía la Unión Europea no se adjetiva como social y menos todavía como Constitución Social. Una fórmula siempre posible sería formalizar la Unión Europea como Unión Social y democrática, rememorando el significado de los países europeos. Por otra parte, la ciudadanía europea formalizada en el Sistema de los Tratados es una ciudadanía formulada en términos excluyentes del otro, lo que se traduce, entre otras cosas, en desconocer que existen derechos de las personas con independencia de su condición de nacionalidad: la condición de nacionalidad (como técnica excluyente de atribución de derechos) cuestiona y priva de la atribución de una parte extraordinariamente significativa del estatuto de los derechos de la ciudadanía.

Se deben destacar, primeramente, algunos e importantes aspectos positivos de la reforma del Sistema del Tratado constituyente de la Unión Europea.

La existencia de una institucionalización en el Sistema de los Tratados (sin forma constitucional explícita) de un proyecto comunitario de “integración”. Que la Unión Europea se dote de un instrumento de valor constitucional es un elemento positivo en el proceso de institucionalización de la UE como nuevo ámbito de decisión geopolítica de carácter supranacional. El Tratado de Lisboa representa una reforma racionalizadora y sin valor jurídico-constitucional en sentido estrictamente formal; y es menos ambiciosa respecto a la constitucionalización de la Carta de Derechos como verdaderos derechos fundamentales en el Sistema de los Tratados fundacionales. Prevalece, por lo demás, el principio axial de la eficiencia y competitividad de la economía europea, es decir, la lógica de un poder político europeo de mercado. Aunque escasos, los avances registrados en el Sistema de los Tratados tampoco son desdeñables.

El Preámbulo del TUE subraya los valores universales, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho. Por su parte, los artículos 1 a 3 con-

cretan esos valores fundamentales. En efecto, conforme al art.2 del TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Se realza aquí el sometimiento al sistema de valores fundamentales que caracterizan a las tradiciones democrático-sociales de los países miembros, el cual ocupa el centro de atención del art. 3 del TUE. Pero se matiza que “la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados” (art. 3.6 del TUE).

La incorporación en el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea (al margen de que la Carta de Derechos Fundamentales se sitúe fuera del Sistema de los Tratados, aunque con el mismo valor jurídico que los Tratados europeos fundacionales) de una declaración de derechos, aunque con valor jurídico debilitado y desigual fuerza jurídica entre los derechos reconocidos (algunos de ellos excluidos), es un aspecto positivo del proceso de reforma acometido por el Tratado de Lisboa. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión obliga a que la legislación europea respete en todo momento el derecho a la huelga, a la negociación colectiva y a la protección ante los despidos injustificados. Pero la Carta juridificada presenta a menudo un carácter no directamente vinculante, sino mediatizado; y sin que su aprobación suponga una redefinición o redistribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Todo ello con sujeción al principio de subsidiariedad.

El art. 6.1 del TUE, tal como resulta del Tratado de Lisboa, juridifica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de 7 de diciembre de 2000, al modo como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, fuera del Sistema de los Tratados fundamentales, pues la misma tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Pero en sentido estricto la Carta carece de valor constitucional, aunque esté dotada de fuerza jurídica vinculante. La Carta no forma parte interna del Sistema de los Tratados, aunque tenga su misma fuerza y valor jurídico. Desde el punto de vista técnico-jurídico la Carta no es en sí –como “documento” jurídico– un Tratado internacional, y por ello no se somete –en su formulación actualmente vigente– a las formalidades propias de dichos instrumentos ni se ve afectada por la rigidez que se suele imponer para su ratificación, reforma o derogación. Esta es una de las consecuencias jurídicas de la decisión política de no incorporar la Carta en el marco del Sistema de los Tratados. La Unión asume los derechos fundamentales de la Carta, aunque formalmente no establece una incorporación de la misma en el

Sistema de los Tratados fundacionales. La Carta adquiere una dimensión relativamente “externa” al Sistema de los Tratados de la UE (queda fuera de la arquitectura de los Tratados), pero dicho Sistema se somete a la misma Carta elevada al rango de Tratado de la UE, de ahí cierta naturaleza compleja de las relaciones existentes entre el Sistema de los Tratados y el Tratado instituyente de la Carta Europea. En el Sistema de los Tratados fundacionales, tal como han sido modificados por el Tratado de Lisboa, no se incorpora la Carta, pero se reconoce los derechos y principios por ella consagrados, atribuyéndole el mismo valor jurídico que los Tratados. Lo que significa afirmar su normatividad europea.

Se trata de una técnica de juridificación, de positivación, pero de carácter “débil”, pues inmediatamente se establece que: “Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”. Ni hay ampliación de competencias de la Unión, ni tampoco se establece una competencia general de la Unión en materia de derechos fundamentales; todo está condicionado a las posibilidades de actuación legislativa diseñadas en el Sistema de los Tratados. Por otra parte, se indica que “Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Pero ello no cuestiona su fuerza normativa vinculante, aunque se vea atenuada por los obstáculos que se introducen en el Título VII de la propia Carta. Por lo demás, los poderes públicos a los que se dirige la Carta “respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias” (art.51.1 de la Carta). La diferenciación entre “derechos” y “principios” no es inocente ni está desprovista de efectos relevantes sobre las garantías de efectividad de ambas categorías jurídicas, porque a pesar de la terminología utilizada en la sistemática de la Carta, los derechos sociales tienden a ser ubicados dentro de la categoría de los “principios”. Esta reconducción desvirtuaría su condición de derechos sociales fundamentales (derechos subjetivos de libertad o de prestación pública, según los casos) quedando relegados a principios que han de regir las políticas públicas de la Unión, o, en todo caso, considerados como derechos debilitados (más que de fuerza vinculante bilateral se estaría haciendo referencia ante todo a la fuerza vinculante en términos de deber unilateral que pesa sobre los poderes públicos, los cuales deberían disponer de los medios o recursos necesarios para su garantía material). Es así que esos poderes públicos asumen una función activa, promocional, respecto a su aplicación eficiente, impulsando su observancia con el obligado res-

peto al sistema de competencias establecido en el Sistema de los Tratados. En todo caso no queda diseñado un sistema de tutela jurisdiccional plenamente acabado, no siendo suficientes los mecanismos instituidos en el Título VII de la Carta y el art.6 del TUE. El perfeccionamiento del sistema de garantías jurisdiccionales es una condición necesaria para que la Unión Europea sea homologable a los esquemas propios de la tradición europeísta del constitucionalismo democrático-social. Por el momento, la Carta se configura como un instrumento jurídico separado de carácter obligatorio y de rango suprallegal (equivalente al Sistema de los Tratados).

Contiene también un mandato dilatado en el tiempo sin sometimiento a plazo, conforme al cual: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión *no modificará* las competencias de la Unión que se definen en los Tratados” (art.6.2 del TUE). El Sistema de los Tratados obliga a la adhesión, no sólo la permite, pero su debilidad reside en que no establece un plazo prescriptivo para llevarla a cabo. Sin embargo, existe un precepto subsiguiente que refleja una operatividad inmediata de dicho Convenio Europeo, pues se establece de inmediato que “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. (art.6.3 del TUE). Se reclaman como “principios generales” los derechos fundamentales “que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. De este modo la Carta y el Convenio Europeo han de ser objeto de una interpretación conjunta e integradora (pues se trata de instrumentos estrictamente complementarios de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito europeo) respecto de los derechos fundamentales por ambas garantizadas. En todo caso, debe subrayarse que a pesar de las limitaciones que impone el ámbito de aplicación de las competencias, lo que es inequívocamente asegurado es que la consagración como principios generales del Derecho de la Unión adquiere virtualidades siempre potencialmente expansivas para una tutela más integrada de los derechos fundamentales atendiendo a los dos grandes instrumentos normativos europeos (de la Unión y del Consejo de Europa). Más incisivos son los artículos 52.3 (“Alcance e interpretación de los derechos y principios”) y 53 (“Nivel de protección”. Respeto al estándar universal de tutela de los derechos fundamentales) de la CDFUE. Llama poderosamente la atención que esa técnica de adhesión no se utilice respecto de la Carta Social Europea del Consejo de Europa, revisada en 1996. Lo que se hace merecedor de crítica por su falta de coherencia y compromiso con el constitucionalismo democrático-social.

La naturaleza y la eficacia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se confirma y especifica en la primera de las “Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados” efectuada por el Tratado de Lisboa: “Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En ella se dispone que “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. Pero, de nuevo, matiza que “La Carta no amplia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados”.

Ahora bien, cabría interrogarse sobre la pregunta fundamental relativa a cuál es y dónde se localiza la decisión político-jurídica y el sistema de garantías jurídicas e institucionales de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema de los Tratados. Debe partirse, nuevamente, de la idea de que la Constitución es instrumento jurídico-político fundamental de decisión sobre la organización y dirección de una comunidad política que refleja los pilares en virtud de los cuales ella se construye, y sirve, asimismo, para articular la integración social y política. Al respecto debe destacarse la distinta formulación de la Constitución económica y de la Constitución social en el Sistema de los Tratados de la Unión.

En primer lugar, se distingue nítidamente un grupo de normas del Sistema de los Tratados de la Unión Europea –tal como resulta de la reforma del Tratado de Lisboa– que formaliza la Constitución económica de la Unión. Esa Constitución económica asume la funcionalidad de una Constitución material del sistema jurídico de la Unión Europea, con una absoluta centralidad del mercado que se aparta del constitucionalismo social y su forma política de Estado Social.

Es necesario destacar que las constituciones del Estado Social son las que más han desarrollado la idea de que la Constitución estructure la vida económica y social poniendo límites al mercado, domesticándolo para hacer prevalecer el interés de la sociedad. El constitucionalismo del Estado Social supone una heterorregulación y dirección pública del mercado, imponiendo límites sociales y éticos a la racionalidad económica. Por el contrario, actualmente se tiende a afirmar la soberanía del mercado (sic.) y su dominio sobre todas las esferas de la vida social en una dirección mercantilizadora de las necesidades sociales.

La Constitución económica diseñada en el Sistema de los Tratados refleja una decisión que subordina, condiciona y absorbe en gran medida al grupo de normas

que diseña la Constitución social (débil), y la somete a su propia lógica específica. En el difícil equilibrio deseable entre las lógicas económica (exigencias de la economía) y social (protección de los derechos sociales fundamentales), la razón económica acaba prevaleciendo sobre la razón social. En la Unión Europea el Derecho de la competencia tiende, por lo demás, a infiltrarse en el Derecho Social del Trabajo. En este sentido, el compromiso materialmente constitucional es desequilibrado en el campo de lo social. De este modo, la regulación de los derechos sociales está funcionalizada a la racionalidad del orden económico de la Unión (es decir, en términos de dimensión social del mercado y no de espacio social europeo).

Es una Constitución económica con decisión política perfilada, compleja y bastante completa en lo principal, aunque incompleta en lo relativo a algunos aspectos de la gobernanza europea. Se trata de un edificio de normas de garantía y de normas de decisión fundamental bien construido. La asunción de competencias comunitarias es muy amplia en este ámbito de las libertades económicas, aunque no se dispone de una eficiente gobernanza económica totalmente integrada en la Unión, sobre todo si se compara y confronta con la muy limitada competencia de la Unión en materia social. Pero, nótese, que actualmente se está caminando en la senda de una mayor asunción de competencias económicas por parte de las instituciones políticas europeas.

Se constitucionaliza la economía social de mercado, que comporta limitaciones penetrantes al intervencionismo político-económico propio del Estado social contemporáneo. Se sitúa en la línea de la infiltración del Derecho de la concurrencia y del mercado (que juridifica la “Constitución económica” y la forma política de la Unión orientada hacia la racionalidad económica y la competitividad de la economía) en el Derecho Social del Trabajo. Esta tendencia culmina en un proceso de infiltración del Derecho comunitario de la concurrencia y del mercado en los sistemas nacionales de Derecho Social, planteando en el Derecho del Trabajo de principios del siglo XXI una crisis de identidad. Se observa aquí la difícil búsqueda de un nuevo equilibrio entre integración negativa e integración positiva (derechos sociales y, en general, derechos fundamentales) de los Estados sociales nacionales. Se está produciendo una emersión de formas de integración positiva alternativas al modelo tradicional de armonización, con fórmulas flexibles de regulación de lo social; una negociación colectiva flexible como fuente reguladora del ordenamiento jurídico comunitario; la convergencia vía «soft law» de los sistemas de protección social; la estrategia europea de coordinación como nueva forma de «governance» económica y social en la UE como un procedimiento más flexible de integración dinámica. En una confrontación analítica entre modelos ideal-típicos de Constitución europea,

ello ofrece dos grandes opciones: a) El modelo neoliberal de federalismo competitivo (integración negativa de los mercados nacionales; solidaridad competitiva); y b) El modelo neosocialdemocrático de federalismo solidario (integración positiva de los sistemas nacionales de protección social, y gobierno democrático del mercado interior en la línea de una Unión Social Europea). Es el primer modelo el que hasta el momento está prevaleciendo en la construcción europea.

En definitiva, el Sistema de los Tratados europeos contiene una decisión en sentido fuerte (tanto en el sentido schmittiano como en el sentido de la teoría crítico-constitucional que formulara Otto Kirchheimer). La Constitución económica es fuerte en el Sistema de los Tratados, lo que significa que los Estados nacionales encuentran intensamente condicionadas sus decisiones de política económica y su correspondiente desarrollo de políticas sociales propias. En este sentido se opera una suerte de nacionalización de los mecanismos de tutela y garantía de los derechos sociales que contrasta manifiestamente con la europeización (o comunitarización) de las libertades económicas. Ello plantea el riesgo del juego de la primacía del Derecho de la Unión y su Constitución económica fuerte sobre las políticas públicas nacionales, condicionadas por decisiones conformadoras sobre aspectos centrales de la Constitución económica. Se da preferencia a las libertades económicas. Cabría inquirir por qué no se hace un planteamiento simétrico para la Constitución social defendiendo por parte de los poderes públicos con la misma energía y decisión los derechos de ciudadanía social que respecto a las libertades económicas. El que no sea así evidencia el deseo de blindar un modelo económico y dejar abierto y difuso un modelo social. Esto hace abrigar dudas razonables sobre si el modelo de Constitución económica y social asume los rasgos de un modelo compromisorio que pretendiera, en efecto, equilibrar la razón económica y la lógica social (de protección social). En este sentido no resulta suficiente garantía la simple coordinación de las políticas económicas, de empleo y las políticas sociales. La insuficiencia se muestra nítidamente para la percepción de una Europa de los ciudadanos, que sitúe a la persona en el centro de la actuación (cfr. artículos 2 y 3 TUE; "Preámbulo" de la CDFUE).

En segundo lugar, se puede identificar un grupo de normas del Sistema de los Tratados originarios que formaliza la Constitución social (Constitución social como bloque constitucional que regula lo social y, por consiguiente, también el trabajo y las cuestiones sociales de la modernidad), inevitable e intrínsecamente vinculada a la Constitución política y económica del Sistema de los Tratados.

Se parte aquí de la opción político-jurídica de no incorporar el actual Tratado social europeo que es la Carta Social Europea de Turín de 1961 (en la versión revi-

sada el 3 de mayo de 1996), aprobada en el Consejo de Europa. Es éste un Tratado jurídicamente vinculante de aplicación directiva e inmediata. Aparte de ser alegable ante los Tribunales de los países miembros de la UE. Hubiera sido muy sencillo de haber existido voluntad política para ello, porque los Estados más importantes de Europa (incluida España) han ratificado el Tratado que aprueba la Carta Social Europea. Esto da una pista de hacia dónde se dirige el rumbo de la construcción del proyecto de integración europea, esto es, la dirección de Política del Derecho en el tratamiento y regulación de los derechos sociales. Efectivamente, el que no se haya hecho así es fiel exponente de que no se quiere, «*hic et nunc*», avanzar en la dirección del constitucionalismo social, a cuya tradición obedece y pertenece la Carta.

Sin embargo, lo que ha cristalizado en el texto del Sistema de los Tratados es una Constitución social que incorpora una decisión débil o si se quiere, por decirlo expresivamente, una Constitución interna débil, que se proyecta en un sistema de garantías constitucionales debilitadas. Edificio abstracta e incompletamente diseñado y, en definitiva, deficitariamente construido. Veámoslo:

A). En el Sistema de los Tratados se excluye de la acción legislativa y de coordinación comunitaria un conjunto de derechos sociales fundamentales, cuya garantía débil hacen irreconocible un Derecho constitucional europeo del Trabajo (y en particular, un Derecho sindical): el salario (y en particular, el salario mínimo, por otra parte centro preferente de la negociación colectiva interna y europea), el derecho de huelga (el cual autentifica el sistemas de relaciones laborales basado en relaciones reales de poder) y el mismo derecho de asociación (incluido el derecho de sindicación). En efecto, según el art.153 TFUE (ya en el Título X sobre “Política social” como ámbito específico de acción de la Unión Europea), para alcanzar los objetivos mencionados en el art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en diversos ámbitos de la política social. Pero en el apartado 5 del art.154 TFUE se dice expresamente que: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las retribuciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal” (criticable ya en sí por la simetría de ambos derechos, que puede dar lugar peligrosamente a un auge de la doctrina de la paridad de armas de presión colectiva).

B). En el Sistema de los Tratados se aprecia el sometimiento de la regulación comunitaria de gran parte de los derechos sociales al régimen de unanimidad decisinal o decisoria (aunque la tendencia ha sido atenuar el principio de unanimidad, sobre todo por el reclamo de la técnica de las mayorías reforzadas); y con el juego integrador y elusivo del principio de subsidiariedad (véase, en tal sentido, Título X

del TFUE, artículos 151 a 167). La legislación que implique avances sociales en la Unión debe ser aprobada, como regla general, por unanimidad y, por tanto, con derecho a veto de cada país, lo que implica mínimas posibilidades de ser aprobada dadas las diferencias existentes en el nivel de protección en los veintisiete Estados miembros y las distintas opciones ideológico-políticas.

C). El ámbito de la Carta –lo que tiene especial sentido ante la existencia de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros– se circunscribe a los supuestos de aplicación del Derecho de la Unión (“únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”; art. 51.1 de la Carta). Lo que limita su alcance real. Respecto a las garantías jurisdiccionales interesa advertir que no se establecen procedimientos extraordinarios o especiales para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. No obstante interesa realzar que el art.47 de la Carta reconoce el “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, de manera que “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva”. El art.47 de la Carta está inspirado en el art. 13 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

D). Los derechos fundamentales de la Carta (reconocidos en normas-regla y en normas de principios) presentan un tratamiento diferenciado que permite jerarquizar los derechos subordinando los de contenido específicamente social (arts. 51 y 52 CDFUE). El problema adicional es que todos los derechos de la Carta –que tiene fuerza normativa vinculante, aunque no está incorporada en el Sistema de los Tratados– tienen, en principio, un sistema muy limitado de garantías de efectividad. El Capítulo VII contiene las “Disposiciones generales” que rigen la interpretación y aplicación de la Carta. Dentro él, el art.51 hace referencia al “Ámbito de aplicación”, estableciendo dos criterios-guía:

a). Se proclaman formalmente derechos subjetivos fundamentales. Pero, paradójicamente, no se generan verdaderos derechos subjetivos directamente alegables por las personas o los ciudadanos de la Unión. En efecto, “Las disposiciones de la Carta están dirigidas exclusivamente a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias” [y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en el Sistema de los Tratados] (art. 51.1 CDFUE). El ámbito de aplicación de la Carta está fuertemente condicionado por el ámbito de competencias que asume la Unión, de manera que los países miembros solamente

están obligados por la Carta en los supuestos en los que desarrolleen o apliquen normas de la Unión promulgadas en ejercicio de la esfera de competencia propia de la Unión (según el art.52.2, “los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la UE se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”). Se trata de derechos subjetivos necesariamente mediatizados a través de la actuación de las instituciones de la Unión Europea.

La Carta contiene derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene competencia normativa –o las que asume son débiles–, pero no se olvide que incluso en estos casos la Unión ha de respetar todos los derechos fundamentales, sin excepción alguna. Por lo demás, interesa retener que, conforme al art.52.1 CDFUE, relativo al alcance de los derechos garantizados, “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial del dichos derechos y libertades. Sólo se podrá introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. La insistencia en que las limitaciones deberán ser establecer por “Ley”, en este contexto, introduce una garantía formal de legalidad, incluyendo extensiva o ampliamente todos los actos formales adoptados por el poder legislativo con carácter jurídicamente vinculante.

b). Se consagra el principio de no afectación al Sistema de distribución de competencias ya preexistente, puesto que la “Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados” (art.51.2 CDFUE). El enfoque eminentemente residual de la competencia comunitaria en materia social se manifiesta significativamente en la Declaración 18, “Declaración relativa a la delimitación de las competencias”, a cuyo tenor: “La Conferencia subraya que, de conformidad con el sistema de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros previsto en el Tratado de la UE y en el TFUE, las competencias que los Tratados no hayan atribuido a la Unión serán de los Estados miembros. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla. Esta última situación se plantea cuando las instituciones competentes de la Unión deciden derogar un acto legislativo, en particular para garantizar mejor el respeto constante de los principios

de subsidiariedad y proporcionalidad. El Consejo, a iniciativa de uno o varios de sus miembros (representantes de los Estados miembros) y de conformidad con el art.241 del TFUE, podrá pedir a la Comisión que presente propuestas de derogación de un acto legislativo...”.

También es significativa la Declaración 31, “relativa al art. 156 del TFUE” (el art.156, hace referencia a la regulación jurídica de materias sociales), que precisa que “La Conferencia confirma que las políticas descritas en el art.156 son en lo esencial competencia de los Estados miembros. Las medidas de fomento y de coordinación que hayan de tomarse a escala de la Unión de conformidad con lo dispuesto en este artículo revisten un carácter complementario. Pretenden reforzar la cooperación entre Estados miembros y no armonizar los sistemas nacionales. Las garantías y los usos vigentes en cada Estado miembro en lo referente a la responsabilidad de los interlocutores sociales no se verán afectadas. La presente Declaración se entiende sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados que atribuyen competencias a la Unión, incluido en el ámbito social”. A ello hay que añadir las Declaraciones restrictivas de los Estados miembros (Declaración 53, de la República Checa relativa a la CDFUE, de contenido restrictivo respecto a su alcance e interpretación; y asimismo la Declaración 62, de nuevo, de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido).

c). El Tratado instituyente de la Carta (cfr.art.6 TUE) ha de ser interpretado en su contexto sistemático relacionándola con el Sistema de los Tratados. Y en este sentido se aprecian importantes límites para la elaboración de la legislación comunitaria de aproximación en materia social (artículos 151 y sigs. –especialmente el art.153–, en relación con los artículos 288 y sigs. del TFUE).

d). En una perspectiva más positiva desde el punto de vista del “paradigma garantista” de los derechos sociolaborales, cabe situar la indicación del art. 52.3 (“Alcance de los derechos garantizados”), según el cual en la medida en que la “Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. De este modo, esta “regla remisoria” al Convenio Europeo contiene una “cláusula” o “canon” de interpretación de los derechos garantizados en la Carta (aunque también, como se indicó, en el Sistema interno de los Tratados) conforme al alcance e interpretación de los mismos derechos en el marco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

(emanado, como se sabe, del Consejo de Europa, en el año 1950, y cuya interpretación queda sometida al órgano jurisdiccional internacional denominado Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre).

Sin embargo, en una perspectiva general y de conjunto, este modelo de juridificación de los derechos fundamentales –y muy en particular de los derechos sociales– parece todavía insuficiente, ya que es necesario otorgar a la CDFU la condición de efectivo instrumento de valor constitucional inserto en el sistema de los Tratados; a saber: la Constitución europea debería ser, al mismo tiempo, una precisa norma fundamental de garantía (Constitución-garantía) de derechos y libertades y una norma directiva fundamental (Constitución-directiva) de la pertinente actuación de todos los Poderes Públicos para hacerlos valer y garantizar institucionalmente su efectividad plena (real). El modelo vigente es el propio de un “constitucionalismo débil”. De manera que, en nombre de los valores constitucionales, deben conformar sus acciones los sujetos públicos y privados para la realización efectiva de los mismos. Una expresión de ese carácter directivo de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico-democrático es precisamente la garantía y realización efectiva de los derechos sociales fundamentales. En tal sentido, la dirección elegida por la reforma del nuevo Tratado de Lisboa sigue estando anclada en la mera proclamación como regla más que en la garantía efectiva de los derechos sociales (aunque se ha superado la idea de que tales derechos se formulasen tan sólo como objetivos de política social). En términos generales, no se crean derechos subjetivos perfectos alegables ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (o ante los Tribunales nacionales). No existe propiamente un deber de gobierno para garantizar en todo caso en el ordenamiento comunitario el conjunto de los derechos sociales como tales derechos que vienen a realizar los valores constitucionales de la igualdad y de la solidaridad. En definitiva, el Sistema de los Tratados debe contener normas directivas fundamentales, que incorporen un sistema de derechos sociales de ciudadanía realizando los valores superiores de igualdad y justicia social y marcando desde el propio instrumento jurídico fundamental la reforma social en curso y las líneas de desarrollo que se ha de seguir en la sociedad europea formalizada por aquél texto fundamental. Esta debe ser la alternativa para una Constitución o norma de valor fundamental en un sistema democrático comprometido con los valores que forman parte de la tradición y de la cultura jurídica de los países miembros con ordenamientos democrático-sociales más avanzados.

En el caso particular de los derechos sociales, cabe señalar que la eficacia real de los derechos fundamentales socio-económicos depende de la disposición de medios adecuados que se consigue solamente al precio de profundas transformaciones de las

relaciones sociales basadas en la economía liberal. Su verdadero problema político estriba en la exigencia de predisponer los medios necesarios para satisfacerlos y para impedir que queden relegados como una vacía fórmula teórica escrita sobre la Carta, pero sin plasmación en la realidad práctica, que es la principal situación de descrédito de la parte dogmática de los textos constitucionales. La igualdad y la dignidad sustancial requieren de la expansión de los derechos y sus garantías. Su dejación por parte del Estado –y de los poderes públicos en general– no es reparable con técnicas jurisdiccionales de invalidación análogas a las dispuestas para las violaciones de los derechos de libertad. Por lo demás, hay varios aspectos críticos particularmente relevantes respecto a la garantía de los derechos fundamentales:

En cuanto al poder de intervención en “lo social”, cabe decir que en el Sistema de los Tratados fundacionales (y en la propia Carta) falta ese compromiso de acción directa del poder público europeo en la predisposición de medidas de intervención y regulación jurídica e institucional. El Estado Social y su modelo de regulación jurídica e institucional parte de la premisa de que el individuo posee unos derechos que exigen una prestación por parte del Estado, que reclaman la «*interpositio legislatoris*»; y esa acción positiva no sólo viene exigida para los derechos sociales, sino, en general (con mayor o menor intensidad) para todos los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales se cristalizan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación –no actionable, pero sí jurídicamente vinculante– de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal. Así pues, los derechos sociales requieren la predisposición de los recursos y la organización necesaria para su implementación, es decir, presuponen políticas públicas adecuadas, nacionales, europeas y actualmente en medida creciente, regionales o locales. En conexión con ello, es de especial relevancia la figura de la inconstitucionalidad por omisión entendida como la falta (o ausencia o insuficiencia) de desarrollo por el poder legislativo, durante un tiempo excesivamente dilatado, de las normas constitucionales de obligatorio y específico desarrollo, de tal manera que se impide su eficaz aplicación. Esta figura puede servir de impulso a la activación de los derechos sociales de manera directa pues éstos normalmente se configuran en normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen en concretas obligaciones de desarrollo ulterior. Ello en tanto que promueve –según el mecanismo de reacción previsto– la actividad del poder público aporta un respaldo útil e importante a la construcción de la ciudadanía social.

Deberán formularse verdaderos derechos y libertades fundamentales de aplicación directa e inmediata y como tales alegables por los ciudadanos comunitarios a través de una acción en justicia ante el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea. E incluir todo el estándar mundial en los términos formulados en las normas internacionales ya existentes (Convenios de la OIT; Pactos Internacionales de derechos fundamentales de las Naciones Unidas de 1966, Carta Social Europea, formalizar la adhesión al CEDH, etcétera). No lo hizo el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea; tampoco el vigente Sistema de los Tratados, resultado de la modificación operada por el Tratado de Lisboa. En efecto, la aplicación de los derechos que se recogen en los artículos 151 y siguientes del TFUE quedan emplazados a la acción coordinada de los Estados miembros y a la acción comunitaria (artículos 153 y 156 del TFUE). Queda mucho camino que andar en esa dirección constituyente, que suponga que la Unión se dote de un sistema de derechos fundamentales como pilar de una Constitución Europea y de un proyecto o programa definido para su puesta en práctica (integración positiva). Será, pues, preciso completar esa constitucionalización jurídica de la Unión Europea. Sólo así se podrá afrontar el desafío de una Europa entendida como comunidad humana totalmente democrática e inclusiva. En otras palabras: una Unión Política y Social Europea de la que actualmente carece la Unión.

e). La Constitución social aparece como elemento subalterno de la Constitución económica europea, es decir, el modelo social europeo como dimensión social del mercado. A pesar del innegable avance que supone la juridificación de la Carta de la Unión, el sistema de los Tratados no establece un marco apropiado para la construcción de la ciudadanía social europea, la cual no sólo queda indefinida y difusa, sino que carece de un sistema de garantías jurídicas e institucionales estrictamente necesarias. El llamado modelo social europeo no puede asimilarse a las garantías sociales propias del constitucionalismo social de la segunda postguerra mundial. No resulta equiparable al estándar de ciudadanía social alcanzada en las tradiciones constitucionales de los Estados sociales nacionales europeos de referencia comparables. Es más: la actual configuración de un modelo social europeo subordinado a la Constitución económica europea permite fácilmente –como se comprueba en la experiencia actual– que puedan introducirse regresiones en ese estándar de ciudadanía social construido laboriosamente en la refundación constitucional de la postguerra.

Así, la configuración de un modelo social europeo como dimensión social del mercado se convierte en un factor que impide la construcción de una ciudadanía social europea integrada en el sistema constitucional de los Tratados de la Unión Europea. Lejos de un necesario equilibrio entre ellas, la integración económica –como integración negativa que hace primar al mercado y al sistema de libertades económicas funcionalizadas al mismo– acaba por absorber el tratamiento de los derechos

sociales y neutralizar la integración positiva –como integración que hace primar la razón social sobre el mercado–. El tratamiento de la política social aparece como dependiente de la Constitución económica. Lo cual se confirma en la dinámica de la intervención económica y social de las instituciones políticas de la Unión, cuando bajo el objetivo formal de la modernización del modelo social (flexibilidad o flexi-seguridad laboral, envejecimiento y ajuste del gasto público en Seguridad Social, en pensiones, sanidad, desempleo, etcétera) se realiza bajo el primado de las exigencias de competitividad y del tratamiento y enfoque de los derechos sociales en términos de coste vinculado a aquélla (lo que en sentido altamente criticable suele, a veces, denominarse solidaridad competitiva, que en sí desvirtúa el valor de la solidaridad, versión secularizada de la fraternidad por situarse ante todo más en la razón económica que en la razón de la sociedad). En esta prefiguración condicionante de lo social, la política social y el Derecho social son absorbidos por la política económica y el Derecho económico, mediante un proceso de infiltración y colonización interna de las categorías jurídico-sociales por las categorías jurídico-económicas. En el constitucionalismo social la economía quedaba condicionada y enmarcada por la decisión política de integración social encaminada a corregir el desenvolvimiento de las relaciones de mercado. Sin embargo, en el sistema de la Unión Europea lo social queda condicionado y enmarcado por la decisión política de integración económica preordenada a subordinar la política social a las exigencias y prioridades del mercado. La preferencia de la Constitución económica europea respecto de la Constitución social (y los consiguientes derechos de ciudadanía social) se corresponde –y articula también– con la conversión paulatina del Estado Social hacia la forma política de Estado de competencia económica o Estado mercado, el cual subordina los derechos sociales (configurados en el Estado social como derechos de desmercantilización relativa del trabajo) a las exigencias del mercado, con el efecto de una re-mercantilización de los mismos, y asimismo visualiza la ciudadanía social en términos de una solidaridad competitiva que la desnaturaliza.

En una valoración jurídico-práctica se puede decir que:

(a). La modificación del sistema de los Tratados de la Unión Europea, viene a convalidar en gran medida lo que había anteriormente y no hay un retroceso sobre el estándar ya débil de reconocimiento de derechos sociales en el Ordenamiento social comunitario. Aunque la Carta de Niza en sí haya sido elevada a instrumento normativo europeo, superando su simple condición de instrumento jurídico blando («soft law»), en virtud del art. 6.1 del TUE, que le atribuye “el mismo valor jurídico que los Tratados”, siendo así parte del Derecho de la Unión. Su naturaleza no es ya la de una Declaración político-jurídica, sino la de una norma europea con rango de

Tratado de la Unión Europea, de valor idéntico o igual al de los Tratados constitutivos de ésta, no simplemente análogo o similar a los mismos. De manera que los derechos fundamentales proclamados son verdaderos derechos y no simples principios generales del Derecho comunitario, por mucho que se constate que la mayoría de los derechos fundamentales (y, por consiguiente, no sólo los de carácter social) son de alguna manera derechos condicionados.

(b). Lo que está cristalizando es la definición de una Constitución liberalizante en sus pilares fundamentales: una Constitución flexible y neoliberal del trabajo que es lo que ya se está configurando actualmente en la práctica de los sistemas nacionales. La nueva versión de esa emergente Constitución flexible del trabajo son las políticas de flexiseguridad liberal impulsadas por las instancias políticas de la Unión, que muchos países traducen como una ruptura del modelo del garantismo jurídico-social (Estado Social garantista) propio del Derecho del Trabajo Clásico. El modelo social que cristaliza en el Sistema de los Tratados de la UE –tras la reforma realizada por el Tratado de Lisboa– supone una respuesta en gran medida insuficiente respecto de la lógica que sería propia a un modelo garantista de derechos fundamentales socio-económicos en el marco de un proceso constituyente de un sistema político-democrático avanzado. Desde luego, no se corresponde con una opción maximalista que supondría el reforzamiento de los poderes decisionales de la Unión, ampliando sus competencias al ámbito de las políticas del «welfare» y generalizando la regla de la mayoría para tales decisiones. Así pues, el reconocimiento de derechos sociales fundamentales, que no se sostengan sobre políticas e instituciones europeas coherentes, se expone al riesgo de erigirse simplemente en una especie de «soft law» al máximo nivel.

Se trata de un modelo de constitucionalismo débil o debilitado, no reconducible al constitucionalismo social garantista; formas blandas de orden constitucional. Ese modelo de Constitución débil supone la pérdida en gran medida de la función garantista; es, ésta, una concepción que constituye la base constitucional del nuevo Derecho Flexible del Trabajo. No hay un garante de los derechos constitucionales en la medida en que el desarrollo de los derechos fundamentales a través de las políticas concretas comunitarias se somete a un régimen de reglas competenciales que permanecen inalteradas, lo que relativiza que estemos ante un hipotético hito revolucionario en la perspectiva de la construcción de la unidad europea. El Sistema de los Tratados de la UE tan sólo puede considerarse como una Constitución débil –un instrumento débil–, no en el sentido de que no tenga valor normativo (que lo tiene), sino en el sentido más específico de que consagra en muchos aspectos (especialmente los relativos a los derechos sociales) un grado de vinculación débil respecto del legis-

lador comunitario y nacional. La Constitución social europea como Constitución débil se limita a consagrar un conjunto de valores, principios, libertades y derechos abstractamente formulados, sin contenidos garantistas seguros y prefiguradores de la actividad legislativa pública. La Constitución Social débil se convierte en una suerte de centro de referencia jurídico-político flexible de la prácticas de los actores en conflicto, perdiendo su cualidad de prefiguración de un orden económico social concreto. La Constitución Social Europea se caracteriza por la proliferación de fórmulas coactivas blandas («soft law»). De este modo la Constitución débil es una Constitución jurídica mínima y flexible. Casi todo es plenamente disponible por la política legislativa.

Por el contrario, la Constitución Económica Europea –configurada en el Sistema de los Tratados de la UE– es una Constitución fuerte aunque incompleta por la inexistencia de una gobernanza integral de la Unión, que garantiza las bases constitutivas (derechos y libertades fundamentales de los agentes económicos, las reglas de juego indispensables para su funcionamiento; esto es, la Constitución económica conforma el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica) de un sistema económico de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado interior comunitario. De este modo, la Constitución incorpora una decisión política fundamental –definida y configuradora– sobre el modelo económico construido. Todo lo cual refleja la opción por la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica). La Constitución Social Europea flexible materializa un status de ciudadanía subordinado del trabajador y un gobierno global de la economía más liberado de limitaciones y cargas derivadas de las garantías sociales imperativas propias del constitucionalismo social clásico. Con todo, la Constitución económica europea es una Constitución fuerte y definidora de un orden económico concreto y determinado, destinado a imponerse a la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales.

En el cambio de paradigma de la Constitución garantista a la Constitución débil emerge la idea de una Constitución por valores o principios. Su efecto es la pérdida de fuerza normativa conformadora del texto constitucional, que supone que la Constitución pierde sensiblemente parte de su espacio regulador y delimitador de las materias que ordena a favor de la mayor libertad de libre configuración del legislador infraconstitucional. De este modo se ve afectada la relación interfluyen entre texto fundamental o Constitución y legislación ordinaria, pues ésta puede actuar con mayor margen de discrecionalidad con el único límite de atenerse al sistema de valores o principios consagrados en el texto fundamental –que

sólo formalmente sigue operando como norma fundamental del ordenamiento jurídico nacional o europeo-. Ello pone de relieve el carácter tendencialmente no decisorio de los nuevos textos constitucionales o de valor constitucional que se orientan hacia esa Constitución flexible por valores o principios, siempre marcados por un cierto relativismo (Ello evoca lejanamente la idea de Constitución sin decisión de Otto Kirchheimer¹², aunque aquí adquiere un carácter singularmente más matizado, pues de lo que se trata es también de cuestionar el constitucionalismo social –el garantismo social– en sí sobre el cual se ha construido la forma política del Estado Social contemporáneo). Y nótense que la debilidad de la Carta se manifiesta también en su limitada aplicación cuando se aplique el Derecho de la Unión, con exclusión de la legislación de los Estados en el ámbito específico de sus competencias fuera de aplicación del Derecho del Unión (art.51.1 CDFUE). En este sentido es tan sólo formalmente una Carta de lo que une y no de lo que es privativo en la esfera de competencias de cada Estado miembro. Es así que se produce una pérdida de centralidad de la norma fundamental en el sistema jurídico de referencia. Y en lo que aquí más interesa, evidencia el carácter no decisorio en el campo de lo social (y señaladamente de los derechos sociales) del Sistema de los Tratados de la Unión Europea. Este Sistema jurídico complejo redefine constantemente su programa constitucional a través de la fuerza imprimida por las instancias político-legislativas de la UE. Por tanto, se puede hablar de un Sistema constitucional de los Tratados de la UE altamente flexible y en gran medida sujeto a disponibilidad en sus contenidos materiales (racionalidad jurídico-material propia del constitucionalismo social) en el marco de un proceso constituyente siempre abierto, no clausurado.

La idea de una des-materialización (o des-sustancialización) de los textos constitucionales conduce a reforzar su condición de Constituciones procedimentales, delimitadoras de las reglas del juego en cuyo seno se mueven los actores del sistema político y social en el marco del pluralismo. Esta idea de Constitución tiende, pues, a contraponerse a la concepción de Constitución defendida por el constitucionalismo democrático-social, pues éste se trataba de combinar el juego de las rationalida-

12 O. KIRCHHEIMER, *Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*, Laub, Berlin 1930; id., *Politische Herrschaft – Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat*. Aufsatzsammlung, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1967. Neuauflage 1981; id.: *Funktion des Staates und der Verfassung – 10 Analysen*. Aufsatzsammlung, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1972. Sobre su pensamiento político y jurídico puede consultarse J. L. MONEREO PÉREZ, *Estado y democracia*, estudio preliminar a O. KIRCHHEIMER, *Justicia Política*, trad. R. Quijano y revisión de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.

des concurrentes (racionalidad formal, racionalidad material y racionalidad reflexiva u horizontal). Este es el sentido político-jurídico del paulatino desplazamiento de la Constitución normativa fuerte (Constitución garantista) a la Constitución jurídica débil o debilitada en su fuerza conformadora de la sociedad que organiza. La perdida de autonomía y fuerza decisoria de los textos constitucionales flexibles o débiles está servida. Y su consecuencia no es otra que el progresivo vaciamiento de la democracia social de los Estados miembros, a la par que no se logra construir un sistema democrático de la Unión Europea. Y tras ese desplazamiento se produce lentamente un nuevo desplazamiento del Estado Social garantista al Estado de competencia económica (o forma Estado– Mercado), que es una forma estatal fuertemente comprometida con el apoyo al mercado y las fuerzas económicas operantes en dicho espacio económico. El Estado-mercado y su emergente proyección a la Unión Europea como Unión de Mercado supone subordinar el modelo social al modelo económico, esto es, las protecciones sociales a las necesidades de flexibilización del mercado en la transformación constante del capitalismo como exigencia de supervivencia. En la nueva forma del Estado-Mercado, éste aparece como una condensación política de las relaciones socio-económicas nacionales e internacionales, poniéndose al servicio de la competitividad de las empresas. En este sentido se cerraría el círculo abierto con la gran transformación de la modernización industrial, en el sentido de que verdaderamente la economía de mercado se convierte en una sociedad de mercado (una sociedad para el mercado). Se ha podido hablar de Estado competitivo schumpeteriano (o, mejor, de Estado-Mercado), forma de Estado que tiene como función principal el fomento de las condiciones económicas y extraeconómicas necesarias para garantizar el crecimiento económico, el buen funcionamiento de la economía y la acumulación rentable del capital. Tiene como prioridad la búsqueda de estrategias encaminadas a crear, reestructurar y reforzar las ventajas competitivas de su territorio, población, medio ambiente, instituciones y actores económicos. El Estado competitivo otorga una especial atención al cambio tecnológico, la innovación empresarial y el desarrollo de nuevas técnicas de gobierno y gobernanza. Se presenta como promotor proactivo de la competitividad en sus espacios económicos ante el recrudecimiento de la competitividad internacional y regional. La tendencia es a subordinar los sistemas extraeconómicos y del mundo de la vida a las exigencias de la competitividad predeterminadas en la fase actual de globalización económica que requiere políticas económicas de escala.

Por lo demás, el contexto de la globalización económica neoliberal está incidiendo negativamente en la efectividad social real de los derechos humanos. Con las dificultades de gobernabilidad del Estado-nación de ciertos procesos se expande la racionalidad

del mercado a espacios no exclusivamente económicos, con una cierta dilución de las fronteras entre lo público y lo privado, haciéndose prevalecer los criterios de eficiencia, productividad y competitividad sobre los costes de los criterios sociales políticamente consensuados en las formas de democracia representativa. En todo caso, interesa realzar que la Carta (ahora con fuerza normativa vinculante) inserta en un único texto jurídico, por primera vez en la Unión Europea, el conjunto integrado de los derechos fundamentales de las distintas generaciones (desde la primera hasta la última).

4. LAS CONSECUENCIAS DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA QUE SE IMPONE DE MANERA DETERMINANTE AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Esta realidad constitucional de una Constitución económica liberalizadora de la Unión que se impone al constitucionalismo social no puede sino tener consecuencias negativas para la democracia constitucional (que no puede concebirse sin un componente sustancial) y la tutela de los derechos sociales fundamentales. Pero es notorio que esa estrategia se ha mostrado ineficaz, pues no ha ido más allá de grandes declaraciones retóricas, sin el respaldo de las adecuadas iniciativas políticas y jurídicas.

Con todo, no es de extrañar que el mismo Comité Económico y Social Europeo haya podido constatar “los casos acaecidos de violación grave de dicha Carta”, por lo que entiende que “urge establecer una estrategia de seguimiento y reacción rápida”; y “expresa su gran inquietud con respecto a la propagación de determinadas posiciones políticas que pueden desembocar y, de hecho, en algunos casos desembocan en retrocesos en cuanto al fomento y la protección de los derechos fundamentales¹³”. En tal sentido considera que “En un contexto de crisis financiera y económica, es importante reforzar los vínculos de solidaridad entre los Estados, los agentes económicos y sociales y los ciudadanos, y respetar la dignidad y los derechos de los ciudadanos”. Por ello se ha de subrayar la obligación jurídica (y no sólo político-democrática) vinculante de promover los derechos fundamentales (con arreglo al art. 51, párrafo 1º, de la Carta, los Estados miembros promoverán su aplicación, siendo ello una obligación).

El Sistema de los Tratados y la Carta de la Unión subordinan lo social a lo económico y no sólo no alcanza un equilibrio entre ambas lógicas, sino que tampoco logra establecer una verdadera garantía eficaz en una doble perspectiva:

13 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión: Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea” [COM(2010) 573 final] (2011/C 376/14)

A). Desde el punto de vista de la iniciativa de las instituciones políticas de la Unión, debe señalarse que no protege a los derechos sociales frente al primado de la razón económica. Lo que resulta evidente respecto al programa de desmantelamiento selectivo del Derecho Social del Trabajo diseñado expresamente en el Libro Verde de la Comisión Europea, “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (COM(2006) 708 final), que se vence hacia políticas de flexiseguridad neoliberal y deja en un segundo plano el papel central que deberían ocupar los derechos fundamentales de los trabajadores y la misma idea constitucional de ciudadanía social¹⁴.

Pero no protege, ante todo, respecto de las políticas neoliberales efectivamente puestas en práctica desde las instancias políticas de la Unión Europea, que implican un proceso de desmantelamiento de las garantías sociales y una remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. Mientras la Unión Europea no ha completado su proceso de democratización (déficit democrático), el «demos» de los Estados nacionales va perdiendo su identidad y efectividad, pues los ciudadanos perciben que carecen de poder de influencia en sus gobiernos y en las políticas de las instituciones de la Unión. Y no se trata de una simple modernización y reestructuración de la ciudadanía social proclamada en las Constituciones jurídicas y los Estados Sociales nacionales, sino de un desmantelamiento selectivo dirigido a llevar a cabo una mutación tácita y en menor medida una reforma explícita de los textos constitucionales y de la forma política del Estado Social de Derecho. Es necesario indicar que la mutación de la Constitución significa, en sentido técnico, una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional. Propiamente no se cambia el texto constitucional. Se opera no una reforma jurídico-formal de la Constitución sino tan sólo una muy incisiva reforma “material” del texto constitucional¹⁵. Las

14 Asimismo, Comisión Europea, “Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿Qué lecciones sacar de la experiencia reciente?”, Bruselas, 17.1. 2012. COM(2012) 7 final.

15 Véase H. DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Föster, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), 1998, páginas 29 y sigs. y *passim*. Este autor hace notar que se pueden diferenciar cuatro clases de la mutación de la Constitución: mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución (una práctica estatal que no contradice formalmente al texto constitucional. En tal caso se ignora un artículo o varios de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. La tensión que puede observarse aquí se da entre la situación real y la situación legal diseñada por la Constitución, aunque ciertamente a menudo resulta difícil comprobar si una práctica constitucional no es conforme con la Constitución); mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente, pues ya no se corresponden a la realidad jurídica del momento constitucional; mutación

mutaciones constitucionales a menudo operan silenciosamente y reflejan en los textos constitucionales las transformaciones que se operan en la esfera política, esto es, en la situación constitucional real; lo cual plantea la falta de correspondencia entre la Norma Fundamental y la realidad en el campo del Derecho constitucional y de la Ciencia Política. En este sentido se produce –a menudo sigilosamente– una ruptura de la Constitución por el primado de normas y vías de hecho que reflejan una decisión político-jurídica de signo contrario al sentido originario del texto fundamental (que es lo que se está produciendo con una gran parte de las legislaciones de excepción permanente en la etapa actual de respuesta institucional a la crisis económica). En las mutaciones constitucionales existe una contraposición entre realidad jurídico-normativa y realidad política (facticidad). Estas mutaciones, a veces, no son adecuadamente percibidas desde las posiciones formalistas de argumentación y comprensión jurídico-política del fenómeno constitucional. Suelen ignorar –o no captar correctamente en todo su alcance– que las reformas constitucionales desde una perspectiva temporal amplia son poco frecuentes, mientras que las mutaciones constitucionales –más o menos explicitadas– están al orden del día como proceso jurídico-político especialmente relevante en situaciones de cambios históricos y, por supuesto, en períodos calificables de excepción, donde se hacen más visibles las relaciones efectivas de poder existentes en una sociedad determinada y, por ello mismo, la fuerte tensión entre la Constitución formal y la realidad constitucional emergente en la que quedan implicadas la facticidad y la normatividad.

de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución (contradice la preceptiva de la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. La situación de tensión es clara aquí, porque la contradicción entre el ser y el deber ser es inequívoca; la práctica efectiva del órgano estatal correspondiente discrepa de las normas constitucionales); y, por último, mutación de la Constitución mediante su interpretación (Se produce una mutación constitucional mediante la interpretación, de manera que la norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirla, es distinta. Así, la Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas a las antes imaginadas) (*ibid.*, págs. 31 y sigs.). Véase también G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, trad. y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000; *íd.*: *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.; C. DE CABO, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, Madrid, 2003; P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (1985), Madrid, Ed. Tecnos, 1991, que incluye la mutación constitucional entre las modificaciones no formales de la Constitución (págs. 179 y sigs.).

En realidad, cuando se habla de modernización en materia de derechos sociales hay que preocuparse porque se suele traducir en reducción de la protección dispensada o en re-mercantilización de los derechos de prestación. La Constitución débil o flexible del trabajo subordina lo social a los imperativos de la economía (europea y nacional, tendencialmente indisolubles y cohesionadas), dejando en un segundo plano las finalidades redistributivas y correctoras y de control público-social de las actividades de mercado. Así se produce una ruptura –una fractura– en un constitucionalismo social donde la Constitución económica y la Constitución social eran dos dimensiones –dos vertientes– interrelacionadas y comunicables bajo el objetivo común de equilibrar la razón económica y la razón social, aún bajo la realidad problemática de las condiciones económicas propias del capitalismo tardío.

Las actuales políticas autocalificadas eufemísticamente de reforma laboral y social están, sin embargo, expandiendo, generalizando y consolidando un modelo antropológico de trabajador: El trabajador precario. Con ello se altera radicalmente el modelo antropológico de trabajador protegido que ha guiado la política social en el marco del constitucionalismo democrático-social. Hasta tal punto es así, que el precariado –como he demostrado en otra ocasión– deviene en una condición social subalterna, situada siempre en la misma frontera entre la inclusión y exclusión social, que se contrapone frontalmente al trabajo digno o decente en la conocida expresión utilizada por la OIT. La precarización laboral comporta una situación de máxima inseguridad y vulnerabilidad de la persona que trabaja. La tendencia en el capitalismo flexible y globalizado va en la dirección de una utilización y organización flexible del trabajo que conduce a la expansión del trabajo precario. De este modo, la precarización laboral tiende a perder su carácter marginal y asume un carácter estructural y generalizado en las nuevas formas de organización del trabajo (flexible e inestable) en el capitalismo flexible. Llámese la atención en el hecho de que la debilidad del trabajador no es solo contractual, en el trabajo, sino que se hace extensiva a una reducción significativa de la protección de Seguridad Social y, en general, de los mecanismos de protección social pública. Ciertamente, el trabajo precario solo es capaz –acaso– de proporcionar un débil nivel de desmercantilización, apartándose así del modelo antropológico de trabajador protegido (a través de derechos sociales de desmercantilización) diseñado en los textos constitucionales enmarcados en la tradición del constitucionalismo social.

No existe ya la pretensión de buscar un equilibrio entre la integración económica y la integración social en el sistema de los Tratados de la Unión

Europea. E igualmente –y por impulso de éste– el equilibrio entre la razón económica y la razón de la sociedad es cuestionado en sus pilares fundamentales. La Constitución económica europea condiciona y absorbe las Constituciones económico-sociales de los Estados sociales nacionales, conformando una realidad constitucional que oponiéndose a las bases de la tradición del constitucionalismo social tiende a establecer la nueva forma política del Estado de competencia económica o Estado-mercado, poniendo la política al servicio del mercado. Esto supone, por decirlo expresivamente, poner el sistema democrático al servicio de intereses particularistas, no hacia la dirección coherente de la satisfacción preferente de intereses generales o públicos en beneficio de todos los ciudadanos.

La Constitución social europea es una Constitución débil, subordinada a la Constitución económica europea. Y, en esa condición, sobre ella prima la centralidad del mercado y el sistema de libertades económicas garantizadas. Todo lo cual se refleja también en la subalternidad de la regulación en materia social (con límites competenciales, que permite excluir materias sociales fundamentales; y con sometimiento generalizado de la regla de la unanimidad decisional para la aprobación de instrumentos normativos europeos en el caso de las materias donde se ejerce competencia; y por último, gran parte de las materias sociolaborales continúan siendo reservadas para los Estados nacionales y tan sólo sometidas a mecanismos de colaboración y al método abierto de coordinación europea). Esta Constitución social europea débil no es equiparable a la Constitución social de la tradición jurídica de los Estados sociales miembros de la Unión, pero ésta resulta poderosa y decisivamente condicionada por una Constitución económica europea fuerte y absorbente en su lógica de imperatividad en la maximización de la competitividad y rentabilidad del capital en todo el espacio político de la Unión.

Lo que se hace prevalecer es la integración europea negativa sobre la integración europea positiva basada en la garantía efectiva de todos los derechos fundamentales en el marco de un proceso de democratización en la construcción de la Unión Europea. Sería necesario superar el desequilibrio todavía existente entre la integración negativa (predominante) y la integración positiva deficiente, lo cual supone tomarse en serio las garantías sociales en el Sistema de los Tratados. La integración positiva exige una dirección política del mercado y un control de los poderes sociales que operan en el espacio de la Unión Europea, pues el mismo constitucionalismo social europeo no puede ser realidad sin contar con una decisión fundamental conjunta y articulada entre las esferas política, económica

y social de las sociedades avanzadas. La legitimación del modelo social europeo implica la consagración de todo un proceso de democratización sustancial que involucra y afecta a la política del poder, a la integración de las clases trabajadoras en el orden constitucional y a la garantía de todos los derechos fundamentales, dada su comunicabilidad e interdependencia para un nuevo orden situado en la tradición común del constitucionalismo social.

Por ello es necesario apostar por la simetría en la regulación en la misma fuente constitucional (el sistema de los Tratados de la Unión) de las diversas vertientes interrelacionadas de la Constitución económica y de la Constitución social, porque sólo así se podrá reflejar la unidad del proyecto de democratización europeo y se podrá garantizar la búsqueda de equilibrio –siempre inestable– en los conflictos que surgen entre el Derecho Social del Trabajo y el Derecho Económico de la Concurrencia. Con las actuales reglas de juego constitucionales prefijadas, las constituciones sociales de los Estados miembros estarán siempre subordinadas a una Constitución económica comunitaria neoliberal que las pone en permanente cuestión desde sus mismos presupuestos de partida. En virtud de ellas se viene produciendo una absorción y colonización interna de las Constituciones nacionales (en su doble dimensión económica y social) por la Constitución económica de la Unión Europea. Lo que, dado el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los Derechos nacionales, entraña la negación por neutralización de la lógica interna de equilibrio entre lo social y lo económico en las constituciones de los países miembros que formalmente fueron diseñadas en la tradición político-constitucional del constitucionalismo democrático-social. Si no cambian esas reglas de juego desequilibradas, el Derecho Social del Trabajo seguirá estando subordinado al Derecho europeo de la competencia. Hasta tal punto es así, que puede hablarse de infiltración del Derecho comunitario de la concurrencia en el Derecho del Trabajo de los Estados miembros (Estados Sociales nacionales), de manera que el Derecho del Trabajo europeo actúa paradójicamente como un instrumento del mercado interior, desvirtuando y desnaturalizando su función legitimadora expresada en su carácter compromisorio y transaccional, vinculado a su carácter inevitablemente conflictivo entre la tensión subyacente en el ámbito de la política del Derecho entre la racionalidad económica y la racionalidad social (entre lo económico y lo social) en la sociedad moderna. Se trata de funcionalizar el orden económico a la sociedad y no al revés, impidiendo la colonización de lo económico y su lógica mercantilizadora en todas las esferas del orden de la sociedad. Este, y no otro, es el sentido del Derecho del Trabajo garantista.

B). Desde la perspectiva de la iniciativa de los Estados, cabe decir que no hay protección adecuada frente a las agresiones a los derechos sociales realizadas directamente por los gobiernos políticos nacionales, porque precisamente éstos se amparan en las indicaciones de gobernanza económica europea y en el predominio de la Constitución material de la Unión para realizarlas. Las llamadas “políticas de austeridad” y de contención del gasto público social (gasto social que de forma nunca bien explicitada y justificada es siempre el principalmente destinado a ser recortado en el conjunto de las partidas de gasto público), junto con las políticas de flexibilidad o flexiseguridad laboral neoliberal, están pulverizando literalmente los derechos de ciudadanía social. Es decir, no se ha protegido, blindado, la garantía efectiva de los derechos sociales frente a la agresión de las políticas neoliberales, frente a los Poderes económicos, más o menos institucionalizados, más o menos salvajes. El problema es que gran parte de los derechos fundamentales reconocidos –especialmente los de carácter social– pueden (y de hecho ya lo están) adolecer de inefectividad estructural por la falta de las correspondientes normas jurídicas de actuación, no sólo de garantías (primarias y secundarias), sino también de imposición de obligaciones jurídicas de actuación por parte de los Poderes públicos (Lo que se podría llamar la garantía político-institucional de los derechos).

Por lo demás, con base a los ámbitos de soberanía cedida por los Estados miembros en materia económica, se ha condicionado y subordinado, en todos los órdenes, la política social a las orientaciones imperativas de las políticas económicas de la Unión. Esto está suponiendo una re-mercantilización de los derechos fundamentales sociales ya consagrados en los textos constitucionales nacionales. Su resultado visible no es otro que una suerte de política social europea negativa, en un marco jurídico-institucional sin tutela efectiva, pero donde sí se interviene para condicionar y desmantelar el constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho. Paradigmáticamente se ha producido una relegación de la política de empleo en favor del principio de rentabilidad del capital. La política de empleo del Estado Social no sólo forma parte del Pacto Social democrático de la post-guerra, sino que también es una condición del modelo económico basado en el crecimiento responsable y el consumo de masas. Es por ello criticable la desatención constitucional que supone el abandono del pleno empleo como objetivo fundamental de las políticas económicas contraponiéndose a las previsiones explícitas de las Constituciones democrático-sociales nacionales (v.gr., nuestro art. 40 CE).

El efecto es el de una real neutralización y mutación tácita de las constituciones políticas (substracción de la capacidad de decisión a las instancias legislativas y de gobierno de los Estados miembros, inherente al principio democrático) y socio-económicas nacionales, operando una doble metamorfosis constitucional, a saber: un progresivo desplazamiento del modelo de Constitución democrático-social del Estado Social por un modelo de Constitución flexible y neoliberal que hace primar la razón económica sobre la razón social, por un lado, y por otro, la heterodirección de la gobernanza europea se impone autoritariamente a las legítimas instancias político-democráticas (parlamentarias y gubernamentales) de los Estados miembros. Pero esa mutación también resulta ser explícita en algún caso. Así, paradigma de mutación expresa, y en un sentido análogo a la realizada en otros Estados miembros, es la reforma del art. 135 CE, que consagra el principio de estabilidad presupuestaria; en relación con el “Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, dicho artículo implica la prohibición de que el Estado y las CCAA incurran en un déficit estructural superior a los márgenes establecidos por la Unión Europea para los Estados miembros, y asimismo la imposición a las entidades locales de un equilibrio presupuestario; y su desarrollo en virtud de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con el sometimiento expreso de la Administración de la Seguridad Social a las reglas de estabilidad presupuestaria, lo que en hipótesis podría traducirse en un recorte directo o indirecto de las prestaciones sociales como opción al parecer preferente al incremento de las cotizaciones sociales o de las aportaciones del Estado, con la consiguiente afectación negativa a la garantía constitucional del sistema de Seguridad Social contenida en el art. 41 CE.

Esto permite comprender cómo el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social (en gran medida todavía nacionalizado en cuanto a la atribución fundamental de competencias a los Estados nacionales) pueda estar en la presente coyuntura subordinado a las exigencias de la competitividad, y en general a la razón económica, y que los textos constitucionales nacionales hayan quedado prácticamente neutralizados (desvirtuados o, a menudo, anestesiados en cuanto que en la práctica están quedando en suspenso en su aplicación real y efectiva) por el predominio absoluto de las políticas autodenominadas anticrisis preordenadas por la Unión Europea y de las fuerzas e instituciones económicas que operan en el mercado desde una posición dominante. La competitividad se ha convertido en la nueva fórmula mágica de la ciencia jurídica, y no sólo de la también autodenominada ciencia económica. También permite comprender la centralidad actual de las llamadas políticas de reforma del mercado de trabajo y de los sistemas de protección social en un sentido de des-

construcción del modelo garantista; en manifiesto contraste con reformas tan sólo epidérmicas del modelo productivo y de competitividad de la economía. Subyace la apuesta por la competitividad por la reducción de los costes y garantías sociales, es decir, una devaluación del trabajo y de las garantías sociales; y, en relación a ello, una transferencia de riesgos y rentas del trabajo al capital.

Es más, lo que se viene produciendo no opera únicamente desde el exterior del propio ordenamiento jurídico-laboral, sino que incide internamente en el mismo; es decir, las categorías e instituciones jurídico-laborales quedan impregnadas por el Derecho económico de la competencia (tanto a nivel de la Unión como en el ámbito nacional). Ahí reside precisamente la idea de un Derecho del Trabajo invertido en sus fines, que va perdiendo paulatinamente su calificación (y atributo) de social, porque paradójicamente tiende a hacer prevalecer la lógica económica sobre la lógica social (v.gr., la competitividad es el factor clave de las regulaciones del despido por causas empresariales, las modificaciones sustanciales por exigencias de funcionamiento de la empresa, la flexibilidad salarial y de condiciones de trabajo por necesidades empresariales, en cuyo marco significativamente se han fomentado legalmente el ejercicio unilateral de los poderes empresariales; el intento de conversión del convenio colectivo en un simple instrumento de gestión funcional de la empresa, y no de equilibrio de poderes y de redistribución del producto social vinculado a la distribución del trabajo social; la reconfiguración del contrato de trabajo en una línea de máxima individualización y de descolectivización del trabajo, etcétera). Todo lo cual entraña visiblemente un creciente proceso de re-mercantilización del trabajo y un detrimento calculado de la subjetividad política de los poderes de las clases subalternas.

Resulta singularmente paradigmática la doctrina del TJUE, que sin duda tanto ha venido contribuyendo al reconocimiento de los derechos fundamentales en el espacio europeo, sobre la tensión entre las libertades económicas (en particular el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios) y los derechos fundamentales de carácter colectivo, como la huelga y la negociación colectiva (formalmente garantizados en la Carta de la Unión Europea y las Constituciones nacionales), haciendo prevalecer las libertades económicas sobre tales derechos sociales de libertad. Así se refuerza la centralidad del mercado y se debilita el sistema de garantías sociales de los derechos a nivel europeo y nacional. Se trata ante todo de tres grandes pronunciamientos en los asuntos Viking (STJUE de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05), Laval (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C- 341/05) y Rüffert (STJUE de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06), en los que se pone límites sustanciales a los derechos colectivos en su confrontación

con las libertades económicas europeas, lo que determina que en caso de entrar en colisión prevalecería la libertad económica sobre el derecho social de libertad de huelga. Por lo demás, esta subordinación de los derechos colectivos a las libertades económicas viene facilitada por la dificultad de legislar en el ámbito comunitario en materia de libertad sindical y derecho de huelga que alcanza a la prohibición (art. 153.5 del TUE, a cuyo tenor: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindical, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”), con lo cual el déficit de protección de estos derechos fundamentales sociales resulta más que evidente cuando se contrastan con las libertades económicas plenamente garantizadas en su efectividad por el Derecho de la Unión y con carácter jerárquicamente consagrado.

Esta problemática y el debate consiguiente han adquirido tal magnitud como para dar lugar a propuestas de iniciativas legislativas de la Unión Europea. Así, la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (COM/2012/0130 final-2012/0064 (APP), en cuya Exposición de Motivos se pone de manifiesto que tales sentencias del Tribunal de Justicia evidencian las brechas existentes entre el mercado único y la dimensión social a nivel nacional y se vencen por la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de colisión de derechos colectivos y libertades económicas; y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹⁶. Será difícil que el juego de este principio de proporcionalidad aporte un verdadero equilibrio entre las libertades y derechos en conflicto, porque se acabará sometiendo la lógica propia de la acción colectiva a parámetros economicistas que tienden a imponerse por la misma fuerza de la racionalización de los procesos económicos en el mercado interior. Al final, es previsible que se continúe produciendo una reconducción hacia la mercantilización de estos derechos colectivos o sindicales de libertad (como ya está sucediendo también, y de modo generalizado, con el conjunto de los derechos sociales prestacionales), donde el trabajador tiende a ser, de nuevo, considerado en los hechos como una mercancía «*sui generis*» que tiene que adaptarse y conciliarse con el Derecho económico de la competencia. Un Derecho de la competencia presidido actualmente por la ideología dominante de un liberalismo económico radical. Entonces –y en coherencia con ese discurso neoliberal– los derechos colectivos de los trabajadores quedan subordinados a la plenitud

16 Texto pertinente a efectos del EEEE. Bruselas, 21.3.2012. COM(2012) 131 final. 2012/0061 (COD).

de las libertades económicas en todo el espacio europeo. Se da, así, un paso más hacia la re-mercantilización de los derechos fundamentales sociales.

En el fondo hay que resolver un problema previo relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos. Mientras esa equiparación en la norma fundamental de la Unión no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales.

En esa dirección resulta harto significativo que, dentro del mismo sistema institucional de la Unión, el Comité Económico y Social Europeo haya llamado la atención sobre la tensión entre los derechos fundamentales sociales y las libertades de naturaleza económica: “En cuanto al principio de equiparación de los derechos sociales fundamentales con las libertades de naturaleza económica, el CESE considera que el Derecho primario en concreto debe garantizar dicho enfoque. Asimismo, recuerda que ya en el tercer considerando del Preámbulo y más concretamente en el art. 151 del TFUE se establece el objetivo de la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Por tanto, pide expresamente que se añada un “Protocolo de progreso social a los Tratados, para consolidar el principio de equiparación entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas, y de esta manera clarificar que ni las libertades económicas ni las normas de competencia deben tener primacía sobre los derechos sociales fundamentales y determinar claramente la repercusión de los objetivos de la Unión Europea en materia de progreso social¹⁷”. No se sabe a ciencia cierta si estas iniciativas prosperarán pero, al menos habrán permitido dar visibilidad al problema de la absorción de los derechos colectivos o sindicales por el Derecho de la competencia que ampara las libertades económicas de la Unión.

Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular de los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la inefectividad estructural por la carencia de no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los de-

17 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión: Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea” [COM(2010) 573 final] (2011/C 376/14).

rechos proclamados en la Carta -Norma-garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental).

De esta manera se explica que a pesar de disponer ya de una importante Carta de derechos fundamentales de la Unión, dotada de rango análogo a los tratados fundacionales, sin embargo, ésta no haya podido ser reclamada como elemento de contención y defensa frente a los procesos de remercantilización del trabajo y de los derechos sociales de la ciudadanía. Ya se ha señalado que la Carta encuentra muchas reservas condicionantes y debilitadoras de su efectividad en la delimitación de su ámbito de aplicación, lo cual impide que pueda establecerse en virtud de ella una verdadera Constitución social europea basada en la garantía efectiva de todos los derechos sociales de la ciudadanía (a mayor abundancia, continúa siendo un instrumento jurídico externo al sistema de los Tratados constitutivos de la Unión; y por tanto sujeto a una lógica propia y diferenciada, por lo que no puede considerarse como la parte dogmática o declarativa de derechos del Sistema de los Tratados fundacionales).

En tal sentido, al dejar intacto el sistema de competencias y las reglas de aprobación de los instrumentos normativos de la Unión, visiblemente la Carta se ha visto impotente para alcanzar un equilibrio satisfactorio entre la integración negativa (razón económica) y la integración positiva (razón social), que es la social; o en otras palabras: entre la integración económica y la integración social. De este modo, la Constitución económica europea opera como impulso para la generalización y expansión de la nueva Constitución material del Estado de competencia económica (Estado- Mercado) en los Estados miembros de la Unión conformándolos, pues, con una fisonomía marcadamente post-social.

No se ha podido contribuir decisivamente a contener el proceso de desplazamiento gradual del Derecho del Trabajo del constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social, por otro modelo de Derecho del Trabajo: el Derecho del Trabajo del constitucionalismo débil y tendencialmente post-social. Un Derecho del Trabajo que se aparta del garantismo jurídico-social y que tiende a conformarse, paradigmáticamente, como un Derecho del Trabajo Invertido en su función al apostar por la preferencia de la razón económica sobre la razón social (que, se insiste, es la razón de la sociedad), y la consiguiente re-mercantilización de lo que en el constitucionalismo social eran considerados verdaderos derechos sociales de la ciudadanía y como tales derechos de desmercantilización relativos del trabajo subordinado o asalariado. Todo ello presupone una redefinición de la relación entre la política democrática y la esfera socio-económica. Las transformaciones actuales del Derecho Social

del Trabajo parecen confirmar la tendencia hacia la ruptura del constitucionalismo democrático-social y su forma política de Estado Social de Derecho, y la acomodación y subsunción del mismo a las exigencias de un constitucionalismo económico de mercado y su forma política de Estado-Mercado. Un Derecho del Trabajo que se enmarca en una Constitución social debilitada, dotada de una normatividad de baja intensidad con derechos subjetivos cuyo nivel de positividad y garantías jurídicas correspondientes tienden a reducirse al campo de lo programático y su cristalización en reglas blandas. En contraposición, pues, a las libertades económicas configuradas como derechos positivados en normas jurídicamente vinculantes en sentido fuerte. El juicio crítico debe evitar también la tentación del corporativismo disciplinal, que conduciría a una defensa a toda costa de las virtualidades (imaginadas o imaginarias) de un particularismo mítico y ahistorical de este sector diferenciado del ordenamiento jurídico. Lo que implica llevar a la crítica hasta sus últimas consecuencias.

Esto significa que el Derecho Social del Trabajo tiende a convertirse en un Derecho postsocial del Trabajo y de la Empresa (en el particular sentido de estar preferentemente al servicio de las exigencias de su funcionamiento). Cambian, así, los valores de referencia, las prioridades y jerarquías. Todo ello en el marco de una mutación tácita (principalmente) de los textos del constitucionalismo social vigentes formalmente en Europa en virtud de una realidad constitucional que se impone por gobiernos fuertes, los cuales presentan oficialmente sus reformas restrictivas de derechos sociales como imposiciones inevitables de los mercados (sin aclarar, por otra parte, qué fuerzas económicas e institucionales operan en dichos espacios económicos globalizados). Se está produciendo, pues, una desconstitucionalización y remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. La Constitución jurídico-social solo adquiere una vigencia jurídico-formal, pero está desprovista, cada vez más, de eficacia real y efectiva. Esto impide la aparición de una auténtica esfera pública europea que otorgue visibilidad a un instrumento de tan potencial relevancia en los ordenamientos jurídicos de la Unión como es la Carta.

Por el contrario, se ha de entender que los principios y valores de la democracia (en sentido formal y material) imponen, en coherencia, otro modelo distinto, a saber: la consagración de un poder democrático-constitucional europeo que consagre e instaure un constitucionalismo democrático-social europeo y nacional, y que garantice un control del mercado (y de los poderes socio-económicos) por la política democráticamente definida. Sólo en este marco se podrá disponer de la garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía en el marco del espacio político-jurídico de la Unión. Por tanto, el discurso político-social no debe ser anti-Unión Europea, sino, por el contrario, pro-europeo, pero una Unión Europea que se con-

forme, en verdad, como nueva forma política de Unión democrático-social Europea y que, como tal, se contrapone a su configuración actual como una Unión Europea orientada más hacia la primacía del mercado (razón económica) que a la primacía de la sociedad (razón social). Este modelo implica un control democrático de los mercados, la garantía de los derechos sociales, el impulso a un desarrollo económico sostenible y, en fin, el despliegue de políticas de redistribución de la riqueza y del poder. Supone avanzar en todas las dimensiones de la ciudadanía desde la comprensión realista de que en una sociedad fragmentada en grupos y clases sociales la libertad y la igualdad son una aspiración (Y tanto más en la presente coyuntura en la que se asiste a una desintegración o descomposición del tejido social).

La Constitución de la Unión Europea tiene que ser una Constitución eminentemente democrático-social y no una Constitución económica unilateralmente encaminada a consagrar la centralidad incondicionada del mercado en detrimento de la participación democrática, de la redistribución de la riqueza y del producto social y, en definitiva, la des-sustancialización de la democracia. Sólo así será verdaderamente una Europa democrática (una que merezca ser llamada Europa social), pues ésta presupone una inescindible doble dimensión, como democracia formal y procedimental y como democracia sustancial o social. Cabría interrogarse sobre si una democracia desmaterializada (sin Constitución social basada en la participación y en la garantía de derechos sociales de desmercantilización) puede seguir siendo merecedora de esa calificación. En el actual estadio de la civilización, la respuesta debería de ser negativa. Basta recordar que los derechos sociales fundamentales son indisolubles de los derechos civiles y políticos y están equiparados a ellos en virtud de la misma Carta de la Unión Europea. Por lo demás, los derechos humanos son universales e indivisibles, por lo que deben ser protegidos y garantizados a todas las personas, no sólo a los ciudadanos de la Unión. Este es el sentido de una Europa de los derechos, que no puede limitarse a aquellas personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro, sino que más bien deben abarcar a toda persona que resida en el territorio de la Unión. De otra manera el ámbito personal del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea sería incompatible con los valores y principios (la no discriminación, el trato justo e igualitario y la solidaridad), sobre los que la Unión Europea ha sido fundada, o, al menos, debería serlo. La Unión debería intentar reforzar el marco jurídico (junto con la praxis política de fomento) de los derechos sociales fundamentales. Ello exige también que la Unión se adhiera a la Carta Social Europea revisada, haciendo valer la regla genérica contenida ex art. 151, párrafo 1º del TFUE y 6. 3 TUE. (Es criticable que no exista una obligación de adhesión a dicho instrumento de Derecho internacional regional similar a la pre-

vista respecto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades prevista ex art. 6.2 TUE).

Todo esto remite a otra pregunta –y reflexión correspondiente– sobre si es posible a largo plazo la supervivencia del capitalismo configurado pretendidamente como capitalismo puro, esto es, libre de sistemas de limitaciones y racionalizaciones sociales y político-jurídicas y, eso sí, defensor de un intervencionismo público selectivo al servicio predominantemente de las exigencias del mercado. Es dudoso que el capitalismo pueda ser salvado nuevamente sin políticas de reforma social y de concesión o contención social; en condiciones mínimas de democracia (y es posible que se cuestione esta forma política no sólo en el campo sustancial, lo que resulta evidente, sino también en el campo procedural de la libre participación política) es difícil la supervivencia de un sistema social total sin un mínimo de igualdad y de solidaridad social: una elevada pobreza y exclusión social acaban por desestabilizar el orden político y cuestionar la dinámica económica del capitalismo, el cual exige orden, estabilidad, previsibilidad, paz social, y un cierto nivel de poder adquisitivo y de consumo de masas (demanda agregada) sin la cual no se garantiza el consumo requerido por un capitalismo cognitivo y una sociedad no sólo adquisitiva, sino igualmente una sociedad de consumo¹⁸. A largo plazo esto es insostenible. No parece viable –al menos a largo plazo– la expansión económica responsable y el crecimiento necesario de las necesidades económicas sin orden ni capacidad efectiva de consumo, cuando no de consumidores de mercancías y servicios. En otras palabras: la democracia constitucional exige una legitimidad sustancial.

Por lo demás, una concepción puramente formal de la democracia es hoy sencillamente insostenible: la democracia contemporánea presenta indisociablemente una doble dimensión sustancial y formal. Las dos dimensiones de la democracia, la formal y la sustancial, se encuentran ligadas en el paradigma constitucional a los derechos fundamentales en general y señaladamente a los derechos sociales que aseguran la materialidad y autenticidad en un sistema democrático¹⁹.

18. Esto lo supieron ver autores lúcidos como Max Weber, Gustav Schmoller, Hermann Heller, Keynes y keynesianos eminentes como Joan Robinson o Galbraith, entre otros. Puede consultarse J. L. MONEREO PÉREZ, *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, y la bibliografía allí citada. Para el pensamiento de Keynes son de gran interés las reflexiones de uno de sus máximos conocedores, R. SKIDELSKY, *El regreso de Keynes*, trad. Jordi Pascual, Barcelona, 2009.

19. Véase L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 35 y sigs.

El modelo actual de integración europea presenta importantes limitaciones y adolece de graves insuficiencias (de carácter político y jurídico) desde el punto de vista de la democracia y de la institucionalización de una verdadera Constitución europea que pueda merecer la calificación de Constitución social. Ello reclama una mayor integración política y jurídica y la apertura de un intenso proceso de revisión y reforma democratizadora del Sistema de los Tratados de la Unión (Integración política y jurídica, socio-económica y cultural).

Pero la lucha por el Derecho Social Europeo es también lucha de poderes: corresponde a la ciudadanía activa y a los grupos que la articulan (ciudadanía de los poderes) exigir la garantía de instauración de un nuevo orden más democrático y justo. Se percibe, en los indicios del presente, la apertura de una nueva época para las luchas por los derechos sociales (en su acepción amplia de derechos económicos, sociales y culturales). He aquí una tarea para construir un presente y un futuro que no está escrito y en el que todos (y no sólo los juristas críticos) estamos llamados a participar. Los derechos nunca han sido otorgados por el poder establecido y su consagración jurídica ha sido el resultado de un proceso de luchas sociales y políticas. También será así su mantenimiento.

Resumen:

El constitucionalismo democrático-social en los Estados nacionales avanzados, impulsado especialmente a partir de la segunda postguerra mundial, y que permitió el control político de la economía y la garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía y bienes públicos, está siendo desplazado radicalmente –aunque paulatinamente para hacerlo más asumible y aceptable por la sociedad– por un constitucionalismo débil de tipo neoliberal (post-social) que subordina la Constitución social a las exigencias maximalistas de la Constitución económica. Ese proceso transformador, significativamente, es impulsado en el momento presente por las instituciones políticas de la Unión Europea. Por otra parte, esta decisión político-jurídica se ha visto sin duda facilitada por el persistente déficit democrático de la Unión y, en relación a ello, por un marco normativo y político insuficiente para la garantía de los derechos fundamentales, y en particular los derechos sociales. Se constata, asimismo, el predominio de la Constitución económica material que se impone sobre esa subalterna y debilitada Constitución social dentro del sistema de los Tratados de la Unión. De manera que el principio de mercado (razón económica selectiva) prevalece sobre el principio de comunidad (razón social general, redistributiva y participativa). Todo ello sin dejar de reconocer que se han producido ciertos avances importantes en la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo y ante todo que se ha otorgado eficacia normativa –con rango equivalente a un Tratado de la Unión Europea– a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Palabras Clave: *Constitucionalismo social, ciudadanía social, derechos sociales, Unión Europea, Sistema de los Tratados de la Unión Europea, Constitución Europea, democracia social, democracia sustancial, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

Abstract:

The social-democratic constitutionalism in the advanced National States, driven especially since the Second Post-war era, and that allowed political control of Economy and the effective guarantee of social rights of citizenship and public property, is being shifted gradually— but radically to make it more affordable and socially acceptable—for a weak neoliberal type (post-social) constitutionalism, that subordinates the social constitution to the maximalist demands of economic constitution. This transformative processes significantly driven at present by the political institutions of European Union. Moreover, undoubtedly this political-legal decision has been facilitated by the continuing democratic deficit of the Union and, in connection therewith, by an insufficient regulatory and policy framework to guarantee fundamental rights, and particularly social rights. The prevalence of the material economic Constitution that is imposed on that subaltern and weakened social Constitution within the System of Union Treaties is also a fact. So the market principle (selective economic ratio) prevails over the principle of community (general social, redistributive and participatory, ratio). All this recognizing that there has been some significant progress in the guarantee of fundamental rights in the legal European system, and above all that normative efficiency— equivalent to a Treaty on European Union— has been given to the European Charter of Fundamental Rights.

Keywords: Social constitutionalism, social citizenship, social rights, European Union, the system of the EU Treaties, European Constitution, social democracy, substantial democracy, European Charter of Fundamental Rights.

Recibido: 15 de enero de 2014

Aceptado: 15 de febrero de 2014.

EL RETO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ*

*“Al recuerdo entrañable de Rafael Barranco Vela,
compañero y amigo, ejemplo de sabiduría, simpatía y bondad”*

SUMARIO:

1. Globalización e integración supraestatal.
2. La Unión Europea: principio democrático y sistema de gobierno.
3. Los efectos constitucionales de la crisis económica y financiera.

1. GLOBALIZACIÓN E INTEGRACIÓN SUPRAESTATAL

La realidad contemporánea ofrece un testimonio elocuente de cómo, en un mundo globalizado, el Estado nacional se ha visto sobrepasado en múltiples ámbitos de actuación. Así, es evidente que los gobiernos se muestran, por sí solos, demasiado limitados para afrontar los problemas económicos y financieros o los referidos a la defensa, la regulación de los flujos migratorios, la lucha contra el crimen, la organización de las redes de tráfico y comunicación o cuanto afecta a la preservación del medio ambiente. En consecuencia, el Estado nacional, surgido de la Paz de Westfalia y de las Revoluciones norteamericana y francesa, hábitat natural de la sociedad industrial e instancia reguladora de sus conflictos, en el pasado percibido como el único marco para el desarrollo de las constituciones y las instituciones liberal-democráticas, al tiempo que instrumento cualificado para subvenir las necesidades sociales, es claro que hoy ya no puede satisfacer, en solitario, las demandas de los ciudadanos¹. De ahí la conveniencia de construir formas jurídico-políticas de alcance mayor, superadoras del mismo, aptas para asumir y dar respuesta eficaz a los desafíos contemporáneos. Por eso, habida cuenta del debilitamiento que sufren, de resultas de presiones tanto internas como externas, las estructuras del Estado-nación, cabe preguntarse

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

1 H. SCHULZE, *Staat und Nation in der Europäische Geschichte* (1994). (Trad. esp., Barcelona, Crítica, 1997, págs. 253 y ss.)

qué sentido tienen hoy las fronteras, cada vez más difusas y permeables, si los ordenamientos constitucionales y los sistemas económicos se tornan velozmente más interdependientes.

No obstante esta pérdida significativa de eficiencia, de capacidad para solucionar por sí mismo los problemas, lo cierto es que no es fácil sustituir al Estado nacional por un paradigma nuevo y alternativo, ampliamente aceptado, puesto que muchos de sus contenidos normativos, asociados al ordenamiento constitucional que lo conforma, parecen seguir siendo patrimonio exclusivo suyo, al no haberse incorporado a ninguna forma jurídico-política diferente. Así, es evidente que, por ahora, el modelo del Estado nacional, hoy extendido a todo el mundo, es el único que alberga a las instituciones liberal-democráticas propias de una sociedad plural y abierta. De ahí que aparezca como garante del derecho, la libertad personal, el predominio de la voluntad popular y la justicia social. Esta circunstancia explica por qué el Estado-nación, gestado por las grandes revoluciones liberales decimonónicas, sigue sin encontrar un reemplazo, dotado de una dosis de legitimidad análoga. Y es que, aunque se constate el hecho de que el Estado-nación ha perdido el pleno control sobre su territorio, al tiempo que el monopolio del ejercicio del poder inherente a su soberanía, lo cierto es que sigue mostrándose, bien es verdad que cada vez con mayor dificultad, como el único ámbito en el cual un amplio colectivo humano puede desarrollar, a través de cauces jurídicamente lícitos, los procedimientos democráticos que hacen posible su autogobierno, suscitando niveles apreciables de integración política y de cohesión social. De ahí los recelos ilustrados que suscitan los proyectos de sustitución de dicha forma jurídico-política por un paradigma nuevo e incierto, de dimensiones supraestatales, carente, aún, de una suficiente consistencia y contrastada legitimidad².

Sin embargo, las grandes transformaciones que el proceso de globalización ha evidenciado no hacen sino poner de manifiesto su creciente obsolescencia, ya que su carácter cerrado, propio de una época pretérita en la que los pueblos europeos dotados de Estado eran percibidos como unidades culturales homogéneas y, en tanto que tales, autosuficientes, no ha hecho más que convertirlo en una realidad desfasada, difícilmente sostenible. Por eso, no cabe mantener ya un concepto de nación que sea sinónimo de unidad, indivisibilidad y uniformidad, dada la exigencia de apertura del orden político, hacia arriba, a esa nueva sociedad mundial en la que discurren, cada vez más, las relaciones políticas, sociales y económicas; y, hacia

2 J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation* (1998). (Trad. esp, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 83-85 y 103 y ss.), y, también, J.H.H. WEILER and M. WIND (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, *passim*.

abajo, esto es, al reconocimiento de una multiplicidad de componentes regionales, culturales y políticos, hasta ahora silenciados u obscurecidos.

La dificultad de dar respuesta a esta dicotomía indica que, en cierto sentido, los europeos de hoy nos encontramos ante una situación semejante a la que vivieron nuestros antepasados a principios del siglo XIX. Una vez más, unas transformaciones sociales, políticas, económicas, tecnológicas y culturales extraordinarias nos arrastran hacia una nueva forma de integración jurídico-política. Pero, a diferencia de los Estados nacionales emergentes en el siglo XIX, que contaban con el entusiasmo y el apoyo de una población altamente concienciada y movilizada³, son, hoy, sólo, los gobiernos quienes avanzan en pos de esta unión, conscientes plenamente de su insuficiencia para abordar los múltiples desafíos contemporáneos a los que han de enfrentarse. No hay más que echar un vistazo a la exigua participación en las elecciones al Parlamento Europeo, comparándolas con las que se registran en las elecciones parlamentarias estatales, para comprobar que los argumentos a favor de Europa hablan hoy sólo a las cabezas, mientras que las posiciones en contra parecen dirigirse, más bien, a los corazones. Son, pues, los propios europeos el principal obstáculo para la creación de un sentimiento de identidad paneuropeo fuerte. Lo que demuestra que la memoria histórica colectiva sigue estando asociada, como efecto claramente inducido, a su identidad nacional, esto es, al intenso sentimiento de pertenencia a la respectiva comunidad política imaginada, forjada a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del XX, mediante la fabricación cuidadosa de un pasado común, considerado excepcional y, por lo tanto, diferente, rico en experiencias compartidas, éxitos y fracasos, derrotas y victorias, transmitidas, desde entonces, de generación en generación, a través de la familia, la iglesia y la escuela⁴. De ahí que los europeos no se aperciban de Europa, precisamente por la interposición de sus muchas naciones componentes y el fuerte vínculo emocional, de carácter identitario, que a ellas les mantiene aún ligados⁵.

El problema está en que este apego mental al pasado resulta contradictorio con el formidable reto que entraña el proceso, cada vez más complejo, de acelerada

3 E. HOBSBAWM, *The Age of the Revolution. Europe 1789-1848* (1997). (Trad. esp., Barcelona, Crítica, 2011, págs. 138 y ss.); C. A. BAYLY, *The Birth of the Modern World, 1780-1914* (2004). (Trad. esp., Madrid, Siglo XXI, 2010, págs. 279 y ss.).

4 B. ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983). (Trad. esp., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, págs. 23 y ss.). E. J. HOBSBAWM, *Nations and Nationalism since 1780; Programme, Myth, Reality* (1990). (Trad. esp., Barcelona, Crítica, 1991, *passim.*); A. D. SMITH, *Nationalism and Modernity* (2000). (Trad. esp., Madrid, Istmo, 2000, págs. 138 y ss.).

5 H. SCHULZE, *Staat und Nation in der Europäische Geschichte* (Trad. esp., op. cit., págs. 255 y ss.)

unificación sistémica de una sociedad global multicultural. Tomando plena conciencia de ese nuevo contexto, hemos, pues, de rebasar las fronteras, físicas y espirituales, de los Estados nacionales, si bien manteniendo sus conquistas históricas, a fin de considerarnos miembros solidarios de una misma comunidad política y cultural, en este caso europea, la cual deberá fundarse inevitablemente en los valores y principios civilizadores comunes, propios del constitucionalismo, expresivos, en fin, del primado del Derecho, de la democracia y de los derechos humanos⁶. Sólo así, apelando a esta autocomprensión normativa cabrá superar los particularismos fragmentadores y trascender las esclusas políticas y mentales construidas por los viejos Estados-nación europeos, a fin de acometer, legítima y eficazmente, los desafíos de este nuevo y más complejo presente⁷.

2. LA UNIÓN EUROPEA: PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y ESTRUCTURA DE GOBIERNO

En cualquier caso, los pasos que se han dado hasta ahora han sido, aunque insuficientes, muy relevantes. Así, el extraordinario proceso de integración política emprendido en su seno, el cual propiamente ha dado lugar a la “creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” (Preámbulo del Tratado de la Unión Europea: TUE), que ha desembocado en la constitución de la Unión Europea (art. 1 TUE), ha transmutado, de forma visible, su naturaleza⁸. De ese modo, aun cuando la Unión, en sus inicios, era considerada, esencialmente, una asociación voluntaria de Estados, de los que recibía sus atribuciones para alcanzar los limitados objetivos comunes, de carácter económico, que se había fijado; en la actualidad, merced a la notable evolución experimentada, con la destacada expansión y alcance adquirido por sus competencias, y el carácter, en buena medida, supranacional de su funcionamiento, la misma ha trascendido al Derecho internacional, cobrando entidad propia, de carácter materialmente constitucional. Tanto es así que, aunque

6 Notablemente, vid., F. BALAGUER CALLEJÓN, “Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização”, en P. R. BARBOSA RAMOS (ed.), *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, São Luis, EDUFMA, 2011, págs. 24 y ss.

7 J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). (Trad. esp., Barcelona, Paidós, págs. 81 y ss.), y, también, J. RUBIO CARRACEDO, J. M^a ROSALES y M. TOSCANO MÉNDEZ, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 47 y ss.

8 L. M^a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La naturaleza de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2009, págs. 17-50.

el Tratado de Lisboa no lo diga expresamente, a diferencia de lo que sí hacía el fallido Tratado constitucional, adoptado en Roma, quepa afirmar que la Unión Europea posee una doble legitimidad, democrática e internacional, lo que la distingue de las organizaciones internacionales al uso, asemejándose, más bien, en tanto que “Comunidad de pueblos y de Estados”, a una peculiar forma jurídico-política mixta o compuesta, “á caballo entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional”, que presenta, al tiempo, tanto elementos organizativos confederales como federales⁹.

En este sentido, el Derecho que produce la Unión Europea, en ejercicio de las competencias que tiene expresa y tasadamente atribuidas, las cuales son fruto del apoderamiento realizado por los Estados (art. 1.1 TUE), constituye, en todo caso, un ordenamiento jurídico diferenciado y «*sui generis*», que se autolegitima al fundarse en unos valores y principios específicos, vinculados a la significación histórica del constitucionalismo (art. 2 TUE). En consecuencia, dicho ordenamiento resulta diferente, tanto del internacional, como del de los Estados miembros, en el que, no obstante, se integra¹⁰. Ello es consecuencia del hecho de que la Unión se manifiesta hoy como la expresión de una Unión tendencialmente federativa de Estados soberanos, lo que impone la legitimación y el funcionamiento democrático de sus instituciones, orientadas, en su seno, al ejercicio del poder político o de gobierno.

Esa contemporánea conformación constitucional de la Unión Europea¹¹ nos lleva a repensar, con carácter previo, una cuestión suscitada por la teoría política contemporánea, que M. Kaufmann o P. Ridola, entre otros, han planteado con especial acierto: ¿es posible la realización plena del principio democrático más allá de las estructuras del Estado-nación?; pregunta ésta que implica, a su vez, interrogarse acerca de si cabe trasladar modelos de democracia, elaborados en el curso de la evolución constitucional de los ordenamientos estatales, a un plano más amplio, esto es, a la compleja escala supraestatal o post estatal, que es, precisamente, en la que se sitúa o mueve la Unión Europea, como singular forma de organización

9 A. VON BOGDANDY, “The European Union as a supranational federation: a conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam”, en *Columbia Journal of European Law*, nº 6, 2000, págs. 27 y ss.

10 Insistiendo en la renovada defensa de la autonomía del ordenamiento de la UE por parte del TJUE, sobre la base de lo dispuesto, cincuenta años atrás, en el «leading case» ECJ 05.02.1963, 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, ECR 1 (cit. in para 2), M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las funciones esenciales de su sistema jurisdiccional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, págs. 225 y ss.

11 Así, la Unión Europea ha devenido un suerte de “unión constitucional” («*Verfassungsverbund*»), I. PERNICE, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 60, München, De Gruyter, 2001, págs. 149-193.

jurídico-política¹². La pregunta encuentra especial sentido al asociarse al fenómeno o proceso de globalización, que ha supuesto el traslado forzoso de cometidos que antaño se reservaban al Estado, al ámbito que hoy ocupan las organizaciones políticas supraestatales. La desnacionalización y consiguiente internacionalización de las políticas públicas, expresión inicial de una mundialización de la economía, el comercio y las finanzas, que hoy se extiende a prácticamente todas las esferas, requiere el consiguiente establecimiento de instancias de gobierno con capacidad de acción a nivel supranacional.

En este sentido, la Unión Europea, habida cuenta de su dimensión regional o, si se prefiere, continental, se encuentra en una posición funcional idónea para ofrecer soluciones a las demandas ciudadanas que los Estados ya no son capaces de satisfacer, a la vez que influye y participa en la determinación de una política mundial¹³. Este hecho, hoy unánimemente reconocido, certifica, tanto la crisis, parece que irreversible, del paradigma jurídico-político estatal, como la urgente necesidad de legitimar, en clave necesariamente democrática, el funcionamiento de unas instituciones de gobierno de la Unión, en parte tributarias, aún, de su pasado como limitada organización internacional, orientada a la persecución de objetivos parciales, de naturaleza esencialmente económica. Esta exigencia deriva del hecho de que, si bien el Estado nacional se ha convertido, de forma acelerada, como efecto o consecuencia de la globalización, en una forma jurídico-política en trance de verse superada por el curso de la Historia, ello no debe implicar la supresión del contenido normativo, trabajosamente conquistado por el mismo, asociado a la significación histórica del constitucionalismo¹⁴.

Cabe así constatar cómo la Unión Europea no se ha desprendido, de forma ciertamente contradictoria, de algunos de los rasgos que la caracterizan desde sus inicios, los cuales son difficilmente compatibles con la idea de democracia que se encuentra firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y que la propia Unión Europea dice, también, auspiciar. Y así ocurre, revelando, de ese modo, hallarse en un proceso de transición, a pesar de haberse dotado, a un tiempo, de unas instituciones

12 M. KAUFMANN, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden Baden, Nomos, 1997, págs. 31 y ss.; y P. RIDOLA, “Il principio democratico fra Stati nazionali e Unione Europea”, en P. RIDOLA, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, págs. 305 y ss.

13 U. BECK, *Was ist Globalisierung?* (1997). (Trad. esp., Barcelona, Paidós, 1998, Paidós, 1998, pàssim.) y, también, O. HÖFFE, *Demokratie en Zeitalter der Globalisierung*, München, C.H. Beck, 1999, pàssim.

14 J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). (Trad. esp., op. cit., págs. 102 y ss.); y, también, en su obra *Die postnationale Konstellation. Politische Essays* (1998). (Trad. esp., op. cit., págs. 105 y ss.).

genuinamente representativas, vinculadas a la construcción de esa nueva realidad jurídico-política, de naturaleza, siquiera sea, materialmente constitucional¹⁵. Por tanto, la Unión, pese a los indudables avances experimentados, presenta una dinámica institucional que, rehén de la tensión entre intergubernamentalidad y supranacionalidad, diversidad constitutiva y unidad tendencial, posee elementos importantes de déficit democrático, como se demuestra en lo que toca a aspectos tan relevantes como la legitimación, el control, la transparencia o la participación popular, hecho éste que genera, al cabo, una cesura o brecha notable en la relación que se establece entre gobernantes y gobernados¹⁶.

Con todo, el desarrollo, en un marco integrado, de las instituciones europeas, tal y como se aprecia, fundamentalmente, a partir de la promulgación del Tratado de Maastricht, es la historia de un proceso constante e ininterrumpido de democratización progresiva de sus estructuras políticas; hecho éste que no afecta, sólo, a la tradicionalmente denominada forma de gobierno, sino, también, a ámbitos como el del reparto competencial, habida cuenta de lo que supone la incorporación del principio de subsidiariedad en la construcción de una democracia de proximidad; el reconocimiento de los derechos y libertades; la apertura a la autonomía local y regional; o la búsqueda efectiva de la cohesión económica, social y territorial, entre otros. Se constata así un esfuerzo reiterado, aunque aún insuficiente, por reforzar la centralidad de la democracia parlamentaria en la estructura institucional de la Unión, asociada a la irradiación, cada vez más intensa y necesaria, del principio de gobierno representativo en el ordenamiento europeo¹⁷. Así, la tendencia expresada, que vincula supranacionalidad, con la consiguiente promoción y defensa de los intereses generales o comunes, y democracia representativa, que implica una mayor legitimidad, control y consiguiente exigencia de responsabilidad, no ha hecho sino aumentar¹⁸, particularmente desde que en 1979 se introdujera, de manera efectiva,

15 A. A. CERVATI, "Elementi di indeterminatezza e di conflittualità nella forma di governo europea", en *Anuario dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. La Costituzione europea*, Padova, Cedam, 1999, págs. 73 y ss.

16 R. DAHL, *On democracy* (1998). (Trad. esp., Madrid, Taurus, 1999, págs. 132-135). En particular, sobre el déficit democrático de la Unión, cfr., entre otros, Z. BANKOWSKY and A. SCOTT (eds.), *The European Union and its order: the legal theory of European integration*, Oxford, Blackwell, 2000, en especial, págs. 169 y ss.

17 Cfr., una visión alternativa, por lo comprensiva, del denunciado déficit democrático de la Unión en G. MAJONE, "Europe's democratic deficit: the question of standards", en *European Law Journal*, vol. 4, nº 1, 1998, págs. 5-28. También, G. MAJONE and A. MORAVCSIK, "In defence of the democratic deficit: reassessing legitimacy in the European Union", en *Journal of Common Market Studies*, 2002, 40 (4), págs. 603-624.

18 P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden Baden, Nomos, 4. Auflage, 2006, págs. 53 y ss., y E. O. ERIKSEN and J. E. FOSSUM (eds.), *Democracy in the European Union. Integration through*

la elección directa, por sufragio universal, de los miembros del Parlamento Europeo, los cuales habían de agruparse de acuerdo con criterios de afinidad ideológica, esto es, con independencia de cuál fuera su procedencia estatal¹⁹.

A pesar de estos significativos avances, orientados a la implantación de un esquema de gobierno centralizado de carácter parlamentario, las resistencias continúan siendo muy notables. De ahí la fortaleza que sigue mostrando el elemento de representación, deliberación y decisión intergubernamental, a través de las instituciones del Consejo y, sobre todo, del Consejo Europeo, impidiendo la implantación plena, en clave organizativa, del principio democrático en el sistema institucional de la Unión, con lo que ello supone, derivadamente, de freno, también, a la transparencia, la participación, el acercamiento del gobierno a los ciudadanos y el mejor control y exigencia de responsabilidad por sus actuaciones. La persistente búsqueda de la conciliación de intereses contrapuestos, tanto nacionales como sectoriales, de naturaleza esencialmente económica, explica que, en la Unión, el juego o la dialéctica mayoría-minorías se supedite, frecuentemente, al primado de los elementos consensuales y tecnocráticos que informan, en no menor medida, la configuración de su diseño institucional²⁰.

Tales resistencias obedecen a los condicionamientos que han lastrado el desarrollo histórico del proceso de integración europea, o, lo que es igual, al rechazo, constantemente manifestado por los Estados, a ceder poder a costa del mismo²¹. Esa actitud se ha visto, sin duda, favorecida por la debilidad del emergente espacio público europeo²², y por la correlativa persistencia de espacios públicos estatales fuertes que, al capitalizar y visibilizar el discurso político, a través de los más variados cauces, dificultan la consistente afirmación de aquél. Y, ciertamente, mientras no se creen los presupuestos reales necesarios que aseguren un auténtico debate público europeo, capaz de captar el interés popular, de forma análoga a como ocurre en el interior de los Estados, ese objetivo seguirá constituyendo un desafío permanente y una tarea pendiente²³.

deliberation?. New York-London, Routledge, 2000, *passim*. F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 83, 2007, págs. 57 y ss.

19 *Act and Decision concerning the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage* (1976) OJ L 278,1.

20 L. Mª DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., págs. 93-94.

21 P. RIDOLA, “La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell’Unione Europea fra democrazia representativa e democracia participativa”, en P. RIDOLA, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, op. cit., págs. 325 y ss.

22 P. HÄBERLE, *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?*, Berlin, De Gruyter, 2000, págs. 1007 y ss.

23 R. DAHL, *On democracy*. (Trad. esp., op. cit., págs. 132-135).

Mas, como apuntara J. Habermas, el verdadero impulso a la integración social supraestatal no depende tanto de la concurrencia comprobada de un sustrato prejurídico, de un «demos aeuropeus», en sentido histórico-cultural, relativamente homogéneo, ligado a una concepción sustancialista de la soberanía popular²⁴, afín a los planteamientos, más bien anacrónicos, de cuño nacionalista, del Tribunal Federal Constitucional alemán, cuando menos desde su Sentencia acerca del Tratado de Maastricht²⁵, lamentablemente reiterados en su Sentencia sobre el Tratado de Lisboa²⁶; sino, más bien, de la constitución de una red comunicativa, articuladora de una esfera pública de amplitud verdaderamente europea. La misma ha de ser capaz de conformar una cultura política común, que sea expresión y soporte de las demandas plurales de una sociedad civil, compuesta por grupos de intereses, organizaciones no gubernamentales, iniciativas y movimientos ciudadanos, susceptibles de ser asumidas por partidos políticos dispuestos a mediar para convertirlas en decisiones, jurídicamente vinculantes, de las instituciones europeas²⁷.

En cualquier caso, en aras de la consecución de ese fin, esto es, en orden a la construcción sincera de una democracia parlamentaria a escala europea, se hace necesario, en un plano normativo, remover algunos obstáculos interpuestos. Así, urge superar la inexistencia, frecuentemente denunciada, a pesar de la bienintencionada, aunque poco decidida, previsión programática de los Tratados, tanto de una legislación electoral uniforme, que permita la realización de comicios parlamentarios verdaderamente europeos (art. 223 TFUE), como, asimismo, promover el desarrollo efectivo de partidos políticos que, dada su condición de instrumentos fundamentales para la participación política, tengan realmente, en el marco integrado de la Unión, su espacio propio de actuación, concurriendo, en tal

24 Así, entre otros, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, págs. 89 y ss. ; y, y también, D. GRIMM, *Die Verfassung und die Politik*, München, C.H. 2002, págs. 215 y ss.

25 BVerfGE 89, 155 Acerca de la misma, vid., entre otros, J. H. H. WEILER, “Der Staat ubre alles? Demos, Telos and the German Maastricht Entscheidung der Bundesverfassungsgericht”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, nº 42, 1994, págs. 54 y ss.

26 BVerfGE 2 BvE 2/08. Vid., así, con carácter general, P. HÄBERLE, “Das retrospektive Lisabon Urteil als versteinernde Maastricht II Entscheidung”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, nº 58, 2010, págs. 317-336. Otra visión destacada crítica, centrada en la teoría de la democracia, en E. O. ERIKSEN and J. E. FOSSUM, “Bringing European Democracy Back in. (Or how to read the German Constitutional Court’s Lisbon Treaty Ruling)”, en *European Law Journal*, vol. 17, nº 2, págs. 153-171.

27 J. HABERMAS, “Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe need a Constitution?’ (1995), en *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). (Trad. esp., Barcelona, Paidós, 1999, págs. 132-135).

ámbito, a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 10.4 TUE y art. 224 TFUE)²⁸. No en vano, la necesaria fabricación de una cultura política europea, en apoyo de la exigencia de una democratización plena y auténtica de las estructuras institucionales de la Unión, aun siendo una labor de generaciones, al conllevar un cambio profundo en las mentalidades, precisa, como factores propiciatorios, de la realización de reformas jurídicas coadyuvantes. En este sentido, la principal que ha sido ya acometida, lo que es motivo de optimismo y esperanza, no es otra que la que ha llevado a adoptar, de forma efectiva, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Probablemente, su invocación y aplicación reiterada harán más por la legitimación, la garantía del funcionamiento democrático de la Unión y la consiguiente conformación de una voluntad general europea, que muchas de las decisiones parciales hasta ahora asumidas²⁹.

En este sentido, la incorporación, tras la reforma de Lisboa, de unas destacadas “Disposiciones sobre los principios democráticos”, como Título II (arts. 9-12) del reformado Tratado de la Unión Europea, posee, asimismo, a pesar de sus limitaciones, una significación notable³⁰. En dicho Título se incluyen referencias apreciables, aunque de carácter más bien complementario, a la democracia participativa³¹, que no sólo afirman el derecho de todo ciudadano de la Unión a tomar parte en la vida democrática de la misma, insistiendo en que las decisiones que ésta determine se

28 Un avance significativo lo constituye, sin duda, la *Regulation (EC) No. 2004/2003 of the European Parliament and of the Council of 4th November 2003, on the regulations governing political parties at European level and the rules regarding their funding*. Vid., acerca de la relevancia que han de tener los partidos políticos a escala europea T. JANSEN, *Pan-European political parties*. The Federal Trust for Education & Research, 14 European Essay, 2001, págs. 15 y ss. S. MICOSSI, *Democracy in the European Union*, Bruxelles, Centre for European Policy Studies, 2008, pág. 7; J. B. DONNELLY and M. JOPP, “European political parties and democracy in the EU”, en G. BONVICINI (ed.), *Democracy in the EU and the role of European Parliament*, Roma, Istituto Affari Internazionali, 2009, págs.29 y ss.; y J. M^a PORRAS RAMÍREZ, “Article 10 TUE: Representative Democracy” en H. J. BLANKE & S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, págs. 439 y ss.

29 P. RIDOLA, “La Carta dei Diriiti Fondamentali dell’Unione Europea e lo sviluppo storico del constitucionalismo europeo”, en P. RIDOLA, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, op. cit., pág. 163 y ss.

30 Cfr., ampliamente, J. M^a PORRAS RAMÍREZ, “La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa”, en Revista de Estudios Políticos, nº 156, 2012, págs. 125-166; en especial, págs. 134 y ss.

31 Acerca de la creciente importancia que adquiere la introducción de elementos de democracia participativa y directa en la reformas constitucionales emprendidas en Suiza y en los “Länder” alemanes, abogando por su inclusión en las normas constitutivas de la Unión Europea, vid., P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, op. cit., págs. 612 y ss.

adoptarán de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos (art. 10.3); o que recalcan la necesidad, ya señalada, de constituir partidos políticos a escala europea, que contribuyan a conformar la conciencia política y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión (art. 10.4); sino que establecen, incluso, un mandato efectivo de apertura democrática de las instituciones europeas a los ciudadanos y a sus asociaciones representativas, que supondrá la articulación, a tal fin, de los cauces apropiados para el intercambio público de opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión (art. 11.1). Ello implica la exigencia de diálogo regular entre ambas partes (art. 11.2); el mandato dirigido, en concreto, a la Comisión, para que mantenga consultas con los interesados (art. 11.3); y la muy destacada determinación de promover la iniciativa legislativa popular (art. 11.4).

Además, dichas disposiciones se vinculan, entre otros, al art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que determina el deber de apertura y transparencia de las instituciones europeas a los ciudadanos; y al art. 24 TFUE, que, en relación a los principios que sobre “No discriminación y ciudadanía de la Unión” en él se contienen, ordena al Parlamento y al Consejo acordar, por medio de reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los mecanismos y las condiciones que se requieren para la presentación de la “iniciativa ciudadana”, conforme a las previsiones del art. 11.4 TUE³². A su vez, dicho precepto reconoce el derecho de petición de todo ciudadano ante el Parlamento Europeo; y a dirigirse al Defensor del Pueblo; junto con el derecho que los ciudadanos de la Unión poseen a ponerse en contacto, por escrito, con cualquiera de las instituciones u organismos europeos en una de las lenguas oficiales de la Unión y a recibir una contestación en esa misma lengua³³.

Asimismo, de forma sobresaliente, el Tratado de la Unión Europea establece la posición central que se atribuye a la democracia representativa en su seno³⁴. De ese modo, tras proclamar el principio republicano de igualdad, afirmando que

32 Regulation (EU) No. 211/2011 of the European Parliament and of the Council, of 16 February 2011, on the citizens' initiative.

33 A. VON BOGDANDY entiende que estas medidas, de carácter complementario, son la manifestación de “estrategias para la realización del principio democrático”, que tratan de responder a las “mayores restricciones (que afectan) a la materialización del principio de la democracia a través de mecanismos representativos”. Cfr., A. von BOGDANDY, “Founding principles”, en A. von BOGDANDY and J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München, Hart/C.H. Beck, 2010, págs. 15-54; en especial, pág. 51.

34 J. M^a PORRAS RAMÍREZ, “Article 10: the representative democracy”, en H. J. BLANKE & S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on the European Union (TEU). A Commentary*, op. cit., págs. 417 y ss.

las instituciones, órganos y organismos de la Unión proporcionarán un mismo trato a los ciudadanos europeos, que, no obstante, sólo adquirirán su condición de tales si poseen la nacionalidad de un Estado miembro (art. 9); asevera que “El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa” (art. 10.1)³⁵. De esa proclamación categórica, de acuerdo con la cual se afirma, por un lado, que los ciudadanos están representados en la Unión por el Parlamento Europeo y, por otro, que los Estados miembros lo están en el Consejo Europeo por sus respectivos Jefes de Estado o de Gobierno, y en el Consejo por sus respectivos Gobiernos, se deduce una consecuencia lógica mediatizada por la implícita referencia al principio de legitimación dual de la estructura organizativa de la Unión³⁶.

Así, tras afirmar que las principales instituciones políticas de aquélla se considerarán “democráticamente responsables”, se precisa, sin embargo, que aquéllas lo serán, ya, directamente, ante los propios ciudadanos europeos, como es el caso del Parlamento Europeo, en tanto que representación legítima e inmediata de aquéllos; ya, diferidamente, ante sus parlamentos o ciudadanos nacionales, como en los casos del Consejo Europeo y del Consejo, dada su condición representativa de los gobiernos de los Estados miembros (art. 10.2 y 10.3 TUE).

De acuerdo con esa concepción gradual o multinivel de la responsabilidad política, por mucho que se insista, con carácter general, en que la democracia europea habrá de construirse sobre las bases que ofrece el parlamentarismo; al trazar una distinción, reveladora de la persistencia de una doble legitimidad popular o democrática y estatal o internacional de la Unión, proyectada en sus instituciones políticas³⁷, se está entorpeciendo la configuración de un nivel autónomo e integrado de gobierno en el

35 A. von BOGDANDY, “A disputed idea becomes law. Remarks on European democracy as a legal principle”, en B. KHLER-KOCH and B. RITTBERGER (eds.), *Debating the democratic legitimacy of the European Union*, Lahman, Rowan & Littlefeld, 2007, págs. 33 y ss.

36 S. MANGIAMELI, “Il ruolo del Parlamento Europeo e il principio della democrazia rappresentativa”, en *Teoria del Diritto e dello Stato*, nº 2, 2008, págs. 491 y ss. A. VON BOGDANDY, “Founding principles”, op. cit., pág. 50. A von KOMOROWSKI, *Demokratieprinzip und die Europäische Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, págs. 170 y ss y 1170 y ss.

37 Una notable visión de la democracia compuesta europea y de sus limitaciones, en J. H. H. WEILER, U. HALTERN, F. C. MAYER, “European democracy and its critique”, en *West European Politics*, Volume 18, Issue 3, 1995, págs. 4-39. También, A. von BOGDANDY, “Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 130. Band, Heft 3, 2005, págs. 445-464. Y P. KIRCHHOF, “The European Union of States”, en A. von BOGDANDY and J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., págs. 735 y ss. También, A. LÓPEZ CASTILLO, “De la (doble) legitimación de la ConstUE y de su reflejo en la planta institucional de la Unión”, en VVAA, *La Constitución Europea. Actas de las X Jornadas*

marco de aquélla. Tal hecho se manifiesta fundamentalmente en la remisión a los Estados, en tanto que componentes esenciales de la Unión, del compromiso democrático de velar, a título individual, por que la posición que cada uno de ellos representa y defiende en las reuniones de las instituciones de marcado carácter intergubernamental, como son el Consejo Europeo y el Consejo, sea políticamente fiscalizada a través del procedimiento que cada uno de ellos disponga ante el respectivo Parlamento nacional.

Y es que salta a la vista que semejante visión posee zonas de sombra muy importantes, ya que no considera el sometimiento de las actuaciones conjuntas que desarrollan esas instituciones, que son, por cierto, la auténtica expresión del gobierno político de la Unión, a un efectivo control parlamentario centralizado, susceptible de sustanciarse en el nivel estrictamente comunitario³⁸. Tal circunstancia es un signo revelador más de la incompleta proyección del principio democrático en el sistema institucional europeo³⁹; hecho éste que se hace más llamativo, si cabe, una vez que se comprueba el esfuerzo realizado por contrarrestar el notable avance que ha supuesto el reforzamiento de la posición del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales, incorporando, como fórmula de equilibrio, disposiciones favorecedoras de la posición preeminente otorgada a aquéllas.

En este sentido, cabe destacar, en particular, la sobresaliente ampliación de las competencias atribuidas al Consejo Europeo, institución formalizada como tal, por vez primera, en Lisboa, tras el fallido intento que supuso, en ese sentido, el Tratado constitucional, al tiempo que se preserva el ejercicio de las mismas, de acuerdo con procedimientos de deliberación y decisión, carentes, casi por completo, de transparencia y control⁴⁰. Esa circunstancia, que actúa en beneficio de los intereses de los gobiernos de los Estados miembros, que trasladan, a menudo, a tales instancias de gobierno la discusión y aprobación de medidas, en ocasiones, impopulares, sorteando las trabas políticas y jurídicas que, en el plano interno,

de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, págs. 47 y ss; en especial, pág. 52.

38 Debemos plantearnos qué significa la responsabilidad cuando la posición defendida por un ministro de un Estado miembro es rechazada por sus colegas en la correspondiente institución europea. Entonces, como señala V. BOGDANOR, la idea de exigencia de responsabilidad ante los parlamentos nacionales queda debilitada ya que “un ministro no puede ser hecho responsable ante su parlamento nacional de una decisión que tomaron otros”. Cfr., V. BOGDANOR, *Legitimacy, Accountability and Democracy in the European Union*, London, A Federal Trust Report, 2007, pág. 6.

39 D. GRIMM, “Does Europe need a Constitution?”, en *European Law Journal*, nº 1, 1995, págs. 282-302.

40 Así, notablemente, F. MANCINI, “Europe: the case for statehood”, en *European Law Journal*, vol. 4, nº 1, 1998, págs. 29-42; en especial, págs. 39-40.

disponen sus propios ordenamientos constitucionales, viene, en cualquier caso, a expresar una práctica política⁴¹ que, si no se ve compensada con el establecimiento de mecanismos de control efectivos ante el Parlamento Europeo, decantados siquiera sea convencionalmente, supone la ruptura de la cadena de legitimación democrática que todo proceso político de toma de decisiones y de consiguiente exigencia de responsabilidad política ha de observar⁴².

Constituye así un hecho cierto que los principios que enuncia el Título II del Tratado de la Unión Europea no se extienden plenamente a todas las instituciones y a las relaciones que entre las mismas se establecen, conformando su sistema de gobierno. No en vano, éste alberga a algunas, de la mayor relevancia, dado el carácter promocional de la integración económica y monetaria al que orientan, respectivamente, sus actuaciones, que no parecen verse afectadas, si no de forma muy parcial, por los mismos, como sucede con la Comisión o el Banco Central Europeo, instituciones a las que se unen otros órganos y organismos de segundo nivel, considerados, también, dado su sesgo tecnocrático, agencias independientes. Sin duda, esta disconformidad en modo alguno se ajusta a las exigencias democráticas que resultan inherentes al proceso de integración política⁴³.

De ahí que todo ello nos lleve a afirmar que, en la actualidad, la Unión mantiene, entremezclados, rasgos propios de una organización internacional y de un Estado federal, o, más bien, una vez constatado quién domina en la misma el proceso decisorio, propiamente, rasgos federales, asociados a la democracia parlamentaria, insertos en los moldes, en parte incólumes, de una organización internacional. La Unión se muestra así, en palabras de J. H. H. Weiler, como una confederación en el plano político, dada la preeminencia otorgada a los Estados en su seno, y como una federación en el jurídico, habida cuenta de la significación otorgada al principio de la primacía del Derecho europeo, a los efectos de garantizar, en su ámbito propio de actuación, la aplicación preferente de las normas por aquélla elaboradas⁴⁴. Esto explica, a fin de describirla, la

41 D. N. CHRYSOCHOOU, "EU Democracy and the democratic deficit", en C. CINI (ed.), *European Union Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 366 y ss.

42 C. HARLOW, *Accountability in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 168 y ss. También, A. FOLLESDAL and A. HIX, "Why there is a democratic deficit in the EU?: a response to Majone and Moravcsik", en *Journal of Common Market Studies*, 2006, 44 (3), págs. 533-562.

43 S. BREDT, "Prospects and limits of democratic governance in the EU", en *European Law Journal*, vol. 17, nº 1, 2001, págs. 35-65; en especial, pág. 37.

44 Señala así que su ordenación institucional es confederal, mientras que su conformación jurídica es federal. Cfr., J. H. H. WEILER, "The transformation of Europe" (1991) (Trad. esp., en "Europa, fin de siglo", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 13-126; en especial,

tendencia creciente a hablar de la existencia de un «intertwined government»⁴⁵, más y mejor que de un «multilevel government»⁴⁶, esto es, de una forma de gobierno entrelazada o mixta, de naturaleza confederal, que gira en torno a la interdependencia constante de la Unión y los Estados miembros, a modo de compromiso pretendidamente duradero.

Así, la Unión se muestra, cuando menos a día de hoy, como una organización jurídico-política compuesta, en proceso paulatino de conformación, que aspira a ser complementaria, que no alternativa o sustitutiva, de las comunidades políticas estatales existentes⁴⁷, a las que se superpone en aquellos sectores, cada vez más numerosos y relevantes, objeto de su competencia. En este sentido, la propia atribución de la condición de ciudadano de la Unión a quien ostente previamente la de nacional de un Estado miembro (art. 20 TFUE), resulta muy reveladora, al influir decisivamente en la legitimación del poder político que ejerce la Unión por medio de sus instituciones. No en vano, dicha opción manifiesta la decisión consciente de los Tratados de seguir concibiendo al cuerpo político supraestatal, no como a un ente unitario y homogéneo, sino, más bien, como al agregado resultante de las aportaciones provenientes de los diferentes pueblos de Europa, fundadas en sus respectivas identidades nacionales⁴⁸. Así, generalizando la criticable argumentación expresada por diferentes tribunales constitucionales, el límite a la atribución de competencias a la Unión por parte de los Estados miembros aparece constituido por los elementos o factores determinantes de la identidad constitucional de dichos Estados miembros⁴⁹.

pág. 111). Más extensamente, reitera esta idea en su trabajo “In the defence of the status quo: Europe’s constitutional *sonderweg*”, en J. H. H. WEILER and M. WIND (eds.), “European constitutionalism beyond the State”, op. cit., págs. 18 y ss.

45 P. KIRCHHOF, “The balance of powers between national and European institutions”, en European Law Journal, vol. 5, nº 3, 1999, págs. 225-242; en especial, págs. 230-232; y, más recientemente, vid., J. ZILLER, «Separation of powers in the European Union’s intertwined system of government”, en Il Politico, nº 3, 2008, págs. 133-179; en especial, págs. 167 y ss.

46 En expresión ya clásica de I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited”, en Common Market Law Review, nº 36, 1999, págs. 703 y ss.; y, también, I. PERNICE, “The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action”, en Columbia Journal of European Law, nº 15, vol. 3, 2009, págs. 25 y ss.

47 P. KIRCHHOF, “The European Union of States”, en A. von BOGDANDY and J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., pág. 743.

48 L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., págs. 102-103.

49 Vid. Tribunal Constitucional Federal alemán 2BvR 2134, 2159/92 (Resolución de 12 de octubre de 1993: Tratado de Maastricht); y 2BvE 2/08, 30/06/09 (Resolución de 30 de junio de 2009: Tratado de Lisboa); Consejo Constitucional francés, Decisión Nº 2007-560 DC (Resolución de 20 de diciembre de 2007: Tratado de Lisboa); Tribunal constitucional polaco, Decisión Ref. No. K 32/09

Con tales presupuestos se explica por qué la Unión se ha dotado de una articulación institucional, constitutiva de un modelo único e inclasificable, particularmente complejo y ambiguo, que responde, de forma en buena medida contradictoria, pese a su analogía con la génesis histórica de ciertos ordenamientos federales⁵⁰, a la voluntad, hasta ahora, conjunta, de, inicialmente, asociar a los Estados y, posteriormente, de integrar a los pueblos de Europa.

3. LOS EFECTOS CONSTITUCIONALES DE LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA

Sin embargo, la grave crisis económica y financiera que, en la actualidad, sufre el continente europeo, la cual obliga a la mayoría de los Estados de la Unión a alcanzar una mayor coordinación de sus políticas económicas, otorgando a la unión monetaria el necesario respaldo de los mecanismos propios de una unión económica, bancaria y fiscal, si bien ha superado la resistencia inicial de algunos a avanzar, siquiera lentamente, en pos de la consecución de un auténtico gobierno económico unificado, lo ha hecho a costa de generar un nuevo déficit de legitimidad democrática⁵¹. No en vano, dicho gobierno descansa en un esquema de funcionamiento intergubernamental, al tiempo que discurre fuera, esencialmente, del marco normativo común establecido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Así, se observa al analizar los distintos y sucesivos instrumentos de asistencia financiera aprobados desde que estalló la crisis, mediante los cuales se ha tratado de dar respuesta a las necesidades sobrevenidas, sin partir de un plan preconcebido⁵². Dichos instrumentos son, esencialmente, el Acuerdo de Préstamo

(Resolución de 24 de noviembre de 2010: Tratado de Lisboa). Cfr., al respecto, F. VECCHIO, “Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 17, 2012, págs. 67-101.

50 Como referencias clásicas, cfr., C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*. (Trad. esp., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 24 y ss.) y M. BURGESS, *Federalism and European Union. The Building of Europe*, New York/London, Routledge, 2000, págs. 55 y ss.

51 Inicialmente, vid., con carácter general, J. H. H. WEILER, “The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals”, en European Law Review, 1997, 22 (2), págs. 150 y ss.; también, V. BOGDANOR, *Legitimacy, Accountability and Democracy in the European Union*, op. cit., pág. 6. Y, destacadamente, en relación a la situación de crisis actual, cfr., F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 98, 2013, págs. 91-107.

52 A. DE GREGORIO MERINO, “Legal developments in the Economic and Monetary Union during the Debt Crisis: the Mechanisms of Financial Assistance”, en Common Market Law Review, nº 49, 2012, págs. 1615 y ss.

a Grecia, de 2010, el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera («European Financial Stabilisation Mechanism»), también de 2010, y el Mecanismo Europeo de Estabilidad («European Stability Mechanism»), de 2012⁵³. Un sucido análisis de los mismos revela las transformaciones constitucionales que, en los últimos años, ha experimentado, la Unión.

Así, en primer lugar, en referencia al Acuerdo de Préstamo a Grecia, ha de apreciarse que el mismo se plasma en un acuerdo bilateral de préstamo, suscrito conforme a las reglas del Derecho internacional, por el Estado receptor, en este caso, Grecia, y los demás Estados Miembros de la Eurozona, conjuntamente con el Fondo Monetario Internacional, de conformidad con ciertas condiciones particularmente rigurosas, expresadas en el llamado Memorando de Entendimiento («Memorandum of Understanding») (MoU). Dichas condiciones implican, esencialmente, la exigencia al Estado prestatario de que proceda a la reducción de su déficit presupuestario, ya que refuerce y profundice la vigilancia fiscal, introduciendo reformas, de extraordinaria envergadura, de ahí su consideración de estructurales, en múltiples ámbitos. Tales requisitos están orientados a lograr la adecuación del préstamo concedido a los objetivos marcados genéricamente por el Derecho de la Unión. La supervisión de su cumplimiento se hizo corresponder a la llamada «troika», esto es, a la Comisión Europea, al Banco Central Europeo y al Fondo Monetario Internacional.

En segundo lugar, ha de aludirse al Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (EFSM), aprobado tras comprobar la extensión de la crisis financiera a otros Estados de la Eurozona, esto es, a Irlanda y Portugal, nuevamente a Grecia, a Chipre y, finalmente, hasta el presente, a España. Se trata de un mecanismo temporal que, si bien apela a lo estipulado en el art. 122.2 TFUE, que prevé la ayuda financiera extraordinaria a un Estado Miembro, en el supuesto de que “catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales” que dicho Estado “no pudiere controlar”, causen dificultades graves o el riesgo de que se produzcan. El mismo conlleva la creación del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, en orden a alcanzar una mayor eficiencia en la asistencia. Se provee a través de una corporación o sociedad, instituida únicamente por los miembros del Eurogrupo, que actuando al margen del Derecho de la Unión, se dispone a la concesión de préstamos, sujetos a una severa condicionalidad, a aquellos Estados Miembros de la Zona Euro que lo precisen y requieran, “en aras de preservar la sostenibilidad de sus finanzas públicas” y de “restaurar su capacidad de autofinanciación

53 Cfr., un detenido análisis de los mismos en A. J. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “La mutación constitucional de la Unión Europea”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 96, 2012, págs. 41-98; en especial, págs. 54 y ss.

en los mercados financieros”⁵⁴. Nuevamente, en estos casos, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo, además del Fondo Monetario Internacional, se reservan la negociación, supervisión y ejecución de los programas de ayuda a través de la «troika».

Finalmente, ante la gravedad y extensión alcanzada por la crisis, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM), constituye un instrumento, en este caso permanente, diseñado para atender las necesidades financieras extraordinarias que sobrevengan a los Estados Miembros de la Eurozona. Dicho Mecanismo ha sido creado, mediante la firma de un tratado internacional, por los diecisiete miembros pertenecientes a aquélla. El mismo ha conllevado, por iniciativa de Alemania, su convalidación en el nuevo párrafo incluido en el vigente art. 136 TFUE, que viene así a contemplarlo. No obstante la cobertura indicada, el Mecanismo posee una naturaleza estrictamente intergubernamental, al desenvolverse su articulación y funcionamiento fuera del marco normativo de los Tratados constitutivos de la Unión. No en vano, el mismo ha dado lugar a la creación de una institución financiera internacional, orientada a movilizar fondos y a proveer un soporte financiero estable, conforme a una estricta condicionalidad, que conlleva la adopción de programas de ajuste macroeconómico y otros requisitos pre establecidos, garantes de la observancia de una rigurosa disciplina presupuestaria, a los firmantes de dicho acuerdo que sufren o estén amenazados de sufrir problemas financieros que pongan en riesgo la estabilidad del conjunto de la Zona Euro.

Es obvio que la creación de estos instrumentos para la gestión de la asistencia financiera al margen del marco normativo de los Tratados constitutivos de la Unión Europea persigue soslayar las limitaciones y garantías que establece el Derecho de la Unión. Así, recurriendo alternativamente al Derecho internacional, esto es, reforzando la cooperación intergubernamental, se otorga a los Estados Miembros una mayor flexibilidad, o, lo que es igual, la posibilidad de actuar con una mayor libertad, al no requerirse su sometimiento a las restricciones y controles habituales, en aras de alcanzar una mayor eficacia. En concreto, el Tratado que establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM) simplifica y agiliza el procedimiento de toma de decisiones, beneficiando a los Estados Miembros más poderosos, esto es, a aquellos que contribuyen al mismo aportando mayores fondos, criterio éste disconforme con los Tratados constitutivos de la Unión, los cuales establecen, a modo de garantía democrática, un delicado sistema de equilibrios para evitar una situación claramente perjudicial para los Estados pequeños. De este modo, sorteando las disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TEU) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ciertamente inadecuadas e

54 Reglamento N° 407/2010.

insuficientes para afrontar la actual situación de crisis financiera, se margina, de forma consciente el método comunitario o supranacional de toma de decisiones⁵⁵ y, en particular, a su institución más representativa, el Parlamento Europeo, la cual se ve así condenada al desarrollo de una función claramente subalterna.

Con ello, la nueva cesión de soberanía efectuada por parte de los Estados pertenecientes a la Eurozona, en aras de alcanzar ese ansiado gobierno económico unificado, no se ve acompañada de un progreso en la construcción de un esquema organizativo sustentado cívicamente en el marco del proceso político, voluntario y consciente, de integración democrática supranacional. Más bien se opta por la creación de una estructura institucional de naturaleza intergubernamental, al servicio del desarrollo de esa nueva gobernanza económica, que consagra la desigualdad entre los Estados Miembros⁵⁶. Así, la atribución al Consejo Europeo de la Eurozona, esto es, a la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros pertenecientes a la Zona Euro (actualmente diecisiete, de un total de veintiocho Estados Miembros de la Unión), a la Comisión Europea (y, en su seno, al Comisario de Asuntos Económicos y Monetarios) y al Banco Central Europeo, del control de los mecanismos de asistencia y los poderes de supervisión, evaluación y sanción, destinados a exigir el cumplimiento de los objetivos de estabilidad financiera, definidos normativamente en el Pacto de Estabilidad Crecimiento, y dispuestos, en ayuda de aquellos Estados Miembros actualmente sometidos a graves dificultades, si bien permite la adopción de decisiones urgentes con mayor facilidad y flexibilidad, aunque de un modo que el Derecho de la Unión consideraría inaceptable, generan, al tiempo, una importante fragmentación de la Unión. No en vano, las mismas ponen en peligro el proceso, hasta ahora conjunto, de integración europea, el cual se ve obligado a discurrir a diferentes velocidades en función de la pertenencia, o no, de sus Estados miembros, a la Zona Euro; al tiempo que subvierte los fundamentos mismos del ordenamiento jurídico europeo, alterando las reglas comunes de juego y sus garantías democráticas inherentes.

Ciertamente, una Unión Europea compuesta por veintiocho Estados, cuya voluntad de integración y acuerdo es muy diferente, proporciona problemas evidentes de funcionamiento conjunto. Así, aun siendo cierto que existen ámbitos importantes en los que concurren todos los Estados Miembros de la Unión, hallándose obligados a

55 S. PEERS, "Towards a new form of EU Law? The use of EU Institutions outside the EU legal framework", en European Constitutional Law Review, nº 9 (1), 2013, págs. 37-72; en especial, págs. 37 y ss.

56 A. J. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "La mutación constitucional de la Unión Europea", op. cit. págs. 78-83.

cooperar solidariamente entre sí, como en las cuestiones que afectan al mercado único, lo cierto es que hallamos, también, otros en los que, con el transcurso del tiempo, y, de forma creciente, sobre todo a partir de los años noventa del pasado siglo (Tratado de Maastricht de 1992), se ha hecho evidente la diferente voluntad de participación de los Estados en los mismos. De ese modo, cuando el Tratado de Ámsterdam introdujo, en 1996, la cláusula de cooperación reforzada, contemplada en el vigente art. 20 del Tratado de la Unión Europea (versión Lisboa), no vino sino a reconocer y canalizar esa posibilidad. Y ha sido, precisamente, el proceso de integración económica, emprendido por los Estados Miembros de la Zona Euro, lo que ha evidenciado, en mayor medida, las divergencias existentes entre los Estados de la Unión, al generar una división entre los diecisiete dispuestos a alcanzar en este campo “una unión cada vez estrecha”, avanzando más rápidamente en la consecución de la misma, y, por otra parte, los once restantes, que no se muestran, hasta el presente, proclives a ello⁵⁷. Para disimular esta realidad, el Tratado que establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM) se cuida de indicar que su regulación, creada estrictamente para afrontar la crisis financiera de determinados Estados Miembros, ni pretende excepcionar la aplicación del Derecho de la Unión, ni conducir a una marginación de los Estados ajenos a la Eurozona, cuya participación no impide. Sin embargo, la práctica se encarga cotidianamente de desmentir esta afirmación.

Y es que, ciertamente, el Tratado que establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM), en tanto que instrumento permanente, y más importante diseñado hasta la fecha, para la gestión de la crisis financiera de la Eurozona, ha efectuado un intenso apoderamiento de las instituciones europeas de más dudosa independencia y transparencia, y carácter menos representativo, al contar con una más débil e indirecta legitimación democrática, esto es, particularmente, la Comisión Europea y del Banco Central Europeo, situándolas, a un tiempo, al margen del marco normativo de los Tratados constitutivos. No obstante, como ha puesto de manifiesto del Tribunal de Justicia de la Unión, ello no puede significar su completa desvinculación del mismo, dado que su naturaleza no puede verse, por completo, alterada, haciendo caso omiso de las restricciones orgánico-funcionales que el Derecho originario de la Unión establece, por ser quién, al fin y al cabo, las ha creado, haciendo de él derivar su existencia⁵⁸.

En todo caso, y aun haciendo estas salvedades, el ESM refuerza extraordinariamente las competencias de estas Instituciones. Así, determina que será la Comisión Europea quien tramite las solicitudes de ayuda financiera de los

57 Editorial Comments, “Some Thoughts Concerning the Draft Treaty on a Reinforced Economic Union”, en *Common Market Law Review*, nº 49, 2012, págs.11 y ss.

58 En este sentido, cfr. S. PEERS, “Towards a new form of EU Law...”, op. cit., págs. 48 y ss.

Estados Miembros a la Junta de Gobernadores del ESM, cuyo presidente confiará a la Comisión determinadas tareas en relación con el Banco Central Europeo, como la valoración de los riesgos de estabilidad para la Zona Euro, los cuales serán, también, objeto del análisis del Banco; que valorará, además, la sostenibilidad del déficit público, conjuntamente con el Fondo Monetario Internacional; al tiempo que las necesidades financieras, actuales y potenciales del Estado Miembro afectado (art. 13 del Tratado ESM). De todos modos, la decisión final acerca de la concesión de la ayuda al Estado solicitante corresponderá a la Junta de Gobernadores, que, en caso de concederse, encomendará a la Comisión Europea, al Banco Central Europeo, y, a ser posible, al Fondo Monetario Internacional, el cometido de negociar con el Estado Miembro el Memorando de Entendimiento (MoU) que establece las condiciones de concesión de la asistencia financiera en cuestión. Dicho Memorando será firmado por la Comisión Europea, tras su aprobación por la Junta de Gobernadores, velando por que el mismo se muestre, en garantía del interés general, conforme con el Derecho de la Unión⁵⁹. Seguidamente se determina que la Comisión Europea, junto con el Banco Central Europeo y, a ser posible, con el Fondo Monetario Internacional, habrá de controlar el cumplimiento de las condiciones anexas a la ayuda financiera concedida al Estado Miembro. Tales poderes conferidos a la Comisión, en relación con el Mecanismo de Estabilidad Financiera, fueron atribuidos a la misma por los, entonces, veintisiete Estados de la Unión, a través de una decisión intergubernamental⁶⁰. No obstante, el papel reservado, a modo de contrapartida, al Tribunal de Justicia de la Unión no debe ser menospreciado, ya que se habilita al mismo para intervenir en el caso de que un Estado Miembro del ESM impugne alguna decisión de la Junta de Gobernadores, en relación a alguna disputa abierta entre el mismo y los contenidos del propio Tratado, o con otro u otros Estados Miembros, en relación con la interpretación y aplicación del Tratado, incluyendo las que afectan a la compatibilidad de las decisiones adoptadas y el Tratado (art. 37.3 TESM).

Lo expuesto se inscribe en el marco del acuerdo pactado, el 9 de diciembre de 2011, por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Zona Euro, en el que se determinó el establecimiento de una “arquitectura reforzada para la unión económica y monetaria”, a fin de facilitar, tanto la aplicación de las medidas que contempla el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la materia

59 Asunto C-370/12, *Pringle vs. The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General* (2012), párrafo 164.

60 *Documento del Consejo* N° 11758/11.

(arts. 121, 126 y 136), como el desarrollo de las propuestas legislativas presentadas por la Comisión Europea para reforzar la supervisión económica y presupuestaria de aquellos Estados miembros que padecen o corren el riesgo de padecer dificultades graves en lo que respecta a su estabilidad financiera. De ese modo, se perseguía la ejecución, sin demoras, del llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado⁶¹, que ha supuesto la introducción, de forma vinculante para los Estados Miembros de la Zona Euro, de la regla de equilibrio presupuestario, sujeta a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 273 TFUE), y, en caso de incumplimiento, la previsión de la posible imposición de sanciones coercitivas, en el marco del procedimiento de déficit excesivo de la Unión Europea, a aquellos Estados que se separen o contradigan los objetivos acordados.

Así, alegando el propósito de emplear, de forma más activa e intensa, la cooperación reforzada entre dichos Estados (art. 20 TUE), en aras de alcanzar una mejora de la gobernanza económica de la Zona Euro, veinticinco de ellos, han acordado la adopción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria, en diciembre de 2012⁶². El mismo ha confirmado, en relación a esta materia, en palabras de F. Balaguer, “la traslación de las decisiones a un espacio europeo sin ciudadanía”. No en vano, con el pretexto de la crisis y conforme a lo dispuesto en dicho Tratado, los Jefes de Estado o de Gobierno de las Partes Contratantes cuya moneda es el euro, junto con el Presidente de la Comisión Europea (art. 12), prescindiendo del método de funcionamiento habitual, propio de la Unión, han asumido el cometido de imponer, supervisar y evaluar la aprobación y ejecución de programas y planes de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados, que implican, además de la exigencia de adopción de iniciativas estructurales de reforma económica (en materia laboral, fiscal, de pensiones, energética, bancaria...), la autorización y validación de los planes presupuestarios anuales y de las emisiones de deuda pública de los Estados, junto con la aplicación de un mecanismo automático de medidas correctoras y sancionadoras.

Tales mandatos han llegado hasta el extremo de imponer, de manera urgente, la reforma de las Constituciones de los Estados de la Zona Euro sometidos a graves tensiones financieras, a fin de obligar a los mismos a garantizar, en particular, en lo que toca a la transposición de la llamada regla de equilibrio presupuestario, la

61 Cfr., *Reglamento (EC) nº 1466/97*, del Consejo, de 7 de julio de 1997, modificado por el *Reglamento (UE) nº 1175/2011*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011.

62 Con carácter general, cfr., P. CRAIG, “The Stability, Coordination and Governance Treaty: principle, politics and pragmatism”, en *European Law Review*, nº 37 (3), págs. 231-248.

satisfacción de los compromisos adquiridos. Y todo ello, sin dar lugar, dado su carácter vinculante, a que una medida de semejante trascendencia deje margen alguno a debate o discusión, en el ámbito estatal respectivo⁶³.

Todas estas iniciativas, fundadas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y desarrolladas al amparo de la crisis, no han hecho sino profundizar en el déficit democrático de la Unión, desapoderando de competencias a los Estados, a través de procedimientos que se caracterizan por su escasa transparencia e informalidad, además de por su falta de control. Como se ha indicado, mediante los mismos se adoptan decisiones de la mayor importancia, que afectan a la vida cotidiana de las personas, más sin su concurso o participación. Ello revela cómo los déficits de legitimidad de la Unión Europea, esto es, de la construcción del primer proyecto mundial consistente de democracia pos estatal, siguen no sólo presentes, sino agudizados con ocasión de la actual crisis, no permitiendo a la misma cumplir con el propósito tendencial que aspira a que el proceso de integración europea se sustente, plenamente, en la voluntad de los ciudadanos, promoviendo su participación política activa, directamente o a través de las instituciones⁶⁴.

De ese modo, la pérdida de confianza ciudadana que hoy se advierte, de manera creciente, lo es así, no sólo en el proyecto europeo, sino también en una democracia que se considera amputada, al haberse construido al margen de la propia ciudadanía, que observa la debilidad del «demos aeuropeus», al tiempo que la desestancialización del «demos» nacional-estatal, o, lo que es igual, que es consciente de cómo el pueblo ha perdido capacidad de decisión en el ámbito interno, a la vez que su voluntad es ignorada o sigue sin ser tenida en consideración en Europa.

Por eso, teniendo en cuenta el gran tamaño que la Unión ha alcanzado y la diferente voluntad política observada entre sus miembros a la hora de avanzar en los procesos de integración, quizá convenga acoger la propuesta que promueve una reforma profunda de la arquitectura institucional existente, a fin de que una Unión Europea renovada, fiel a sus valores y objetivos, en el contexto de un mundo globalizado, se convierta, realmente, en un espacio de convergencia política, económica y social, capaz de dar respuesta legítima y eficaz a las expectativas y demandas de sus ciudadanos. Quiere con esto

63 Acerca de la afectación contemporánea del nivel constituyente de los Estados y de la democracia pluralista misma, cfr., F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, op. cit., págs. 102 y ss.

64 J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. (2012). (Trad. esp., Madrid, Trotta, 2012, págs. 39 y ss.)

decirse que Europa necesita, más que nunca, de una constitución, que otorgue legitimidad a sus instituciones, elegidas efectivamente por sus ciudadanos, delimitando sus competencias, sujetas a un efectivo control⁶⁵. Ello resulta de la convicción de que los déficits y lagunas que, en la actualidad, manifiesta el gobierno económico de la Unión Europea no son sino el reflejo de la carencia de una verdadera unión política. Por eso, se hace necesario abrir un proceso constituyente, articulado por medio de una convención, en la que estén representados el Parlamento europeo y los parlamentos nacionales, los gobiernos, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social. El mismo deberá posibilitar un amplio debate en los medios de comunicación europeos, a fin de alentar la participación de una sociedad civil que ha de estar llamada, finalmente, a ratificarlo, por medio de un referendo del conjunto de los ciudadanos europeos, no organizado, por tanto, de país a país. Únicamente así podrá hacerse efectivo un auténtico y definitivo salto adelante democrático.

La iniciación de este proceso constituyente debería ser el tema central de discusión o debate, a fin de que el mismo sirva para otorgarle al proyecto europeo la legitimidad y la credibilidad de la que hoy carece, y que se le exige, a fin de convertirlo en respuesta ejemplar, por parte de Europa, a los desafíos crecientes, aún no adecuadamente atendidos, de un mundo globalizado.

Resumen:

La Unión Europea, habida cuenta de sus dimensiones continentales, se encuentra en una posición funcional idónea para ofrecer soluciones a las demandas ciudadanas que los Estados ya no son capaces de satisfacer, a la vez que influye y participa en la determinación de una política mundial. Pero la Unión Europea paradójicamente aún mantiene algunos de los rasgos que la caracterizan desde sus inicios, los cuales son difícilmente compatibles con la idea de democracia que se encuentra firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y que la propia Unión Europea dice auspiciar. De este modo revela encontrarse en un proceso de transición, a pesar de haberse dotado, a un tiempo, de unas instituciones genuinamente representativas, vinculadas a la construcción de una nueva realidad jurídico-política de naturaleza materialmente constitucional. La Unión Europea posee, así importantes elementos de déficit democrático, como se demuestra en lo que toca a aspectos tan relevantes como la legitimación, el control, la transparencia o la participación popular, lo que genera una brecha notable en la relación que se establece entre gobernantes y gobernados. Y la grave crisis económica y financiera que, en la actualidad, sufre el continente europeo, que obliga a los estados componentes de la Eurozona a alcanzar una mayor coordinación de sus políticas económicas, en pos de la consecución de un auténtico gobierno

65 Cfr., a este respecto, expresando una opinión compartida por los autores que participan en la obra, H. J. BLANKE & S. MANGIAMELI (eds.), “Preface” en “*The Treaty on the European Union (TEU). A Commentary*”, op. cit., págs. VII-VIII”.

económico unificado, lo ha hecho a costa de generar un nuevo déficit de legitimidad democrática. No en vano, dicho gobierno descansa en un esquema de funcionamiento intergubernamental, al tiempo que discurre fuera, esencialmente, del marco normativo común establecido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea. De ese modo, el déficit democrático de la Unión no sólo sigue presente, sino que se ha agudizado con ocasión del advenimiento de la crisis actual, al revelar la carencia de una auténtica unión política. En consecuencia, Europa necesita de una constitución que otorgue legitimidad a sus instituciones, delimitando sus competencias, sujetas a un efectivo control. Semejante proceso constituyente debería ser el tema central de las elecciones europeas de 2014, a fin de convertir al proyecto europeo en respuesta ejemplar a los desafíos crecientes de un mundo globalizado.

Palabras Clave: Globalización, Unión Europea, déficit democrático, crisis económica, constitución europea.

Abstract:

The European Union, given its continental dimensions, is in an ideal position to provide solutions to citizen demands that States are no longer able to meet, and at the same time, in a position to participate in the influencing and determination of global policy. But the European Union paradoxically still maintains some of its initial characteristics, which are hardly compatible with the idea of democracy that is firmly rooted in the common constitutional traditions of the Member States and which the European Union itself advocates. Accordingly, the European Union finds itself in a transition process despite the fact that it has genuinely representative institutions which are linked to the construction of this new political reality. And as a result, it possess important elements of a democratic deficit, as demonstrated in aspects such as legitimacy, accountability, transparency and popular participation - a fact which generates a notable break or gap in the relationship established between the governing and the governed. So, the serious economical and financial crisis that is actually suffering the European Union, although it has finally forced most of the Member States, overcoming the initial resistance of some of them to reach a more complete coordination of their economic policies, has only been possible at the expense to cause a new democratic deficit of legitimacy of the Union. The reason is that the incipient European economic governance has been founded in an intergovernmental principle of functioning, as the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund (the so-called «troika») have received the supervision and control competences in order to demand the right achievement of the proposed stability objectives previously defined in the Treaties. Therefore, we are still far from reaching the goal that expresses the ambition to shape a federal organisation fully based on the European democratic willpower. In sum, Europe needs a constitution to give democratic legitimacy to its institutions, determining their limited competences with the assumption of the due accountability for its actions. The current deficits of the European economic governance are just a consequence of the absence of a real political union. That is the reason of the necessity to open a constituent process. It will give to the European project the legitimacy and the credibility that now that not exist and that is required for its transformation in an exemplary European reply to the increasing challenges of a globalised world.

Keywords: Globalisation, European Union, democratic deficit, economic crisis, European constitution.

Recibido: 9 de diciembre de 2013.

Aceptado: 20 de diciembre de 2013.

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. SU TRANSPOSICIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA CUETO MORENO*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Orden europea de protección. Concepto y ámbito de aplicación.
3. Emisión de la orden europea de protección.
4. Reconocimiento de la orden europea de protección.
5. Causas de denegación del reconocimiento.
6. Ejecución de la orden europea de protección.
7. Revocación o modificación de la orden europea de protección.
8. Referencia al Reglamento (UE) nº 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.
9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO 2007/C 306/01), y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, supuso la comunitarización de la cooperación judicial internacional en materia penal, pasando a integrarse dicha materia en la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en adelante TFUE– (“Políticas y Acciones internas de la Unión”), y, concretamente en el capítulo 4 del título IV, rubricado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, que comprende los arts. 82 a 86 del TFUE. Dicha materia pasa por tanto a regirse por disposiciones adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario, cuyos instrumentos normativos son los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes (art. 288 TFUE) y respecto del cual el Tribunal de Justicia ostenta competencia plena.

* Magistrada.

En este sentido, conviene recordar que el TFUE, en materia de cooperación judicial penal, asume el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, adoptando en su art. 82.1, entre otras, medidas para establecer normas y procedimientos que garanticen el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas y que faciliten la cooperación judicial en el procedimiento penal y en la ejecución.

Además, el art. 82.2 TFUE prevé que, mediante Directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que tengan en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados, se puedan establecer normas mínimas en los procedimientos penales sobre la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento, los derechos de las víctimas y otros elementos específicos del proceso penal.

En cumplimiento de estas previsiones, el Programa de Estocolmo (“Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (2010/C 115/01) DOUE C 115, de 4.5.2010), adoptado en el Consejo Europeo celebrado los días 10 y 11 de diciembre de 2009, establece un plan de trabajo en desarrollo de dichos objetivos para el período 2010-2014, incidiendo en las medidas a adoptar para avanzar hacia el espacio de libertad, seguridad y justicia teniendo en cuenta las novedades introducidas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y propugnando en particular la adopción de medidas en relación al respeto de las garantías procesales que deben reconocerse a todo imputado en una causa penal (apartado 2.4), la adecuada protección de los datos personales manejados en el marco de las investigaciones y los procesos penales (apartado 2.5), y la consideración debida a la víctimas de los delitos en orden a conseguir una mejora genérica de las medidas de apoyo y protección a las mismas (apartados 2.3.4 y 4.4.2).

El propio Programa de Estocolmo insta a la Comisión a presentar un plan de acción que contemple los concretos instrumentos que han de elaborarse para la consecución de dichos objetivos, así como las fechas previstas al efecto, en cuyo cumplimiento se remitió por aquella en abril de 2011 un Plan de Acción estableciendo un cuadro de acciones concretas y un calendario para su adopción que, en lo que respecta a la asistencia a las víctimas y al objeto de este trabajo, preveía la elaboración, para el año 2011, de una propuesta legislativa sobre un instrumento global relativo a la protección de las víctimas y un plan de acción sobre medidas prácticas, incluido el desarrollo de la Orden Europea de Protección.

En cumplimiento de dicha previsión, y a iniciativa de varios Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia,

Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia), se aprobó la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección¹, en la que se establece un plazo de tres años desde su entrada en vigor para su transposición a los ordenamientos internos, período que, según el art. 21 de la misma, finalizará el 11 de enero de 2015. En cuanto a su ámbito territorial de aplicación, quedan sin embargo fuera del mismo Irlanda y Dinamarca –en virtud de las cláusulas «opt-out» y «opt-in» que respectivamente tienen reconocidas en los Protocolos 21 y 22 anexos al TUE y al TFUE–, sometiéndose sin embargo Reino Unido a sus previsiones.

El Proyecto de Ley objeto del presente trabajo, -Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea², de fecha 14 de marzo de 2014– adapta a nuestro Ordenamiento, entre otras órdenes europeas, la de protección regulada en la referida Directiva, optando –según dispone el apartado II de su exposición de motivos– por “reducir la dispersión normativa y la complejidad de un ordenamiento que, a la postre, tiene que permitir a los distintos operadores jurídicos³ su tarea de aplicar el derecho en un ámbito ya de por sí complejo y nuevo”.

Concretamente, y por lo que respecta a la Orden Europea de Protección (en adelante OEP), las previsiones de la Directiva se transponen en el título VI del Proyecto, arts. 130 a 142, ambos inclusive, si bien el título preliminar y el título primero del mismo establecen, respectivamente, un régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, arts. 1 a 6, y una serie de disposiciones generales relativas a la transmisión, el reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo, arts. 7 a 33, aplicables también por tanto a la OEP y que completan el régimen contenido específicamente en el título VI.

Conviene por último recordar que el art. 4.1 del Proyecto de Ley, dentro del título preliminar, establece una remisión –en cuanto al régimen jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo– a las normas de

1 Sobre el proceso legislativo que culminó en la aprobación de la Directiva, vid. M. MARTÍN MARTÍNEZ, “La protección a las víctimas. Violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, pp. 415-422.

2 La primera versión del texto como Anteproyecto fue publicada el 8 de febrero de 2013 con el nombre “Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, habiéndose omitido, tanto en el actual Proyecto de Ley como en una versión posterior del Anteproyecto de fecha 11 de julio de 2013, el calificativo de “judiciales”, quizás para evitar equívocos en cuanto a las autoridades que pueden emitir resoluciones objeto de reconocimiento y ejecución, y que son designadas por cada Estado miembro en función de su Ordenamiento jurídico.

3 En la versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 se utilizaba el término “jueces” en vez del de “operadores jurídicos”; término que fue sustituido en las ulteriores redacciones.

la Unión Europea, los Convenios internacionales vigentes en los que España sea parte, y, como régimen jurídico supletorio en defecto de disposiciones específicas, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que por tanto habrá que acudir en defecto de regulación expresa. Asimismo, el art. 4.3 establece que la interpretación de los preceptos contenidos en la ley se realizará de conformidad con las normas de la Unión Europea reguladoras de cada uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo.

2. LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Orden Europea de Protección, prevista como una de las órdenes europeas de reconocimiento mutuo en el art. 2.e) del Proyecto de Ley, se regula en el título VI del mismo, arts. 130 a 142. El capítulo I, arts. 130 a 132, prevé una serie de disposiciones generales; el capítulo II, arts. 133 a 137, lo relativo a la emisión y transmisión de una OEP; y el capítulo III, las cuestiones referentes a la ejecución en España de una OEP dictada por la autoridad de otro Estado miembro, arts. 138 a 142.

2.1. Concepto de orden europea de protección. Ámbito territorial objetivo y subjetivo

El art. 130.1 del Proyecto de Ley define la OEP como “una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio”.

En relación a la definición de OEP contenida en el art. 2 de la Directiva, el Proyecto añade expresamente que se trata de una resolución de naturaleza “penal”, como se desprende en todo caso de su contenido, si bien omite indicar que la autoridad competente del Estado de ejecución adoptará en su caso la medida o medidas oportunas a fin de mantener la protección de la persona protegida “con arreglo a su propio Derecho nacional”.

2.2. Ámbito territorial

En cuanto al ámbito territorial de la OEP, la exposición de motivos del Proyecto lo entiende en un sentido muy amplio, indicando que “se garantiza que las medidas de protección dictadas en cualquier Estado miembro a favor de una persona que se

vea amenazada sean efectivas en todo el territorio de la Unión” (apartado X); sin embargo, aunque en abstracto dichas medidas pueden desplegar sus efectos en todos los Estados miembros, la eficacia territorial de la OEP es en la práctica mucho más limitada, tanto que aquellos se restringen al territorio del Estado –o Estados, ex art. 136 del Proyecto– de ejecución que acuerde su reconocimiento.

Así, y en la medida en que el art. 6 de la Directiva (art. 133.b) del Proyecto exige para la emisión de una OEP que la persona protegida decida residir o permanecer, o resida o permanezca ya efectivamente en otro Estado miembro, la OEP verá en principio su eficacia limitada al territorio de ese Estado y sólo del mismo, por cuanto como regla general, y con la excepción contemplada en el art. 136, parece excluirse que pueda adoptarse una misma OEP simultáneamente en relación a varios Estados (salvo algún supuesto en el que la víctima, por ejemplo, se viera obligada por razones de trabajo a viajar constantemente de un Estado a otro desconociendo a priori el tiempo que va a permanecer en cada uno)⁴.

La posibilidad de acordar la transmisión de una OEP a varios Estados de ejecución se contempla expresamente en el citado art. 136 del Proyecto de Ley, siendo únicamente necesario que la víctima manifieste “su intención de permanecer en varios de ellos”⁵. No obstante, y siempre que ello fuera posible, sería conveniente en nuestra opinión que se indicara a cada Estado de ejecución el período de tiempo que la persona protegida va a permanecer en su territorio; y ello no sólo a fin de que en su caso pueda delimitar temporalmente la duración de las medidas a adoptar en caso de reconocimiento de la OEP, sino también porque uno de los criterios que según el art. 6.1 de la Directiva –y 133 del Proyecto– deben tenerse en cuenta a la hora de resolver sobre la emisión de una OEP, y que es acorde con los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad que la inspiran, es el de “la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución”⁶.

4 “Es una medida de eficacia territorial limitada, que, aparte del Estado de emisión, no irá más allá de aquellos Estados en los que se tenga constancia o se preverá vaya a desplazarse la víctima. No existe por tanto un instrumento jurídico que dictado por un Estado miembro de la Unión Europea despliegara su eficacia en todo el territorio de la Unión” (J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “La Orden Europea de Protección”, *Diario La Ley*, nº 7854, 2012, p. 6).

5 El art. 147 de la versión de 8 de febrero de 2013 del Anteproyecto exigía que dicha permanencia fuera “con carácter sucesivo”, indicación que se suprimió tanto en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013 como en el actual Proyecto, evitándose así los equívocos a los que podría dar lugar su interpretación.

6 El art. 144.1.b) de la versión de 8 de febrero de 2013 del Anteproyecto establecía en relación a esta materia que “en atención al principio de proporcionalidad, se valorará la conveniencia de emitir una orden

En cualquier caso, y a modo de conclusión, la OEP, al igual que las otras órdenes europeas contempladas en el Proyecto de Ley, no supone la creación de un título europeo que tenga una validez generalizada y simultánea en todo el ámbito de la Unión Europea, sino que la autoridad nacional, órgano emisor, crea una orden europea para un país comunitario específico, lo habitual, o un conjunto de ellos simultáneamente, como puede suceder con el decomiso, pero siempre perfectamente delimitados. Además, la creación de la orden europea puede hacerse a partir de una resolución nacional que se transforma en aquélla. Esto es lo que acontece con la OEP, que, como se verá, presupone una medida cautelar o pena acordada en el ámbito interno por la autoridad judicial emisora.

2.3. Ámbito objetivo

2.3.a) *Medida de protección*

La medida de protección vendrá constituida, de conformidad con el art. 2.2) de la Directiva, por una resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su derecho interno, por la que se impone a una persona física (a la que se identifica como causante del peligro) una o más de las prohibiciones o restricciones previstas en el art. 5 de la Directiva.

Por tanto, y tal como establece el art. 130.2 del Proyecto de Ley, puede emitirse la OEP con fundamento “tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal como respecto de las penas privativas de derechos, siempre que consistan en: a) La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; b) La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) O la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida”⁷.

europea de protección si el período de permanencia previsto en el otro Estado es inferior a un mes”, precisión sobre la que nada decía la Directiva y que se ha suprimido en ulteriores redacciones del texto, a nuestro juicio con buen criterio, no sólo por resultar innecesaria, sino por cuanto, incluso en períodos de estancia inferiores a un mes, podría ponerse de manifiesto la necesidad de emitir o reconocer una OEP para proteger a la víctima en aquellos casos en que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 y 105 del Proyecto, se hubiera denegado, respecto de la persona causante del peligro, la ejecución de una orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad o de una orden de libertad vigilada por ser su duración o el tiempo que reste de cumplimiento de la pena inferior a seis meses.

7 El art. 142.3 del Anteproyecto, en el texto de 8 de febrero de 2013, no hacía referencia en sus apartados b) y c) a la medida de “reglamentación” prevista en la Directiva, aludiendo

Se mantiene así, por lo que respecta a las prohibiciones o restricciones, idéntica redacción a la contenida en la Directiva, si bien la letra a) del art. 130.2 del Proyecto hace referencia no sólo a la prohibición de entrar, sino también a la de “aproximarse”, lo que parece otorgar una mayor protección, aunque en orden a salvaguardar el principio de seguridad jurídica, hay que establecer en la resolución la distancia a la que refiere dicha prohibición de aproximación.

Tratándose de nuestro derecho interno, el título habilitante de una medida de protección, cuando la medida de protección es una medida cautelar, podría venir dado con arreglo a la legislación vigente por alguna de las siguientes resoluciones: a) un auto de medidas cautelares del art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: prohibición de residir, acudir a determinado lugar, aproximarse o comunicarse con una persona; b) una Orden de Protección de las reguladas en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; c) un auto de medidas de protección adoptadas al amparo de lo dispuesto en los arts. 62 y siguientes de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

No obstante, el art. 130.2 del Proyecto establece también, como título habilitante, la sentencia de condena que imponga “penas privativas de derechos”, siempre que en la misma se imponga a la persona causante del peligro alguna de las prohibiciones previstas en el art. 130.2 del texto legal.

2.3.b) *Orden europea de protección*

La relación de la OEP con la medida de protección es de subsidiariedad y dependencia de aquélla respecto de ésta⁸: la existencia de una medida de protección en los términos antes indicados constituye presupuesto jurídico indispensable para que por el Estado de emisión se acuerde una OEP, siendo además en cuanto a su vigencia dependiente de la de aquélla, del mismo modo que las medidas adoptadas en su caso por la autoridad competente del Estado de ejecución como consecuencia del reconocimiento de una OEP deberán finalizar tan pronto como se tenga conocimiento de que el Estado de emisión ha revocado o anulado la OEP (lo cual, entre otros supuestos, ocurrirá

únicamente a prohibición. La posterior versión del Anteproyecto, así como el actual Proyecto, incorporan la redacción prevista en la Directiva, que da cabida a medidas restrictivas de derechos, y no sólo a las prohibitivas.

8 A este “carácter instrumental de la OEP” alude M. C. MOLINA MANSILLA en “La protección de la víctima en el espacio europeo: La Orden Europea de Protección”, *La Ley Penal*, nº 92, 2012, p. 13.

cuando se anule la medida de protección por el Estado de emisión, tal y como dispone el art. 13.1 a) de la Directiva en relación con el apartado 6 del mismo precepto). Así lo dispone también el art. 137.1.a) del Proyecto de Ley, si bien el legislador español ha omitido añadir las palabras “por consiguiente”, que sí se reflejan en la Directiva y que ponen de manifiesto la relación de dependencia y subsidiariedad de la OEP respecto de las medidas de protección acordadas (“(...) la autoridad competente del Estado de emisión tendrá competencia exclusiva para adoptar resoluciones relativas a: a) la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección y, por consiguiente, de la orden europea de protección”).

2.3.c) Resolución a dictar por el Estado de ejecución

Conforme a las previsiones contenidas en la Directiva (art. 9.1), es aquella resolución en la que, reconocida la OEP, se acuerde cualquiera de las medidas previstas en su derecho nacional para un caso análogo a fin de garantizar la tutela de la persona protegida.

Con arreglo al Proyecto de Ley debe revestir forma de Auto (art. 138.4), y su contenido deberá comprender: a) La imposición a la persona causante del peligro de “cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida” (art. 138.1); y b) Las instrucciones oportunas, dirigidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por el cumplimiento de las medidas recogidas en la orden de protección, así como para su inscripción en los registros que correspondan⁹ (art. 138.4).

Por otro lado, el art. 138.2 del Proyecto establece que tanto la medida de protección que se adopte como consecuencia del reconocimiento de una OEP como la que pudiera acordarse posteriormente en caso de incumplimiento, “se ajustarán en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión”, lo cual no viene sino a constituir una manifestación más del principio de reconocimiento mutuo que preside la normativa en materia de cooperación judicial penal.

9 Esta previsión de instrucciones a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad era la única que se contenía en la redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013; redacción que en nuestra opinión incumplía por tanto las previsiones de la Directiva, al no exigir expresamente que la resolución reconociendo la OEP —que además podía revestir forma de auto o de decreto—, contuviera cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la tutela de la persona protegida.

2.4. Ámbito subjetivo

2.4.a) Persona protegida

En la Directiva se identifica como tal a la persona física objeto de la tutela derivada de una medida de protección adoptada por el Estado de emisión (art. 2.3) que contenga alguna de las prohibiciones referidas en el art. 130.2 del Proyecto (art. 5 de la Directiva¹⁰). En el Proyecto, para referirse a la misma, se alude en algún precepto tanto a “víctima” como a “ posible víctima” (art. 132), habida cuenta que, como antes se ha indicado, podrá serlo no sólo en relación a una pena, sino también a una medida cautelar.

En la medida en que el art. 130.1 del Proyecto de Ley hace referencia a “víctimas o posibles víctimas”, parece admitirse la posibilidad de que una sola medida de protección (y, por ende, una sola OEP derivada de la misma) esté destinada a proteger a varias personas, si bien en todo caso deberá tratarse de sujetos pasivos de delitos que pongan en peligro “su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual”, tal y como establece el art. 2.2) de la Directiva y el art. 130.1 del Proyecto.

El legislador no establece, por tanto, como luego veremos, un catálogo de delitos que justifiquen la adopción de una OEP, por lo que, ante la falta de regulación expresa, podría estarse a la ubicación sistemática contenida en el Código Penal respecto de cada uno de los bienes jurídicos referidos en dicho precepto. No obstante, esta solución plantea algún problema; singularmente, que el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la adopción de medidas cautelares de protección “en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal”, y este último precepto alude a bienes jurídicos, como el derecho a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y al honor, que no se contemplan en los arts. 2.2) de la Directiva y 130.1 del Proyecto, lo que en principio excluiría la posibilidad de adoptar una OEP en relación a delitos como el de descubrimiento y/o revelación de secretos, allanamiento de morada o injurias.

10 “La orden de protección europea no ha sido pensada exclusivamente para la protección de mujeres, sino que su ámbito de cobertura se amplía para garantizar la protección de cualquier persona física –hombre, mujer o niño– porque tampoco se refiere a las medidas de protección frente a actos de violencia específica contra las mujeres sino a las medidas de protección que deban acordarse frente a cualquier delito” (M. Á. PÉREZ MARÍN, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una Jurisdicción Penal común*, Ed. Atelier, Madrid, 2013, p. 268).

En todo caso, llama la atención que el Proyecto de Ley no haga referencia a la posibilidad –prevista expresamente en el Considerando 12 de la Directiva– de que la medida de protección se adopte también “para proteger a un familiar de la principal persona protegida”, al cual se habilita también para “solicitar y quedar amparado por una OEP” en las condiciones previstas en aquélla. Si finalmente el legislador no incorporara dicha previsión, podría invocarse la aplicabilidad directa y obligatoriedad jurídica de la Directiva como acto típico comunitario ex art. 249 TCE, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que incluso, a partir de la Sentencia María Pupino (C-105/03, de 16 de junio de 2005), se ha extendido a las Decisiones Marco, reconociendo que las mismas pueden generar efectos interpretativos que condicione el resultado de un caso concreto, por lo que pueden invocarse allá donde el legislador nacional haya guardado silencio o dejado un margen de maniobra interpretativa.

2.4.b) Persona causante del peligro

Será la persona física a la que se haya impuesto una o más de las prohibiciones o restricciones contenidas en el art. 130.2 del Proyecto de Ley, entendiéndose también que debe estar imputado, o condenado, por un delito contra la vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual cometido contra la/s persona/s protegida/s.

El legislador no prevé, a diferencia de lo que ocurre con las personas protegidas, que una misma OEP pueda referir a varias personas causantes del peligro, por lo que en su caso la autoridad competente debería acordar la emisión de una OEP respecto de cada persona que se identifique en la medida de protección como tal, si bien sería preferible en nuestra opinión, a fin de evitar resoluciones contradictorias, que el Proyecto previera expresamente la posibilidad de que una sola OEP pudiera referirse a varios imputados y/o condenados.

2.4.c) Autoridad competente

El art. 3 de la Directiva deja a criterio de cada Estado miembro la elección de la autoridad o autoridades judiciales “o equivalentes”, competentes, con arreglo a su derecho nacional, para dictar una OEP y para reconocerla, imponiendo la obligación de comunicarlo a la Comisión.

El art. 131 del Proyecto de Ley, que establece cuáles son las autoridades competentes en España para emitir y recibir una OEP, distingue dos supuestos:

(I) Para la emisión y transmisión de una OEP son competentes “los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección”.

La aparente claridad del precepto se presta sin embargo a equívocos, por cuanto es posible que, caso de venir constituida la medida de protección por una medida cautelar, la misma se haya acordado por un Juez de Instrucción o un Juez de Violencia sobre la Mujer y posteriormente el procedimiento se haya remitido al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial, no determinándose claramente si la competencia correspondería en tal caso al órgano instructor o al de enjuiciamiento; y el mismo problema se plantearía en el supuesto de que se hubiera dictado por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer una sentencia de conformidad con pena privativa de derechos y se hubiera remitido posteriormente el procedimiento al Juzgado competente para su ejecución.

En nuestra opinión, la competencia para emitir y transmitir la OEP la ostentará el órgano judicial que esté conociendo del procedimiento en el momento en el que se solicite la emisión de la OEP, pues sólo de esta manera se garantiza la inmediatez en la resolución, aparte de que dicho órgano es el que se hallará en mejores condiciones para valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto en el momento de deducirse la solicitud.

(II) Para el reconocimiento y ejecución de una OEP acordada por otro Estado miembro, “los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo”, si bien se indica a continuación que, “cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, el mismo Juez o Tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones”¹¹.

11 En lo relativo a este extremo, el Proyecto modifica sustancialmente las dos redacciones contenidas en las dos versiones del Anteproyecto. Así, la contenida en la versión de 8 de febrero de 2013 (art. 143) atribuía al Ministerio Fiscal la competencia para el reconocimiento y ejecución de las OEP adoptadas por otro Estado miembro y, sólo cuando el mismo entendiera que procedía la denegación, al Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de órdenes (el art. 151 establecía que la remisión se efectuaría a favor del “Juez o Tribunal que, en un caso análogo en España, fuera competente para la emisión de la orden de protección”). Esta redacción vulneraba lo establecido en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, en consonancia con la garantía de exclusividad de la potestad jurisdiccional, art. 117 CE, expresamente establece que las diligencias que puede llevar a cabo u ordenar el Ministerio Fiscal “no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos”, que es lo que entraña en cualquier caso

La actual redacción del Proyecto de Ley, si bien supone una descentralización en lo relativo al reconocimiento y ejecución de este instrumento de reconocimiento mutuo, entraña una mayor proximidad a la persona protegida, que se refuerza con la previsión de que la competencia territorial venga determinada por el lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo –debiendo haberse hecho mención también a la mera permanencia, tal y como prevé el art. 133.b)–, superando así las ambigüedades interpretativas a las que, como hemos visto, se prestaban las anteriores redacciones del texto legal¹².

3. EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

3.1. Requisitos

Los requisitos para emitir una OEP se relacionan en el art. 133 del Proyecto de Ley, que transpone los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la Directiva. Son los siguientes:

la resolución que reconoce una OEP, afectando a derechos fundamentales como los contenidos en los arts. 17 y 19 de la Constitución Española.

Por su parte, en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013 (art. 129) se atribuía la competencia para reconocer y ejecutar las OEP remitidas por otro Estado al “Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de medidas”, sin que se delimitara claramente quién era en última instancia el juez competente para decidir sobre la emisión o sobre el reconocimiento de una concreta OEP, y pareciendo exigirse el análisis de la concreta OEP a fin de determinar quién es el Juez o Tribunal que, en un caso análogo en España, sería competente para su emisión y transmisión, planteándose la duda de si, en aquellos casos en que la OEP venía constituida por una pena, la competencia debería corresponder al Juez Central de lo Penal por aplicación analógica de lo dispuesto en dicha versión del Anteproyecto en relación a las órdenes europeas de libertad vigilada (art. 101), cuyo contenido podía ser coincidente con el de la OEP.

12 El criterio por el que finalmente ha optado el legislador ya había sido postulado por autoras como M. DEL POZO PÉREZ, que consideraba que la competencia, tanto en relación a la emisión y transmisión de la OEP, como por lo que respecta a su reconocimiento y ejecución, debía corresponder, bien al Juzgado de Instrucción, bien al de Violencia sobre la Mujer si se refiere a un delito competencia de este último, pero en ningún caso al Juzgado Central de Instrucción ni a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, “que nada tienen que ver con la materia de violencia de género” (“La Orden Europea de Protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista europea de Derechos Fundamentales*, nº 19, 2012, p. 178). También M. LÓPEZ GIL entendía que la competencia para la ejecución debía corresponder a los Juzgados de Instrucción, pues aunque ello introdujera una “gran descentralización en esta materia”, frente al esquema introducido por la orden europea de detención, permitía una mayor “cercanía y proximidad del órgano judicial a la persona protegida” (“La Orden Europea de Protección”, *Nueve estudios para informar un proceso penal europeo y un Código Modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana*, Dir.-Coord. J. A. Robles Garzón, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 225).

(I) “Que se haya dictado una resolución judicial penal adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima”.

Tal como se ha indicado en relación a la naturaleza de la OEP, el primer requisito para emitir la misma es que se haya adoptado previamente a favor de la víctima solicitante una medida de protección que contemple alguna de las prohibiciones referidas en el art. 130.2 del Proyecto, pudiendo tratarse, como antes se ha expuesto, tanto de un auto de medidas cautelares como de una sentencia de condena.

(II) “Que la víctima resida, permanezca o tenga intención de hacerlo en otro Estado miembro de la Unión Europea”.

Asimismo, tal y como se ha expuesto en referencia al ámbito territorial de la OEP, es también necesario que conste una solicitud por parte de la víctima o persona protegida que resida, permanezca, o manifieste su intención de residir o permanecer en el territorio de otro Estado miembro.

(III) “Que la víctima solicite la adopción de la orden de protección, por sí misma o a través de su tutor o representante legal”.

Tal y como establece el art. 6.2 de la Directiva, la OEP sólo podrá acordarse a instancia de la propia víctima y, en su caso, de su tutor o representante legal. Se excluye por tanto la posibilidad de que pueda adoptarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de la Administración Pública o de algún otro Organismo, lo que puede plantear problemas en orden a garantizar la adecuada protección de las víctimas, aunque no deje de ser cierto, a efectos prácticos, que es la víctima quien conoce su decisión de trasladarse al extranjero.

Cumplidos tales requisitos, la autoridad competente del Estado de emisión que, como hemos visto al analizar el art. 131 del Proyecto, será el Juez o Tribunal que conozca del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección, deberá valorar, “entre otros criterios, la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de protección” (art. 133), lo cual es congruente con los criterios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad que se infieren del art. 6.1 del texto de la Directiva.

3.2. Procedimiento

3.2.a) *Solicitud*

La solicitud, tal y como establece el art. 6.3 de la Directiva y 134.2 del Proyecto de Ley, podrá deducirse por la víctima o su representante tanto ante la autoridad

dad competente del Estado de emisión como ante la del Estado de ejecución (esto es, aquél en el que se halle permaneciendo o residiendo o pretenda permanecer o residir)¹³. Esta previsión tendrá sentido singularmente en aquellos supuestos en que la persona protegida se encuentre ya residiendo en el Estado de ejecución, a fin de evitarle desplazamientos, aunque dicho Estado se limitará a remitir la solicitud al Estado competente para resolver sobre la emisión y transmisión de la OEP. No estaría de más haber previsto que, en esos casos, la solicitud también pudiera efectuarse ante las oficinas diplomáticas o consulares del Estado de emisión que existan en el Estado de ejecución.

No se regula en el Proyecto ante qué autoridad debe deducir la víctima la solicitud de OEP dirigida a otro Estado miembro si ya residiera, permaneciera o tuviera intención de residir o permanecer en España. En la primera versión del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, el art. 150 establecía que debería hacerse ante el Ministerio Fiscal, quien remitiría la misma sin demora y en un plazo máximo de tres días a la autoridad competente del Estado de emisión, pero dicha previsión se ha suprimido, existiendo actualmente un vacío normativo al respecto.

Por otro lado, el art. 134.1 del Proyecto establece un deber judicial de información, en el sentido de exigir que, desde el momento en que se dicte una medida de protección (cautelar o de condena) de las que pueden dar lugar a la adopción de una OEP, la autoridad judicial española que la adopte informará a la persona protegida o a su representante legal de la posibilidad de solicitar que se dicte una OEP en caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro, así como de las condiciones básicas para presentar dicha solicitud. Asimismo, se prevé que dicha autoridad “aconsejará a la persona protegida que presente su solicitud antes de salir del territorio del Estado de emisión”¹⁴, si bien nada impide, como antes se ha indicado, que la víctima o su representante deduzcan dicha solicitud ante el Estado de ejecución.

13 La versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, disponía al respecto, en su art. 145.3, que en caso de que la víctima formulara su solicitud en el Estado de ejecución, debería pedir al mismo “su remisión a la autoridad judicial española competente para la emisión con carácter inmediato”, previsión que se ha suprimido en las ulteriores redacciones del texto, en nuestra opinión con acierto, por cuanto afectaba a la forma en que cada Estado miembro puede transponer la Directiva.

14 En la versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 se imponía este deber de información al Secretario Judicial en el momento de notificar a la víctima o a su representante legal la medida de protección, dejando de ello constancia documental en autos (art. 146.2).

3.2.b) *Contenido*

El contenido de la OEP no se prevé expresamente en el articulado del Proyecto, cuyo art. 135 simplemente establece que la misma se documentará en el certificado previsto en el anexo VIII.

En todo caso, el mismo deberá ajustarse a lo establecido en el art. 7 de la Directiva, regulador de la forma y contenido de la OEP¹⁵, y al modelo del anexo I de la misma, debiendo por tanto contener la siguiente información:

- a) Identidad y nacionalidad de la persona protegida, y las de su tutor o representante en caso de que la persona protegida sea menor o legalmente incapaz.
- b) Fecha a partir de la cual la persona protegida se propone residir o permanecer en el Estado de ejecución, así como el período o los períodos de permanencia, si se conocen.
- c) Nombre, dirección, números de teléfono y fax, y dirección de correo electrónico de la autoridad competente del Estado de emisión.
- d) Referencia (por ejemplo, por medio de un número y de una fecha) del acto jurídico que contiene la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección.
- e) Resumen de los hechos y circunstancias que dieron lugar a la imposición de la medida de protección en el Estado de emisión.
- f) Prohibiciones o restricciones impuestas a la persona causante del peligro en virtud de la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección, duración de las mismas, indicación de la pena o sanción aplicable, si ha lugar, en caso de incumplimiento de la correspondiente prohibición u obligación.
- g) En su caso, utilización de un dispositivo técnico que se haya suministrado a la persona protegida o a la persona causante del peligro como medio para hacer cumplir la medida de protección.
- h) Identidad, nacionalidad y datos de contacto de la persona causante del peligro.
- i) Cuando la autoridad competente del Estado de emisión disponga de esta información sin necesidad de proceder a nuevas investigaciones, indicación de si se ha concedido a la persona protegida o a la persona causante del peligro asistencia jurídica gratuita en el Estado de emisión.

15 Sobre la naturaleza exclusivamente penal del contenido de la OEP, sin que pueda incorporar medidas de orden civil o asistencial, se pronuncia J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, “La Orden Europea de Protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley*, nº 8022, 2013, p. 5.

j) Si ha lugar, la descripción de otras circunstancias que podrían influir en la valoración del peligro al que está expuesta la persona protegida.

k) Indicación expresa, en su caso, de que ya se ha transmitido al Estado de supervisión –si éste es distinto del Estado de ejecución de la orden europea de protección– una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI, e indicación de la autoridad competente de ese Estado para la ejecución de dicha sentencia o resolución.

Este último requisito sí se recoge en el art. 135 del Proyecto, antes citado, que establece que en la OEP deberá expresarse si se ha transmitido a otro Estado, distinto del de ejecución, una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada, con indicación de la autoridad de ese Estado al que los respectivos certificados fueron enviados¹⁶.

3.2.c) *Tramitación*

El Proyecto de Ley, regulando más prolíjamente lo dispuesto en el art. 6.4 del texto de la Directiva, que reconoce el derecho de la persona causante del peligro a ser oído y a impugnar la medida de protección sólo “en caso de que no hubiera tenido esos derechos en el curso del procedimiento que haya conducido a la adopción de la medida de protección”, prevé en su art. 134.3 la audiencia de la persona causante del peligro, indicando a tal efecto que “si el imputado o condenado no hubiera sido oído en el proceso previamente en relación con la adopción de la resolución que decretaba medidas de protección, se convocará a éste, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, a una comparecencia, que deberá celebrarse en el plazo de 72 horas desde la recepción de la solicitud”, debiendo resolver el Juez o Tribunal por “auto motivado”.

En esta audiencia se cuidará, según establece expresamente dicho precepto, de no comunicar en ningún caso a la persona causante del peligro la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que ello sea necesario para la

16 Esta previsión se contemplaba ya en el art. 145 del Anteproyecto, en su versión de 8 de febrero de 2013, si bien limitada a comunicar si se había transmitido a un tercer Estado una orden europea de libertad provisional o de libertad vigilada, por lo que en la actual redacción, -que reproduce la recogida en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013–, el contenido de dicha información abarca un ámbito más extenso.

ejecución de la medida adoptada, lo cual dependerá, obviamente, del contenido de la misma y de las prohibiciones y/o restricciones que contemple.

La actual redacción, coincidente con la que se recogía en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013, simplifica el trámite que se contenía en el art. 146.4 del Anteproyecto inicial¹⁷, de 8 de febrero de 2013, que distinguía distintos supuestos en función de que la víctima solicitara la adopción de la OEP de forma inmediatamente anterior o simultánea a cualquier actuación procesal a realizar a presencia del imputado o en otro momento distinto, en cuyo caso diferenciaba en función de que el imputado hubiera sido o no previamente oído en relación a la resolución decretando las medidas de protección.

En todo caso, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 22.3 del Proyecto, es posible articular el derecho de audiencia del imputado a través de videoconferencia o por teléfono mediante la aplicación de los instrumentos de Derecho Internacional o de la Unión Europea que prevean esta posibilidad –y en nuestra opinión, además, al amparo del principio de reciprocidad–, lo que cobra especial relevancia en los supuestos en que el imputado se encuentre en el extranjero.

17 Art. 146.4 del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013: “Si se solicitase la adopción de la orden europea de protección directamente ante la autoridad española competente para la emisión o recibida por ésta la solicitud formulada en el extranjero, se procederá de conformidad con el siguiente trámite:

a) Si la víctima solicitara la adopción de la orden de manera inmediatamente anterior o simultánea a cualquier actuación procesal a realizar en presencia del imputado, incluido en el acto del juicio, el Juez oirá al imputado, a las partes personadas que asistieran a la vista o audiencia y al Ministerio Fiscal, debiendo pronunciarse sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la orden europea de protección. Tras ello, por auto motivado, resolverá el Juez o Tribunal.

b) Si la víctima solicitara la adopción de la orden durante la tramitación del proceso sin carácter inmediatamente previo o simultáneo a una audiencia o vista a la que haya comparecido el imputado:

1º. Si el mismo no hubiera sido oído en el proceso previamente en relación con la adopción de la resolución que decretaba medidas de protección, se convocará a éste, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, a una comparecencia, que deberá celebrarse en el plazo de 72 horas desde la recepción de la solicitud. Tras oír las alegaciones de las partes, el Juez o Tribunal resolverá por auto motivado.

Si, tras intentar convocar al imputado a la audiencia prevista el imputado no compareciese o no fuera posible su localización, se procederá a conferir traslado a las partes para alegaciones, quedando a criterio del Juez o Tribunal hacerlo por escrito o en la propia audiencia, pero siempre respetando los plazos aquí establecidos.

2º. Si el imputado sí hubiese sido oído, se dará el traslado directamente a todas las partes personadas en el plazo de 72 horas desde la recepción, y tras ello resolverá el Juez por auto motivado en otras 72 horas”.

El Proyecto de Ley no prevé sin embargo la obligatoriedad de que la persona causante del peligro cuente durante la audiencia con Letrado que le asista, previsión que en nuestra opinión sería necesaria, por cuanto, caso de adoptarse la medida, afectará a los derechos fundamentales del imputado o condenado. Al efecto, el art. 22.1 se limita a establecer que la notificación al mismo, cuando tenga su domicilio o residencia en España, de la resolución de reconocimiento y ejecución, “supondrá el reconocimiento del derecho a intervenir en el proceso, si lo tuviere por conveniente, personándose con abogado y procurador”.

Una vez adoptada la OEP, y documentada en el certificado al que se refiere el art. 135 del Proyecto, deberá remitirse junto a la resolución judicial en que se fundamentalmente a la autoridad competente del Estado de ejecución.

El art. 7 del Proyecto no determina sin embargo claramente si ha de remitirse el original o testimonio de las mismas, ya que, mientras de un lado establece que “el testimonio de la resolución judicial en la que se basa el certificado se remitirá obligatoriamente junto con éste, salvo que se trate (...) de una orden europea de protección que se documentarán exclusivamente a través del formulario correspondiente”, de otro lado dispone que “el original de la resolución o del certificado será remitido únicamente cuando así lo solicite la autoridad de ejecución”.

En todo caso, el certificado o el formulario irá firmado por la autoridad judicial competente para dictar la resolución que se documenta, según el art. 7.2 del Proyecto¹⁸.

En cuanto a la traducción de los documentos, el Proyecto de Ley establece en su art. 7.3 lo siguiente: a) En cuanto al certificado o el formulario, esto es, la OEP, deberá traducirse a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro al que se dirija o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado, salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión en español; b) Por lo que se refiere a la resolución judicial, es decir, la medida de protección, sólo será objeto de traducción cuando así se requiera por la autoridad judicial de ejecución.

Por último, y en cuanto al régimen de recursos aplicable, el art. 13 del Proyecto establece que “contra las resoluciones por las que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo podrán interponerse los recursos previstos

18 La redacción del primer Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, exigía también la firma del Secretario Judicial.

en el ordenamiento jurídico español, que se tramitarán y resolverán exclusivamente por la autoridad judicial española competente conforme a la legislación española”¹⁹.

En todo caso, la interposición de estos recursos no producirá efectos suspensivos ni obstará por tanto a que se emita la OEP y se transmita la misma al Estado de ejecución, por cuanto el mismo precepto establece en su apartado 2 que “en caso de estimación de un recurso, la autoridad judicial española lo comunicará inmediatamente a la autoridad que esté conociendo de la ejecución”; y ello a los efectos previstos en el art. 11 del Proyecto, ya que quedará sin efecto la OEP transmitida al haberse revocado la medida de protección.

3.2.d) Actuaciones posteriores a la transmisión de la orden europea de protección

Tras la emisión de la OEP, y conforme a lo dispuesto en el art. 137.1.a) del Proyecto de Ley (que transpone el art. 13 de la Directiva), la autoridad española tiene competencia exclusiva para acordar, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, la “prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección” y, por tanto, de la “orden europea de protección”, así como para adoptar una medida privativa de libertad frente al imputado en los supuestos de incumplimiento de la medida de protección siempre que esta última esté acordada en sentencia o en una resolución de libertad vigilada de las previstas en el Proyecto, con obligación en ambos casos de informar “sin demora” a la autoridad competente del Estado de ejecución²⁰.

El art. 11 del Proyecto estipula la obligación de la autoridad judicial española de emisión de informar inmediatamente a la autoridad encargada de la ejecución de la “adopción de cualquier resolución o medida que tenga por objeto dejar sin efecto

19 La versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 establecía el referido régimen de recursos “contra las resoluciones judiciales españolas cuya ejecución haya sido transmitida”, no previendo el mecanismo de impugnación del instrumento de reconocimiento mutuo. Es obvio que contra la medida de protección en que se fundamenta la OEP, ya se trate de medida cautelar o de pena, deben poder interponerse los recursos previstos en cada caso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ello es independiente de los recursos que puedan formularse contra la OEP, y que en su caso deberán fundarse, en nuestra opinión, en las causas de denegación que a juicio del recurrente puedan invocarse o la ausencia de alguno de los requisitos necesarios para su concesión, sin que puedan ser admisibles motivos sobre el fondo o sobre los hechos que fundamentaron la medida de protección en que se basa la OEP.

20 La versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 exigía, a la hora de notificar al Estado de ejecución cualquier resolución de modificación de la OEP, utilizar el modelo de certificado previsto al efecto (art. 148.2).

el carácter ejecutorio de la orden o resolución cuya ejecución ha sido transmitida previamente, solicitando la devolución del formulario o del certificado”²¹.

Asimismo, el art. 137.2 del Proyecto (correspondiente al 14.3 de la Directiva) dispone que si la autoridad competente del Estado de ejecución solicita información sobre la necesidad de mantener la protección otorgada por la OEP, deberá resolverse dicha solicitud, sin que el precepto establezca –como sí exigía la versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 en su art. 148.4– un trámite previo de audiencia a las partes²².

Este trámite de audiencia a las partes también se preveía en relación al supuesto de expiración del plazo máximo de vigencia de las medidas en el Estado de ejecución (art. 155.1.b de la versión inicial del Anteproyecto), pero se suprimió tanto en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013 como en el actual Proyecto, en el que, *ad sensu contrario*, se dispone que la autoridad judicial española, como autoridad de ejecución, solicite a la competente del Estado de emisión informe sobre la necesidad de mantener la protección otorgada por la OEP en el plazo máximo de un mes y antes de poner fin a las medidas de protección (art. 142.3).

Por último, dispone el art. 14 del Proyecto que “el Estado español financiará los gastos ocasionados por la ejecución de una orden o resolución de reconocimiento mutuo transmitida a otro Estado miembro, salvo los ocasionados en el territorio del Estado de ejecución”, previsión similar a la contenida en el art. 18 de la Directiva, que impone al Estado de emisión exclusivamente el pago de los gastos ocasionados en su territorio, estableciendo que todos los demás dispendios derivados de la ejecución deberán ser asumidos por el Estado de ejecución.

4. RECONOCIMIENTO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

En cuanto al reconocimiento y ejecución por las autoridades españolas de las órdenes europeas, el art. 16 del Proyecto de Ley, dentro de las disposiciones

21 En el Anteproyecto se extendía esta obligación al supuesto de que el condenado hubiera sido “indultado por la autoridad competente en España, sin perjuicio de las facultades de indulto que correspondan a las autoridades de ejecución cuando haya sido transmitida (...) una orden europea de protección”, previsión que se ha suprimido en el Proyecto.

22 En dicha versión se exigía, en los casos en que se recabara información del Juez o Tribunal español de emisión sobre la necesidad de mantener la protección otorgada en un caso concreto y a la vista de la expiración del plazo máximo de vigencia de las medidas en el Estado de ejecución (pero no en los restantes supuestos de finalización de las medidas de ejecución previstos en el art. 155 –actual art. 142–), dar traslado a las partes por tres días y resolver por auto en los tres siguientes, notificando inmediatamente la resolución a la autoridad de ejecución.

generales, prevé que las mismas se realicen sin más trámites que los establecidos en el mismo y en el plazo previsto para cada caso. No obstante, dicho precepto regula el supuesto de que el órgano judicial que reciba el certificado entienda que carece de competencia para ejecutarlo, disponiendo que, en tal caso, la resolución que declare la falta de competencia, deberá ser remitida de forma “inmediata” a la “autoridad judicial que entienda competente, notificando dicha resolución al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial del Estado de emisión”. No se indica la forma que deberá revestir esta resolución, aunque se entiende que deberá tratarse de un auto²³, contra el que cabrá interponer recurso de reforma y de apelación conforme a las reglas generales de recursos previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se remite expresamente el art. 24²⁴.

El precepto plantea el problema de determinar quién es la “autoridad judicial que entienda competente” el órgano judicial, esto es, si se está aludiendo a un órgano español o si el régimen previsto en el art. 16 es extensivo a aquellos casos en que el órgano judicial español entiende que el competente es la autoridad judicial de otro Estado miembro. En nuestra opinión, en este último caso debería dictarse auto denegatorio por tal motivo y, una vez firme, devolver el mismo junto al certificado de la OEP a la autoridad competente del Estado de emisión, al constituir las decisiones sobre competencia judicial internacional una cuestión de soberanía interna de cada Estado.

El art. 17 del Proyecto prevé la necesidad de que el certificado venga traducido al español, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva, que establece que la OEP deberá ser traducida por la autoridad competente del Estado de emisión a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución.

En el supuesto de que el certificado no esté traducido, y salvo que esté vigente una declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea o un Convenio con el Estado de emisión que permita el envío de aquél en el idioma en que esté redactado²⁵, el art. 17.1 del Proyecto dispone que se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial del Estado emisor que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción del mismo.

23 Así lo exigía expresamente la redacción del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013 (art. 17).

24 La versión inicial del Anteproyecto, en su art. 25.1, establecía expresamente que el recurso de apelación podría interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, así como que en ningún caso sería necesario interponer el recurso de reforma previamente a presentar la apelación.

25 En el Anteproyecto no se hacía referencia a la posible existencia de una declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, sino únicamente a la vigencia de un Convenio con el Estado emisor que contemplara el envío en otra lengua.

No se establece sin embargo la obligatoriedad de que se reciba traducida al español la resolución judicial en la que se basa el certificado, si bien en tal caso el art. 17.2 del Proyecto dispone la posibilidad de que, de considerarse “imprescindible para su ejecución”, la autoridad judicial solicite su traducción²⁶.

El régimen de gastos previsto en el Proyecto de Ley transpone lo establecido al respecto en la Directiva. Así, en el art. 18 de la misma, al que anteriormente hemos aludido, se establece que “los gastos que resulten de la aplicación de la presente Directiva correrán a cargo del Estado de ejecución, de conformidad con su derecho nacional, con excepción de los ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado de emisión”. Por su parte, el art. 25.1 del Proyecto dispone que “los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo serán a cargo del Estado español” y que “los demás gastos”, y en particular “los ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado emisor, correrán a cargo de este último”²⁷.

En cuanto al régimen de ejecución de la OEP, la Directiva establece que, reconocida la OEP, la autoridad competente “adoptará una resolución en la que dicte cualquiera de las medidas previstas en su derecho nacional para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida”.

El art. 138 del Proyecto de Ley estipula un trámite previo de audiencia del Ministerio Fiscal por plazo de tres días, transcurrido el cual “la reconocerá sin dilación y adoptará una resolución en la que imponga cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida”. No obstante, se prevé expresamente que, tanto la medida de protección que se adopte por el Juez o Tribunal español, como la que pueda acordar posterior-

26 La redacción de 8 de febrero de 2013 del Anteproyecto disponía (art. 18.2) que en este caso la traducción podría acordarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, que se realizaría en todo caso “a costa de España”, -lo cual daba a entender, teniendo en cuenta el régimen general de gastos, que dicha traducción debería llevarse a cabo en España como Estado de ejecución–, y que podría tener por objeto la resolución íntegra o sus partes esenciales. Por otro lado, en el Proyecto se ha hecho constar expresamente que la traducción de la resolución judicial en la que se basa el certificado debe solicitarse cuando se considere imprescindible “para su ejecución”, especificación que consideramos innecesaria, por cuanto es precisamente el régimen de reconocimiento y ejecución el que se regula en estos preceptos.

27 Esta última previsión no se contemplaba en la redacción del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013, por lo que el contenido del precepto no se ajustaba a lo establecido en la Directiva. El legislador ha subsanado dicho vacío normativo con la actual redacción, que ya se contenía en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013.

mente en caso de incumplimiento, “se ajustarán en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión”.

La resolución deberá revestir forma de auto (art. 138.4), y en la misma se deberán contener además “las instrucciones oportunas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por el cumplimiento de las medidas recogidas en la orden de protección, así como para su inscripción en los registros que correspondan”.

El tenor actual del Proyecto viene por tanto a recoger las previsiones de la Directiva, de las que sin embargo se apartaba en el art. 151 de la inicial redacción del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, porque indicaba que la resolución reconociendo la OEP –que revestía forma de decreto si la acordaba el Ministerio Fiscal y de auto si la adoptaba la autoridad judicial²⁸– se limitaría a contener las instrucciones necesarias a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que velaran por el cumplimiento de las medidas recogidas en la OEP y para su inscripción en los registros correspondientes. Es decir, parecía prever un reconocimiento y ejecución automáticos de la OEP, y por tanto una eficacia y ejecutividad inmediata de las medidas de protección adoptadas por el Estado emisor con arreglo a su propio Derecho, lo cual iba a generar problemas interpretativos en aquellos supuestos en que las medidas de protección acordadas por el Estado de emisión no tuvieran parangón en el Derecho español, aparte de resultar obvia la imposibilidad de equiparar las instrucciones que pudieran contenerse en la resolución reconociendo la OEP con las medidas cautelares penales previstas en nuestro Ordenamiento.

En cuanto al plazo de reconocimiento de la OEP, el art. 138.1 del Proyecto establece que la misma se reconocerá “con la misma prioridad que corresponda a estas medidas en el Derecho español, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y, en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida”. No obstante, el plazo de reconocimiento se dilatará en aquellos supuestos en los que el Juez o Tribunal de ejecución estime que la información transmitida con la OEP es incompleta, en cuyo caso el art. 138.5 dispone que deberá comunicar este hecho sin dilación a la autoridad competente del Estado de emisión fijando un “plazo razonable” para que aporte la información que falta.

28 Autoridad judicial que la versión inicial del Anteproyecto identificaba como “Juez o Tribunal que, en un caso análogo en España, fuera competente para la emisión de la orden de protección” y cuya intervención se preveía de forma subsidiaria, bien para el caso en que el Fiscal entendiese que procedía denegar el reconocimiento o ejecución de la OEP, bien para los supuestos en que, durante la tramitación del expediente por parte del Fiscal, el imputado anunciase su voluntad de presentar recurso.

Asimismo, se establece una obligación de informar tanto de las medidas adoptadas como de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento a la autoridad competente del Estado de emisión, a la persona protegida y a la persona causante del peligro –tal y como exige el art. 9.3 de la Directiva–, sin que a esta última se le dé a conocer la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada (art. 138.3).

El art. 22 del Proyecto establece también que deberán notificarse al afectado [parece referirse a la persona causante del peligro], cuando el mismo tenga su domicilio o residencia en España y “salvo que el procedimiento extranjero se hubiera declarado secreto o su notificación frustrara la finalidad perseguida”, “las órdenes o resoluciones judiciales extranjeras cuya ejecución se haya solicitado²⁹”. Nada se prevé sin embargo sobre quién debe realizar tal notificación cuando el afectado tenga su domicilio o residencia en otro Estado pero la ejecución de la resolución extranjera se haya solicitado en España.

El régimen de recursos se contempla en el art. 24 del Proyecto, ya mencionado, “contra las resoluciones dictadas por la autoridad judicial española resolviendo acerca de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo”. Se entiende, al no distinguir el precepto en tal sentido, que el régimen de recursos será idéntico tanto si la resolución judicial reconoce la OEP como si la deniega. Prevé dicho precepto que frente a dichas resoluciones cabe interponer “los recursos que procedan conforme a las reglas generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, por lo que entendemos que, al deber revestir forma de auto, cabrá interponer frente al mismo recurso de reforma y de apelación, siendo el primero de ellos potestativo y pudiendo formularse el de apelación de forma subsidiaria al de reforma o por separado; previsiones éstas que se contenían expresamente en la redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013.

La obligación de comunicar a la autoridad judicial del Estado de emisión tanto la interposición de algún recurso como su resultado está prevista en el art. 24.2 del Proyecto. No obstante, y a diferencia de la regulación contenida en la versión inicial del Anteproyecto, no se contempla actualmente un trámite de alegaciones del órgano judicial del Estado emisor, que en dicha redacción permitía que expusiera

29 La redacción de la versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, restringía este deber de notificación a los supuestos en que la orden o resolución extranjera hubiera sido “acordada en España”, por lo que con la vigente redacción, contenida también en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013, se extiende dicho deber a los casos en que la ejecución se haya solicitado, con independencia de lo que se resuelva, por el Juez o Tribunal español.

las consideraciones que estimara oportunas en el plazo de cinco días desde que se le hubiera comunicado la interposición del recurso.

Tampoco se regula expresamente quiénes están legitimados para interponer dichos recursos, aunque deberá entenderse –tal y como se preveía en la versión del Anteproyecto de 8 de febrero de 2013– que podrán formularlos tanto el Ministerio Fiscal como el sujeto pasivo del proceso penal del que trae causa la resolución y cualquier titular de derechos e intereses legítimos que pudieran verse afectados.

En cuanto al contenido del recurso, no se puede referir a los motivos de fondo por los que se ha adoptado la resolución de protección, ya que el art. 24.3 del Proyecto establece que los mismos “sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión”.

La interposición de los recursos sólo podrá suspender la ejecución cuando “pudiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación”, previéndose en este caso que se adopten las medidas cautelares que permitan asegurar la eficacia de la resolución.

Por último, el art. 16.3 del Proyecto de Ley establece que la resolución que declare la denegación del reconocimiento o de la ejecución de la orden o resolución judicial transmitida para su ejecución en España deberá acordar también su devolución inmediata y directa a la autoridad judicial de emisión cuando el auto sea firme, sin perjuicio de que, tal y como dispone el art. 22.2, la autoridad judicial de emisión deberá ser informada por la autoridad judicial española “sin dilación, de la resolución de reconocimiento o denegación de la orden o resolución transmitida o de cualquier incidencia que pueda afectar a su ejecución, en especial en los casos de imposibilidad de la misma sin que se puedan ejecutar medidas alternativas no previstas en el Derecho español”.

5. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

La Sección 2^a del Capítulo II del Título I del Proyecto regula los supuestos de “Denegación del Reconocimiento o de la Ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo”, previéndose en su art. 32 una serie de “motivos generales para la denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas”. No obstante, además, el art. 140 establece una serie de causas adicionales de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEP, disponiendo este precepto que dicha resolu-

ción deberá acordarse cuando concurra, además de alguno de los motivos previstos en el art. 32, cualquiera de las circunstancias previstas en el mismo³⁰.

Las causas de denegación se contienen, pues, tanto en las disposiciones generales relativas a todas las órdenes europeas como en las propias normas reguladoras de la OEP en el Título VI del Proyecto de Ley, con la dificultad que ello conlleva a la hora de interpretar y aplicar cada uno de dichos supuestos, por cuanto la regulación de los instrumentos de reconocimiento mutuo dista mucho de ser unitaria. Por ello, en nuestra opinión, y aunque la redacción actual mejora la contenida en el Anteproyecto inicial de 8 de febrero de 2013 –que sólo contemplaba como motivos de denegación los contenidos en las disposiciones generales–, hubiera sido más acertado regular los motivos de no reconocimiento de una OEP exclusivamente en el propio título VI del Proyecto, transponiendo las nueve causas de denegación previstas en el art. 10.1 de la Directiva, cuyo estudio se abordará a continuación:

– Las dos primeras causas de no reconocimiento establecidas en la Directiva, “cuando la OEP esté incompleta o no se haya completado en el plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución”; y “cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el art. 5” de la Directiva, se contemplan, si bien con distinta redacción, en la letra d) del art. 32.1 del Proyecto, que prevé la denegación de la ejecución “cuando el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no corresponda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 19”, que permite en estos casos comunicarlo a la autoridad de emisión fijando un plazo de subsanación³¹.

La redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, establecía además expresamente (art. 44.4) que se denegaría la ejecución “cuando se hubiera emitido el certificado sin darse los requisitos exigidos imperativamente en cada instrumento de reconocimiento mutuo”, motivo de denegación que se ha suprimido y que

30 La redacción del art. 140 no resulta muy afortunada, en tanto parece dar a entender que para la denegación del reconocimiento de la OEP han de concurrir simultáneamente alguno de los motivos previstos en el art. 32 y otro de los contemplados en el art. 140.1, cuando lo que establece este precepto son una serie de causas adicionales de denegación. Este defecto ya se advertía en el Anteproyecto, en su versión 11 de julio de 2013.

31 La redacción del Anteproyecto en su versión de 8 de febrero de 2013, en congruencia con dicha regulación, preveía como causa de denegación del reconocimiento, en su art. 44, la no subsanación en plazo por la autoridad de emisión de los defectos referidos. Parece evidente que, aun sin figurar expresamente en la actual redacción, la falta de subsanación en el plazo concedido al efecto por la autoridad judicial española se erigirá en causa formal de denegación del reconocimiento de la OEP.

en nuestra opinión comprendía los requisitos previstos en el art. 5 de la Directiva (art. 130.2 del Proyecto). No obstante, dicha supresión resulta compensada con la previsión contenida en la letra a) del art. 140.1 del Proyecto, que prevé como causa de denegación del reconocimiento de la OEP el que “la resolución no se refiera a alguna de las medidas previstas en este título”.

– El motivo de denegación previsto en la letra c) del art. 10.1 de la Directiva (“cuando la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el derecho del Estado de ejecución”), se contempla como causa específica de denegación del reconocimiento de la OEP en la letra b) del art. 140.1 del Proyecto (sustituyendo la mención al Estado de ejecución por “España”) y responde al principio de doble incriminación, que entraña una afirmación de soberanía contraria a la confianza entre Estados que debe sustentar el principio de reconocimiento mutuo.

Esta falta de confianza se hace especialmente patente en el caso de la OEP, frente a otras órdenes europeas reguladas en el Proyecto, pues, en tanto el art. 20 establece en su apartado 1 un listado de delitos en los que se excluye el control de la doble tipificación –algunos de los cuales, como la agresión con lesiones graves o la violación, podrían fundamentar una OEP–, el apartado 3 del mismo precepto establece expresamente que “el reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes europeas de protección se efectuará siempre con control de la doble tipificación”, lo que no resulta justificado, singularmente en relación a los delitos referidos en el listado del referido precepto; delitos que además coinciden sustancialmente con aquellos que son competencia de Europol y con los delitos respecto de los que se excluye el control de doble incriminación en relación a la Orden Europea de Detención, por lo que se entiende que todos los Estados miembros tienen en sus respectivos Ordenamientos tipificadas infracciones que se corresponden a dichas categorías, y que por tanto ese control de doble incriminación se habrá efectuado a priori.

Además, y particularmente por lo que respecta a hechos constitutivos de violencia de género, es posible que esta causa de denegación del reconocimiento pueda invocarse por aquellos Estados que no han tipificado expresamente como delito autónomo este tipo de conductas, lo que colocaría a las víctimas o presuntas víctimas de estos hechos en una situación de desprotección en caso de desplazarse a dichos países³².

32 Así lo entiende también A. PEYRÓ LLOPIS, que considera que este motivo, así como el de prescripción del ejercicio de la acción penal contra la persona causante del peligro, plantearán en la práctica “dificultades de fondo” (“La protección de las víctimas en la Unión Europea: la Orden Europea de Protección”, *Revista española de Derecho Europeo*, Civitas, nº 46, 2013, p. 26).

– La causa contemplada en la letra d) del art. 10.1 de la Directiva (“cuando la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al derecho del Estado de ejecución, haya sido objeto de amnistía y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia con arreglo a dicho derecho”) inspira la redacción del art. 140.1, letra c), del Proyecto, que prevé como causa de denegación “que la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho español, haya sido objeto de indulto y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia”. Se prevé por tanto el indulto del condenado como causa de denegación del reconocimiento de una OEP, nueva afirmación del principio de soberanía de cada Estado.

En cualquier caso, el indulto presupondría la existencia de un proceso en España, lo que entronca este motivo con el «*non bis in ídem*» que el Proyecto contempla con carácter general en el art. 32.1.a), al que a continuación nos referiremos.

– Por lo que respecta a la denegación por inmunidad de la persona causante del peligro conforme al derecho del Estado de ejecución (art. 10.1.e) de la Directiva), se recoge en el art. 32.1.e) del Proyecto (“cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución”), constituyendo una excepción clásica en los Convenios Internacionales que, sin embargo, deja desprotegida a la víctima. En nuestra opinión, habría que plantearse, a nivel de derecho internacional público, la razón de ser de esta clásica causa de inmunidad de jurisdicción y ejecución en supuestos como este en el que se trata de una medida cautelar o pena imprescindible para la protección de una víctima. La ponderación los derechos fundamentales en juego frente a la «*ratio essendi*» de las causas de inmunidad, que no es otra que la soberanía del Estado, exige modular este privilegio en supuestos extremos: no se trata de exigir una responsabilidad por conductas pretéritas, ni siquiera cuando la OEP deriva de una pena, sino de preservar la integridad física de la víctima en el futuro.

– La prescripción también se contempla como causa de denegación, aunque aparentemente con distinto alcance, en la Directiva y en el Proyecto. Así, la letra f) del art. 10.1 de la Directiva alude a la prescripción de la “actuación penal” contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección si tal hecho o conducta es de su competencia de conformidad con su derecho nacional³³, lo que parece referirse a la prescripción

33 Este tipo de motivos procesales de denegación, en opinión de G. GALLEGOS SÁNCHEZ, planteará en la práctica “obstáculos verdaderamente difíciles de superar (...) y ello por la disparidad de los plazos entre los Estados miembros” (“La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: La Orden Europea de Protección”; *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, nº 4, 2012, p. 5).

del delito³⁴, mientras que el art. 32.1.b) del Proyecto regula la prescripción de la “sanción”, es decir, de la pena: “cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español”.

Habría, pues, en nuestra opinión, que incluir también la prescripción del delito en el Proyecto de Ley, tal y como se establece en la Directiva.

– El art. 32.1.a) del Proyecto recoge la causa de denegación prevista en la letra g) del art. 10.1 de la Directiva, que contempla como tal la aplicación del principio «non bis in ídem»: “Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio «non bis in ídem» en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado”.

Como es lógico, los supuestos de sobreseimiento libre firme previstos en el art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tienen plena acogida en este motivo.

– En cuanto a la denegación por razón de la edad de la persona causante del peligro (art. 10.1.h) de la Directiva), prevista para aquellos casos en que por dicho motivo no pueda considerarse a la misma penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, se contempla en la letra d) del art. 140.1.d) del Proyecto, que no especifica sin embargo si tal previsión ha de extenderse a las personas que por razón de su avanzada edad se encontraran en situación de inimputabilidad.

– Por último, la denegación por territorialidad o jurisdicción propia, prevista en la letra i) del art. 10.1 de la Directiva, se regula en el art. 32.1.c) del Proyecto (“cuando la orden o resolución se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español”). En relación con esta causa de denegación, el Proyecto de Ley transpone finalmente lo establecido en la Directiva, que exige que la medida de protección se refiera a una infracción penal que, según el derecho del Estado de ejecución, se considere cometida “totalmente, en su mayor parte o fundamentalmente” dentro del territorio de su jurisdicción. Y ello habida cuenta que en las dos versiones del An-

34 Sobre si la Directiva refiere a la prescripción de la pena, del delito, o de ambas, S. OUBIÑA BARBOLLA, “La orden europea de protección, realidad o ilusión”, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Dir. R. CASTILLEJO Manzanares, La Ley, 2011, pp. 292-293.

te proyecto únicamente se exigía para que pudiera denegarse el reconocimiento que la orden europea se refiriera a hechos que el derecho español considerara cometidos “en su totalidad o en parte” en territorio español, de tal manera que bastaría que una parte mínima de los elementos del tipo penal se hubiera cometido en nuestro territorio para denegar el reconocimiento, lo cual, a nuestro juicio, era contrario al espíritu de la Directiva.

– El art. 33 del Proyecto establece una causa adicional de denegación de reconocimiento no contemplada en la Directiva, cual es la de no haber comparecido el imputado en el juicio del que derive la resolución en que se funda la orden europea de protección. No obstante, dicha causa, que por tanto sólo entrará en juego cuando la medida de protección en que se fundamente la OEP sea una pena, y no una medida cautelar, no será de aplicación cuando en el certificado conste, de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación procesal del Estado de emisión, alguna de las circunstancias siguientes:

– Que, con suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado de la fecha y lugar previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió dicha información oficial por otros medios que dejen constancia de su efectivo conocimiento y que, además, fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia.

– Que, teniendo conocimiento de la fecha y lugar previstos para el juicio, el imputado designó abogado para su defensa y fue efectivamente defendido por éste en el juicio.

– Que, tras serle notificada la resolución y ser informado de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que de ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer, derivase una resolución contraria a la inicial, el imputado declarara expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitara la apertura de un nuevo juicio ni interpusiera recurso dentro del plazo previsto para ello.

Dichas circunstancias, en realidad, se acomodan a la normativa europea sobre esta materia acerca de la posibilidad de que un sujeto sea juzgado en ausencia, (tomada, a su vez, de la jurisprudencia del TEDH), prevista en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, modificada por la decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009; un cambio normativo sancionado además por el TJUE en la Sentencia de 26 de febrero de 2013 en el Asunto C-399/11 (Melloni), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TC español.

Se ha procedido, pues, a acoger la jurisprudencia del TC en materia de extradición y reconocimiento de órdenes europeas de detención resultantes de procesos en rebeldía acompañada a la más reciente doctrina del TJUE que nos afecta directamente.

La resolución denegatoria del reconocimiento y ejecución de la OEP deberá ser notificada, junto a los motivos de la misma, a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida, informando a esta última, según dispone el art. 140.2, de la posibilidad, en su caso, de solicitar la adopción de una medida de protección de conformidad con su Derecho nacional y de las vías de recurso existentes. Previsión que no se contenía en la redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, y que reputamos acertada, por cuanto entraña un derecho de información de la víctima o posible víctima de medidas alternativas de tutela.

6. EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

El art. 21 del Proyecto de Ley, acorde con lo dispuesto en el art. 11.1 de la Directiva, establece que “la ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española”³⁵. No obstante, dicho precepto prevé la obligación de observar las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad judicial del Estado de emisión siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español³⁶.

Con ese fundamento, el art. 139 del Proyecto prevé que, en caso de incumplimiento de alguna de las medidas de protección adoptadas, la autoridad judicial española será competente para: a) imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento, cuando el mismo constituya una infracción penal con arreglo al Derecho español; b) acordar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento; y c) adoptar las medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una

35 Esta previsión se contenía, singularmente referida a la ejecución de la OEP, en el art. 152.1 de la versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, habiéndose suprimido en las ulteriores redacciones del texto, en nuestra opinión de forma acertada por resultar redundante.

36 En el Anteproyecto se establecía que dichas formalidades y procedimientos se observarían siempre que no fueran contrarios “al ordenamiento jurídico español”, por lo que la actual redacción resulta más restrictiva en la medida en que se exige, para su no observancia, que aquellos sean incompatibles con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, y no sólo con algún precepto.

ulterior resolución del Estado de emisión, previsión esta última contenida en el art. 11.2 de la Directiva³⁷.

El incumplimiento, tal como prevé el art. 12 de la Directiva, se debe notificar por la autoridad judicial española a la autoridad competente del Estado de emisión a través del certificado que figura como anexo IX (art. 139.2). En la redacción inicial del Anteproyecto (art. 152.3) se establecía un plazo de tres días para llevar a cabo dicha notificación a contar “desde que se tenga noticia del quebrantamiento”; plazo que se ha suprimido en las redacciones ulteriores del texto.

7. REVOCACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

En el supuesto en que tenga lugar la revocación de la OEP, el art. 142.1.a) del Proyecto de Ley dispone que “la autoridad judicial española, previa audiencia al Ministerio Fiscal, podrá poner fin a las medidas adoptadas en ejecución de una OEP en caso de que la autoridad competente del Estado de emisión haya revocado o anulado la orden europea de protección, tan pronto como haya recibido la correspondiente notificación”³⁸.

Si lo que se ha producido es la modificación de la OEP por parte de la autoridad competente del Estado de emisión, dispone el art. 141 del Proyecto, tal y como establece el art. 13.7 de la Directiva, que la autoridad judicial española, previa audiencia al Ministerio Fiscal, “modificará las medidas adoptadas”, se entiende que adaptándose a las acordadas por el Estado de emisión, “salvo los casos en que aquella modificación no se

37 La redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, únicamente preveía, en los supuestos de incumplimiento, la remisión urgente, por parte del Ministerio Fiscal, de testimonio de lo actuado al Juzgado de Instrucción competente para incoar procedimiento penal contra el imputado por delito de quebrantamiento de condena u otro en que hubiese incurrido, así como la adopción de las medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento en los términos previstos en el art. 11.2 de la Directiva (art. 152.2), lo que planteaba dificultades de aplicación en aquellos supuestos en los que fuera el Juez o Tribunal quien estuviera ejecutando la OEP, así como en relación a las medidas provisionales urgentes a adoptar, por cuanto las acordadas por el Ministerio Fiscal no pueden restringir derechos fundamentales ni adoptar medidas cautelares personales salvo la detención.

38 El art. 153 de la versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, no especificaba quién era la autoridad a la que se atribuía esta competencia, vacío legal que queda subsanado con la redacción actual, idéntica a la contenida en la versión del Anteproyecto de 11 de julio de 2013. Además, dicho precepto indicaba la obligación de devolver la orden y remitir todo lo actuado a la autoridad de emisión, previsión que no se contemplaba en el art. 13.6 de la Directiva y que se ha suprimido en las redacciones ulteriores del texto.

ajuste a los tipos de prohibiciones o restricciones previstos en este capítulo o en caso de que la información transmitida con la orden europea de protección sea incompleta y no se haya completado dentro del plazo fijado”³⁹.

También podrá acordarse por la autoridad judicial española, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la finalización de las medidas de ejecución, tal y como establece el art. 142 del Proyecto, en los siguientes supuestos, que son los contemplados en el art. 14, apartado primero, de la Directiva como causas de “suspensión” de la ejecución:

1. Cuando existan indicios claros –no bastan, por tanto, meras sospechas o suposiciones–, de que la persona protegida no reside ni permanece en España o que ha abandonado definitivamente el territorio español.
2. Cuando haya expirado, con arreglo al ordenamiento jurídico español, el plazo máximo de vigencia de las medidas adoptadas⁴⁰.
Este supuesto es consecuencia directa del hecho de que, en lo referente a la ejecución de la OEP, se aplique el derecho interno del Estado de ejecución.
3. Cuando no se modifique la medida de protección por las causas previstas en el art. 141.
4. Cuando, tras el reconocimiento de la OEP, se haya transmitido al Estado de ejecución una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada –ha de entenderse, tal y como indicaba expresamente el Anteproyecto en su redacción inicial, que habrá de serlo en relación a los mismos hechos que motivaron la OEP–. Se transpone así lo dispuesto en la letra d) del art. 14.1 de la Directiva.

39 El art. 154 de la redacción inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, (que, por otra parte, tampoco indicaba cuál era la autoridad competente para resolver sobre la modificación de las medidas de protección adoptadas) preveía, en relación a estos dos últimos casos –esto es, que la modificación no se ajustara a las prohibiciones previstas legalmente, o que la información transmitida fuera incompleta y no se hubiera subsanado en plazo–, el dictado de auto por parte del juez, previa audiencia a las partes por cinco días, resolviendo sobre si procede o no acceder a la modificación. Esta disposición se ha suprimido en las ulteriores redacciones del texto, por lo que ha de entenderse que en tales supuestos no ha de accederse a la modificación, tal y como prevé el art. 142.1.d), que se analizará a continuación.

40 La versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, señalaba expresamente, en relación a esta causa de finalización, la necesidad de tener en cuenta a tal efecto “los plazos de prescripción de los delitos y las penas en nuestra legislación o, en su caso, el plazo máximo de imposición de pena análoga en España” (art. 155.2), indicación que se ha suprimido en las posteriores redacciones del texto, optando el legislador por transcribir literalmente el contenido de la Directiva en relación a este extremo.

Entendemos que las medidas de protección a la víctima deberían ser, al menos, las acordadas en la OEP, pues de otro modo se originaría desprotección a aquella, buscando en cada supuesto la solución más garantista.

El art. 142.3 del Proyecto establece la posibilidad de que, antes de poner fin a las medidas de protección, la autoridad judicial española solicite a la competente del Estado de emisión que informe sobre la necesidad de mantener la protección otorgada por la OEP en las circunstancias del caso concreto de que se trate y en el plazo máximo de un mes, previsión que en la Directiva sólo se contiene en relación al supuesto de que la finalización se produzca cuando haya expirado, con arreglo al derecho interno del Estado de ejecución, el plazo máximo de vigencia de las medidas adoptadas en ejecución de la OEP (art. 14.3), y que el Proyecto extiende a los restantes supuestos de finalización de las medidas de ejecución⁴¹.

La finalización de las medidas de ejecución deberá comunicarse inmediatamente a la autoridad competente del Estado de emisión y, “cuando sea posible”, a la persona protegida (arts. 142.2 del Proyecto y 14.2 de la Directiva).

También el art. 23 del Proyecto de Ley establece la obligación de la autoridad judicial española de comunicar inmediatamente a la autoridad judicial del Estado de emisión “la suspensión de la ejecución de la orden o resolución judicial recibida, los motivos de la suspensión y, si es posible, la duración de la misma”, imponiendo la obligación de adoptar de inmediato las medidas oportunas de ejecución y de informar a la autoridad del Estado de emisión “tan pronto como desaparezcan los motivos de suspensión”, con devolución del formulario o certificado y de todo lo actuado a la autoridad judicial de emisión “si la causa de suspensión hiciera previsible que la misma no fuera alzada”.

Consideramos, por último, que en estos casos también debería haberse previsto la comunicación tanto a la persona protegida como a la persona causante del peligro, siempre que ello fuera posible.

41 Se ha suprimido, en cambio, un trámite posterior de audiencia a las partes –no previsto en la Directiva– y que en la versión inicial del Anteproyecto, de 8 de febrero de 2013, se contemplaba exclusivamente en relación a la causa de finalización consistente en que hubiera expirado el plazo máximo de vigencia de las medidas según los plazos de prescripción de los delitos y las penas en nuestra legislación o, en su caso, el plazo máximo de imposición de pena análoga en España. En este caso, se establecía la obligación de oír a las partes en un plazo de tres días desde la recepción del informe sobre la necesidad de mantener la protección de la autoridad de emisión, y de resolver en los tres siguientes.

8. REFERENCIA AL REGLAMENTO (UE) N° 606/2013, DE 12 DE JUNIO DE 2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL

Con fecha 29 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE) nº 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

Su ámbito de aplicación es distinto al de la Directiva 2011/99/UE, sobre la Orden Europea de Protección, y así se indica expresamente en el Considerando 9º, en el que se establece que aquél se circumscribe al de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del art. 81 del TFUE, aplicándose solamente a las “medidas de protección dictadas en materia civil” y remitiéndose, en lo relativo a las adoptadas en materia penal, a la mencionada Directiva.

El objeto del Reglamento es el de establecer “normas relativas a un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil”.

El art. 3 del Reglamento establece que tendrá la consideración de “medida de protección” cualquier decisión dictada por la autoridad de expedición del Estado miembro de origen “que imponga una o varias de las siguientes obligaciones a una persona causante de un riesgo, con el fin de proteger a otra persona cuando la integridad física o psíquica de esta última pueden estar en peligro: a) la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frequenta o en el que permanece de manera habitual; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita”. En este sentido, en el Considerando 6º se indica que las medidas de protección podrán adoptarse a efectos de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, subrayando que el Reglamento se aplica “a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género”.

Es evidente que, según nuestro Ordenamiento, semejante elenco tiene la consideración de medidas cautelares personales penales que, con la salvedad que se apunta infra, no pueden acordarse más que por los tribunales de ese orden jurisdiccional. Resulta conocido que nuestro legislador ha optado por la regla inversa a la que preside al Reglamento comunitario: no se habilita al tribunal civil para acordar medidas

o instrumentos penales; al contrario, son los jueces penales los que absorben las medidas cautelares e incluso los procesos civiles en cuanto aparecen indicios de la existencia de violencia de género, cediendo en ese momento la jurisdicción por razón del objeto del tribunal civil, ex art. 49 bis LEC. Las competencias en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer constituyen un ejemplo de esta realidad.

Ni que decir tiene que la naturaleza jurídica de una institución, en un momento determinado y en un Ordenamiento específico, no se configura ni por su denominación ni por el tipo de tribunal que las acuerda, sino por su esencia: su contenido y finalidad fundamentalmente. En este caso se trata de restricciones de la libertad para proteger a una presunta víctima, algo completamente ajeno a un proceso civil en nuestro país. Por ello, el término “materia civil” o “materia penal” que emplea el Reglamento al referirse a estas medidas es sumamente inexacto dentro de nuestra realidad jurídica.

A tenor de lo explicado, el Reglamento servirá para que España aplique estas medidas cautelares penales acordadas por un tribunal civil extranjero, pero no a la inversa.

El único supuesto en el que podrían acordarse medidas de protección en los términos en que vienen definidas en el art. 3 del Reglamento sería al amparo de lo previsto en el art. 158.4º del Código Civil. Una disposición que constituye una verdadera excepción al régimen descrito. Dicho precepto permite al juez dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, adoptar las “disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.

En definitiva, se amplía la jurisdicción por razón del objeto de los tribunales civiles para que acuerden las medidas cautelares necesarias para proteger al menor.

Sin embargo, este supuesto específico escapa al ámbito del Reglamento comunitario que estamos tratando, por cuanto dichas medidas quedan excluidas del mismo y se encauzan obligatoriamente a través del Reglamento (CE) nº 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 2 del Reglamento (UE) nº 606/2013).

En cualquier caso, que en España no existan medidas como las contempladas en el Reglamento no obvia la obligación de aplicar las dispuestas por el tribunal extranjero. Así, se aclara que si bien el Reglamento no impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus sistemas nacionales al objeto de permitir dictar medidas de protección en materia civil, o de introducir éstas para la aplicación del mismo (Considerando 12º), el reconocimiento en el Estado requerido de la medida de

protección dictada por el Estado miembro de origen “no podrá denegarse alegando que el derecho del Estado miembro requerido no permite una medida de este tipo fundada en los mismos hechos”, tal y como establece el art. 13.3º del Reglamento.

La medida de protección dictada por el Estado miembro de origen será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva sin que se requiera una declaración de ejecutoriedad –art. 4 del Reglamento–, admitiéndose como únicas causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución –a petición únicamente de la persona causante del riesgo– el hecho de que aquellos sean manifiestamente contrarios al orden público del Estado requerido o incompatibles con una sentencia dictada o reconocida en el Estado requerido, –art. 13 del Reglamento–.

Por último, debe indicarse que el Reglamento impone a los Estados la obligación de comunicar a la Comisión “a más tardar el 11 de julio de 2014” el tipo de autoridades competentes en las materias objeto de aquél (art. 18.1), entre otras, aquellas que son competentes para dictar medidas de protección y aquellas ante las que debe invocarse la medida de protección dictada en otro Estado o que son competentes para ejecutarla–, y que, según dispone el art. 22, el Reglamento se aplicará a las medidas de protección dictadas después del 11 de enero de 2015, independientemente de cuándo se hayan iniciado los procedimientos.

9. CONCLUSIONES

El proceso penal se encuentra ante una coyuntura histórica. La UE está acometiendo, a partir del TFUE y mediante el procedimiento legislativo ordinario, el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales penales. La Directiva 2011/99/UE, sobre la Orden Europea de Protección (OEP), se encuentra a la vanguardia de todo este proceso.

El Estado español pronto dispondrá de una ley que contempla el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, siendo la OEP uno de sus pilares. OEP que tiene a nivel europeo un contenido más amplio que en el derecho interno, pues no se circumscribe a los delitos de violencia de género, pudiendo venir determinada tanto por una medida cautelar como por una pena adoptada en relación a cualquier delito contra la vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual.

Además, en España, y a resultas del Reglamento (UE) 606/2013 (medidas de protección en materia civil), deberán reconocerse Órdenes de Protección acordadas

en procesos civiles extranjeros, si bien en el caso de menores se estará al Reglamento (CE) 2201/2003 (materia matrimonial y responsabilidad parental).

La versión inicial del Anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, de 8 de febrero de 2013, incurría, en nuestra opinión, en una posible inconstitucionalidad, por cuanto atribuía al Ministerio Fiscal competencias para resolver sobre el reconocimiento y ejecución de las OEP adoptadas por otro Estado miembro, vulnerando lo establecido en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que expresamente veda la posibilidad de que las diligencias que practique entrañen la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. Lo que no es sino manifestación de una de las garantías de la potestad jurisdiccional, la exclusividad, ex art. 117.1 CE: sólo los órganos investidos de dicha potestad están habilitados, salvo determinadas excepciones como el estado de necesidad, la urgencia o las intromisiones más leves, para restringir derechos fundamentales y acordar medidas cautelares. La versión posterior del Anteproyecto, de 11 de julio de 2013, si bien superó ese escollo reubicando la competencia en el órgano jurisdiccional, seguía sin delimitar claramente quién era en última instancia el juez o tribunal que debía decidir sobre el reconocimiento y ejecución de una concreta OEP, prestándose la redacción de aquél a interpretaciones acerca de si dicha competencia correspondía a los Jueces de Instrucción –o, en su caso, de Violencia sobre la Mujer– o a los Juzgados Centrales de Instrucción. Finalmente, el legislador ha optado por residenciar la competencia para el reconocimiento y ejecución de las OEP en los Juzgados de Instrucción y en los de Violencia sobre la Mujer, lo cual, si bien supone una descentralización de la materia, entraña una mayor proximidad a las víctimas que valoramos positivamente. No obstante, sería deseable que, en lo relativo a la emisión y transmisión de las OEP, se especificara con más claridad qué Juzgado o Tribunal concreto es competente, pues en otro caso se plantearán conflictos y cuestiones de competencia en aquellos supuestos en que el órgano judicial que haya acordado la medida de protección remita posteriormente a otro el procedimiento, bien para enjuiciamiento, bien para ejecución de sentencia.

Existen también ciertas lagunas en el texto estudiado que deberían colmarse, como establecer la posibilidad de que la OEP pueda promoverse de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, que los familiares de la principal persona protegida resulten legitimados para solicitar y quedar amparados por una OEP –tal y como se prevé expresamente en el Considerando 12 de la Directiva–, o que se establezca la obligatoriedad de que la persona causante del peligro cuente durante la audiencia previa a resolver sobre la emisión de una OEP con Letrado que le asista.

Otra importante objeción que cabe hacer al tratamiento de la OEP en el Proyecto estriba en el hecho de que, a diferencia de otras Órdenes Europeas, resulte supeditada

en todo caso al principio de doble incriminación, sin que se excluya ni siquiera en relación al listado de delitos respecto de los cuales otras Órdenes quedan exentas. Circunstancia que pone de relieve la falta de confianza del legislador español, desnaturalizando el principio de reconocimiento mutuo, y que ocasionará, sin duda, conflictos interpretativos en relación a aquellos Estados que no han tipificado expresamente como delitos autónomos los relacionados con la violencia de género. Un hecho que, en principio, y a falta de constatar en el futuro si los demás Estados miembros someten también el reconocimiento de las OEP al control de la doble incriminación, sitúa a las víctimas que pretendan desplazarse a otros países de la UE en un ámbito de inseguridad jurídica y desprotección.

Resumen:

La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección, ha supuesto un paso más en la materialización del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales penales y en el avance hacia la constitución efectiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia en los términos establecidos tras la aprobación del Tratado de Lisboa (art. 82 del TFUE).

El Ministerio de Justicia ha elaborado un Proyecto de Ley, de 14 de marzo de 2014, al objeto de reducir la actual dispersión normativa y adaptar a nuestro Ordenamiento, entre otras órdenes europeas, la de protección regulada en la referida Directiva, cuyo plazo de transposición finalizará el 11 de enero de 2015.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la citada propuesta legislativa, prestando especial atención al modo en que nuestro legislador propone incorporar la Orden Europea de Protección a nuestro Ordenamiento, ámbito de aplicación, autoridades competentes para su emisión, reconocimiento y ejecución, y procedimientos previstos en relación a cada uno de dichos fines.

Por último, se contiene una referencia al Reglamento (UE) nº 606/2013, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que complementa a la Directiva 2011/99/UE y extiende el principio de reconocimiento mutuo a la cooperación judicial en el ámbito civil en esta materia.

Palabras Clave: *Principio de reconocimiento mutuo, Orden Europea de Protección, Decisión Marco del Consejo, Directiva, Medida de protección, Violencia de género, Estado de emisión, Estado de ejecución.*

Abstract:

Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European Protection Order is a step forward in the materialization of the principle of mutual recognition of judgments and decisions in criminal matters, as well as towards the effective setting-up of a space of freedom, security and justice in the terms laid down after the Lisbon Treaty (Art. 82 of the TEEC).

The Ministry of Justice has drawn up a bill of 14 March 2014 in order to decrease the diffuse arrangement of rules and to adapt to our legal system, among others, the European Protection Order, whose transposition deadline is 11 January 2015.

In this article we analyze this draft bill, with special focus on the way Spanish legislators propose to incorporate the European Protection Order into our legal system, as well as its scope, competent authorities to issue it, recognition and enforcement and procedures contemplated to achieve each of those aims. Finally, reference is made to Regulation (EU) No. 606/2013 of 12 of June on mutual recognition of protection measures in civil matters supplementing Directive 2011/99/EU and extending the principle of mutual recognition to cooperation in civil matters in this sphere.

Keywords: *Principle of mutual recognition, European Protection Order, Council Framework Decision, Directive, protection measure, gender-based violence, issuing State, executing State.*

Recibido: 15 de octubre de 2013

Aceptado: 3 de febrero de 2014.

Perfiles/Noticias

NICOLÁS RAMIRO RICO: EL MAESTRO RECATADO*

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ**

SUMARIO:

1. Hacia el Derecho Político.
2. Doctorado.
3. La trayectoria hacia la cátedra.
4. Algo se mueve...
5. Un maestro “gaseoso”.

Nicolás Ramiro Rico (1910-1977), oriundo de Montefrío, nació en Granada el 19 de febrero de 1910 y era hijo del granadino Antonio Ramiro Rico y de Eloísa Rico Pérez, natural de Montefrío. Montefrío era un símbolo de pertenencia que Ramiro nunca olvidó¹. Del mismo pueblo, lindante con las provincias de Córdoba y Jaén, era también Alfonso García Valdecasas, cuyas vidas no dejarán de cruzarse hasta los años sesenta².

* Agradezco la colaboración de mis colegas los profesores Enrique Guillén y Gonzalo Arruego en la búsqueda de documentación.

Igualmente deseo agradecer la amable y eficaz atención de Daniel Gozalbo Gimeno, en el Archivo General de la Administración, de Alfredo Valverde en el Archivo de la Residencia de Estudiantes y de Marian Zabala y Ainara Galindo, del Archivo General de la Universidad de Navarra, Fondo Rafael Calvo Serer.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de La Rioja.

1 Lo que, atendiendo a sus ascendientes, era además correcto: tres de sus abuelos eran de Montefrío mientras que su abuelo paterno era de Alcaudete, distante unos cincuenta kilómetros de aquél. Solía calificarse, con una mezcla de ironía y humildad, como “un cateto de Montefrío”...

2 Alfonso García Valdecasas, (Granada, 14-5-1904), nacido en Montefrío y seis años mayor que Ramiro, era hijo de Guillermo García-Valdecasas y Páez, catedrático de Derecho Civil en Granada, de cuya Facultad fue decano. Su hermano Guillermo también fue catedrático de Derecho Civil.

Diputado por Granada en las Cortes Constituyentes de 1931 por la Agrupación Al Servicio de la República, se desempeñó como Secretario de la Comisión Redactora de la Constitución. En 1932 abomina de la política de la República creando el Frente Español. En 1933 interviene como orador,

Tras cursar bachiller, ingresó en la Universidad de Granada en 1926 donde se matriculó en los estudios de Derecho, por más que ya mostrara también voluntad de cursar estudios de Filosofía y Letras, estimulado por su devoción por el pensamiento y el lenguaje: una dedicación que nunca abandonará³. En 1928 iniciará pues también estudios humanísticos sin progresar en ellos⁴.

Todo parece indicar que, al igual que otros granadinos de su generación, los años 1925-1930 compondrán un singular período para su formación intelectual, vital y personal. Mucho más intenso incluso que el habitual período iniciático asociado a la etapa juvenil.

Nicolás Ramiro sufrirá, como sus compañeros de grupo y generación a que iremos aludiendo, la fuerte influencia intelectual de Fernando de los Ríos, a la sazón catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada. Pero también se verá intensamente influido por la inusual concentración de talento, no sólo literario, del insólito grupo generacional en el que se incluyó por razones cronológicas pero también por afinidades electivas. Un grupo entreverado de relaciones personales que probarán ser determinantes en la precipitada madurez vital forjada en el duro tránsito de posteriores y dramáticos avatares. Al cabo un grupo de personas expuestas a la intemperie de veinte años de destrozo personal y existencial como consecuencia de la Guerra Civil y sus efectos. Como tantos otros grupos y personas, claro⁵.

con Primo de Rivera y Ruiz de Alda, en el acto fundacional de Falange en el teatro de la Comedia, partido que abandonó a las dos semanas.

Se incorpora como sargento de artillería a las tropas sublevadas volviendo desde Friburgo, donde disfrutaba de una pensión de la Junta para la Ampliación de Estudios y le sorprende la guerra civil. Franco le nombra Consejero Nacional de FET-JONS al decretar la Unificación en 1937 y, en 1938, con 34 años, es nombrado Subsecretario del Ministerio de Educación Nacional.

En 1939 impulsa y crea el Instituto de Estudios Políticos del que será primer director, así como de la Revista de Estudios Políticos (1941-1943).

En 1943 dirige un escrito a Franco indicándole la conveniencia de restaurar la Monarquía.

Posteriormente desarrollará una intensa actividad como Académico de la RAE, de la de Jurisprudencia y Legislación y de la de Morales y Políticas.

3 Cursó Derecho muy brillantemente consiguiendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Siempre estudió con Matrícula gratuita por reunir la carencia de recursos precisa para obtenerla, según consta en su expediente académico.

4 Figuró matriculado en 1928 y 1929 también en Filosofía y Letras, aunque no avanzó en estos estudios, seguramente a causa de las afinidades electivas de su grupo de amigos que en su mayoría cursaban derecho. Sólo superó las tres asignaturas de Preparatorio comunes a aquella titulación y a Derecho.

5 Luis Díez del Corral, amigo personal de Ramiro, escribirá: "Ha sido la nuestra una generación abrumada por el peso de los acontecimientos. Dos guerras mundiales, una civil, abundantes cambios de regímenes políticos y no pocas revoluciones o evoluciones precipitadas en los campos de la filosofía,

Fernando de los Ríos, cuya capacidad para sensibilizar a los jóvenes en el estudio, la escritura y la reflexión debió ser particularmente potente, si hemos de juzgar por los resultados, influyó no menos en Ramiro⁶. Es esta también la época de la confirmación de Federico García Lorca, uno de entre ellos aunque algo mayor, como poeta y literato de fama nacional. Manuel de Falla, cuyo secretario personal era otro miembro del grupo (en algún tiempo Gómez Arboleya), suponía otro referente para aquél grupo de jóvenes cuyo arrojo vanguardista se acompañaba de unas cualidades intelectuales y artísticas poco comunes.

Nicolás Ramiro era uno más –también– de aquél grupo que se aglutinaba en torno al Ateneo Literario, Científico y Artístico de Granada promovido como alternativa al Círculo, tradicional lugar de reunión y tertulia granadinos⁷. Y, sobre todo, en torno a la fugaz e ilusionante iniciativa editorial vanguardista de la revista *Gallo*, de la que tan sólo se publicaron dos números⁸. El grueso del grupo estaba integrado, entre otros, por Joaquín Amigo Aguado, Manuel López Banús, Federico García Lorca, Francisco García Lorca, Isabel García Lorca, José Francisco Cirre Jiménez, Antonio y Luis Álvarez de Cienfuegos López, Enrique Gómez Arboleya, Antonio de Luna García, Luis Jiménez Pérez, Alfonso García Valdecasas y el propio Nicolás Ramiro⁹. Pero en torno a ellos también gravitaron, en función de la edad y la circunstancia, Luis Rosales, Francisco Ayala, Melchor Fernández Almagro,...¹⁰

la ciencia, la técnica, la economía, la política, etc., constituyen un no pequeño balance que permite asegurar cuando menos que nuestra generación ha estado alejada del aburrimiento.”. “Enrique Gómez Arboleya y la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas”, en *Homenaje a Enrique Gómez Arboleya. 1910-1959*, Iglesias de Ussel, Julio (ed.), Ayto. de Granada-Univ. de Granada, Granada, 1989, p. 70.

6 Así conoció Burckhardt, pero también Maquiavelo y Bodino, Platón y Aristóteles. Y oyó hablar de Jellinek, Duguit, Hauriou, Kelsen y Schmitt...

7 García Lorca, Fernando de los Ríos, Gómez Arboleya, García Checa, Manuel de la Higuera y Nicolás Ramiro eran habituales en la tertulia.

8 Sobre esta revista y el grupo de jóvenes vanguardistas véase la monografía de N. A. Fernández, *Federico García Lorca y el grupo de la revista Gallo. La vanguardia literaria en la Granada de los años veinte*, Diputación Provincial de Granada, Granada, 2012.

9 Una nómina completa en *Federico García Lorca..., cit.*, pp. 108 ss. Donde también se obtendrá información sobre el efecto desintegrador de la Guerra Civil: habrá entre ellos eliminados físicamente por ambos bandos, trasterrados, exiliados interiores y triunfadores con el nuevo régimen de Franco. Todo en uno; y un poco de cada uno en todos ellos.

10 Sobre la dureza de la peripecia de algunos miembros del grupo granadino, véase la presentación de un texto de García Lorca a cargo de Gómez Arboleya en la revista *Clavileño*, a la que pertenece este texto que transcribo tal y como lo reproduce José Carlos Mainer:

“Puede que, sin embargo, el más explícito tributo a la continuidad rota en 1936 fuera la inclusión de la «Historia de este Gallo», que Federico García Lorca escribió como presentación de su revista de

Con diecisésis años escribe Ramiro su primer artículo para *El Defensor de Granada*¹¹. Y figura como corresponsal o representante en Granada de la revista universitaria *El Estudiante*¹². Testimonios directos de la época acreditan que ya entonces era persona dada sobre todo a leer y escuchar, en un mundo en que la tertulia se constituía como el lugar natural de relación de los vanguardistas granadinos. Hay en Ramiro, por así decir, una incipiente resistencia a escribir que se irá afirmando y templando con los acontecimientos. Lo que podría explicarse en un entorno de intelectuales de tan elevado nivel, por más que en su mayoría pertenecieran a su misma quinta¹³. Sorprende no obstante la calidad expresiva de sus artículos periodísticos salidos de una pluma casi adolescente, así como el desparpajo para acometer, con la característica elegancia que ya apuntaba, contra quienes los jóvenes vanguardistas denominaban “los putrefactos”, es decir, los artistas y escritores, sobre todo locales, al uso¹⁴.

1928 y que se reprodujo en las «Páginas del estudiante de español» del número 2. La emotiva nota de presentación de su antiguo amigo, el sociólogo granadino Enrique Gómez Arboleya, es inequívoca e incluso la discordancia de sujeto y verbo patentiza la sinceridad del texto: « Gallo desapareció. Y después de él, el tiempo y la mala fortuna nos robó (sic) tantas personas y cosas amadas, que hoy mi voz parece que se llena de ceniza cuando hablo de todo esto».

Pero el recuerdo de la revista no ha muerto: «Nada de ella se ha marchitado; todo conserva su prestigio y lozanía». *Bulletin Hispanique* Tome 104, N°2, 2002. pp. 941-963, p. 961.

11 Cuyo Director, Guillermo Ruiz Carnero era un notorio protector del grupo de jóvenes.

12 Hemos detectado al menos dos contribuciones de su autoría. En el número 12, “La conferencia de Bagaría en Granada”, abril de 1926. En el número 14 “Anticipaciones”, mayo de 1926.

13 Una explicación de su agravia con origen en un carácter tímido expresamente declarado, y ya curtida en su juventud por lo antedicho, se detecta consolidada y asumida como rasgo de su perfil personal y académico en las siguientes palabras, extraídas de su primer ejercicio de la oposición a las cátedras de Zaragoza y Valencia, que se resolvería concediéndolas el Tribunal a Nicolás Ramiro y a Francisco Murillo Ferrol.

“Pues si sois granadino, ya lo sabéis; os dediquéis al negocio o cultivéis el ocio, lo mismo da: prisionero sois de una misma Musa. De una singular Musa que no tuvo asiento propio en el Parnaso ático.— De una Musa que hoy diríamos totalitaria, que a ningún oficio deja quieto. Os dediquéis a lo que os dediquéis, si sois granadino tendréis que servir a esta Musa. La Musa de la Crítica. De la crítica que, como del amor se dice, comienza por uno mismo.

Es la Musa que siempre os hiere; es la cruel Musa de la autocritica. Es la Musa que siempre hiere, que nunca levanta y que muchas veces frustra. Pero es la Musa de la autenticidad despiadada; que nunca os deja dormir, que os consume en una vigilia sin tregua. Es la Musa del intelecto, del honor intelectual y de la probidad sin granjería.

Pero es también la Musa de la cavilación; la fiera Musa que aniquila. Es la caviladora que, si queréis ser oradores, os hará balbucear y si escritores, la obsesión de perfección que tanto caviláis, os secará el cerebro.”

14 Los artículos aparecidos con su firma en *El Defensor de Granada* son, salvo error u omisión, los siguientes: “El año literario”, 1-1-1926; “La sensibilidad”, 16-1-1926; “La sensibilidad. Los jóvenes”, 26-2-1926; “Anotaciones Arbitrarias. El fracaso de Bagaría y el éxito de Valdivielso”, 20-3-1926; “Anotaciones

En 1930 finaliza sus estudios de Derecho y comienza los Cursos de Doctorado en el año académico 1930-31, que sólo podían cursarse en la Universidad Central en Madrid, aunque ese mismo año figura como Profesor Auxiliar en la Universidad granadina¹⁵. Unos Cursos que finalizará en 1938-39 en el Madrid del “no pasarán”.

Figurará como Profesor Ayudante en la Universidad de Granada hasta 1936, salvo entre 1931 y 1933, tiempo en que permanecerá en Alemania al amparo de una pensión de la Junta para la Ampliación de Estudios. En diciembre de 1931 marchó a Alemania, en principio para una estancia de 10 meses, que terminó durando bastante más¹⁶. Allí asiste estremecido, en lo que supuso un impacto personal de gran intensidad, al proceso de toma del poder en la calle por las camisas pardas del NSDAP. Todavía cuarenta años después podía adivinarse, pese a su discreción casi hermética, la huella indeleble que para el resto de sus días había comenzado a labrar en su joven espíritu el Berlín de 1932-33¹⁷.

La Memoria presentada a su vuelta, con el título “Juan Bodino y el ambiente jurídico del siglo XVI”, en dos volúmenes que suman más de 250 páginas, se envió por el

ultra-super-filosóficas”, 24-3-1926; “VERTICAL”, 1-4-1926; “VERTICALES. Novedad y deportismo”, 7-7-1926; HORIZONTALES. Posiciones ante el arte nuevo, 7-8-1926; “Posiciones ante el arte nuevo. Simmel-Spengler”, 12-8-1926. Accesible en Biblioteca Virtual Andalucía, <http://www.bibliotecavirtual-deandalucia.es/catalogo/consulta/registro.cmd?id=102024> (a.20-5-2014).

15 Trasladó su expediente a la Universidad “de Madrid” según su expediente académico obrante en el archivo de la U. de Granada (AUG 2103-45. Derecho) el día 4 de mayo de 1930.

16 De acuerdo a los datos de la Junta para la Ampliación de Estudios (JAE), la pensión de 10 meses lo era para una estancia en Alemania y Austria y tenía por objeto el estudio de Juan Bodino.

En los archivos de la JAE consta una prórroga posterior, por lo que vuelve a España a finales de 1932. Consta una nueva solicitud de pensión en 1933.

17 Si mis recuerdos no me fallan, fue en 1973 cuando, por recomendación de Carlos Alba, Nicolás Ramiro vio la película *Cabaret*, que reproducía la época y –según él fielmente– el cabaret *KitKatClub*, que había visitado con sus 23 años. Sí recuerdo, en recuerdo que mantengo nítido, que durante varios días fue víctima de una tristeza depresiva que no llegó a entender en su profundidad. Muchos años después, sólo muchos después, he podido llegar a entrever la angustia que soportaría al unir los recuerdos del amargo final de Weimar y todo lo que después acaeció.

Y sin embargo, y a pesar de todo, no renunciaba al intento de analizar estos asuntos tan pegados a su piel. Véase la, creo, única Carta al Director enviada en su vida de acuerdo a su agrafía militante, publicada en el diario *El País*, (2-I-1977) sobre “El marxismo de Araquistáin” en donde lucidez y rigor, en hechos tan próximos epocalmente, quedan más que probados.

Un silencio casi similar me pareció percibir con ocasión de una veraniega merienda en Alfacar al aire libre, cuando uno de los comensales señaló en dirección al barranco de Víznar indicando que por allí debía estar enterrado Federico García Lorca. Recuerdo, también vívidamente, el impacto que le causó la lectura a principios de los setenta del libro de Ian Gibson sobre la represión nacionalista en Granada.

pensionado, según era preceptivo, a la Junta para la Ampliación de Estudios. Con seguridad aquél estudio le sirvió para documentar su espléndido artículo sobre la soberanía al que aludiremos después, y que apareció publicado en la Revista de Estudios Políticos en 1952 y en versión alemana en la década de 1970 en una publicación que seleccionaba los mejores artículos sobre soberanía. La Memoria -se trataba de un estudio de juventud realizado sobre uno de los constructores de la Teoría del Estado naciente- refleja ya las trazas fundamentales de su modo característico de acometer el estudio de los problemas políticos: forzar al límite la especialización metodológica a fin de obtener un conocimiento riguroso de los procesos complejos. Lo que le llevará para siempre a enfoques, que hoy llamaríamos –con alguna impropiedad– interdisciplinares, extremadamente exigentes. Porque, como era el caso, mantenía un extremado rigor en el uso de las herramientas metodológicas requeridas por cada uno de los aspectos del objeto de estudio¹⁸. Teoría política, historia del pensamiento, politología, sociología y, siempre, minuciosos análisis filológicos en donde la palabra delataba el vértigo de la idea y, al fondo, al ser humano desnudo frente a su propio lenguaje. Todo ello, al tratarse de retos tan exigentes, estimulará todavía más su rigor sin concesiones y, a su través, la invitación a no dar nunca nada por acabado. Un motivo, uno más, para la agraña.

Nicolás Ramiro recalcará en Granada probablemente en 1934, retomando su posición de profesor auxiliar, tras su estancia pensionada en Alemania, para volver a marchar a Madrid a mediados de abril de 1936¹⁹. En Madrid permanecerá hasta principios de los cincuenta cuando toma posesión de la Cátedra de Derecho Político en la Universidad de Zaragoza.

18 Véase, a modo de ejemplo y entre otros muchos posibles, cómo analiza la atención de Bodino a los factores climáticos en la construcción jurídico-política del Estado. La Memoria es accesible en la Biblioteca Central del CSIC, nº de registro 121981. También en el excelente archivo virtual de la JAE, http://archivojae.edaddeplata.org/jae_app/ (a. 15-5-2014).

19 No hay datos documentales, o no los he encontrado, sobre estos tiempos de la guerra en Madrid. Sí dispongo de retazos obtenidos de largas, y ahora veo que valiosísimas, horas de tertulia con Don Nicolás. Mi juvenil impericia no acertó a valorarlas ni a retener la información que ahora precisaría. Creo recordar que Nicolás Ramiro se acomodó en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, que dependía de la Fundación Nacional para Investigaciones Científicas y Ensayos de Reforma.

Según propia confesión, adecuó su situación personal y su estremecida perplejidad ante los acontecimientos, a lecturas que le ayudaran a intentar comprenderlos. Ramiro no era un emboscado, a pesar de que debió sobrevivir entre las paredes del Instituto del que habían desaparecido algunos de sus miembros a lugares más seguros y a alguno de los cuales ayudó a sobrevivir. Volcó sus esfuerzos en una profunda aproximación a Hobbes y un descubrimiento intelectual de Max Weber intentando probablemente comprender lo que llamará siempre “el cataclismo”. Ambos autores, y las circunstancias en que los estudió, sesgarán su pensamiento para siempre.

Una pista sutil de su situación en el Madrid bélico se encontrará en su primer ejercicio de cátedras: “...mi compañero madrileño de guerra, Fernando María Castiella...”. Parece que durante algún

1. HACIA EL DERECHO POLÍTICO

La singladura madrileña de Ramiro, tras la entrada de las tropas del General Franco en Madrid, compone un rumbo obvio. Varias personas de su círculo de amigos forman parte del grupo de los vencedores; y parte muy significada. Como quizás lo hubiera habido de darse resultado contrario. Parece claro, según la documentación consultada, que Antonio de Luna, un personaje clave en la Falange clandestina madrileña durante la Guerra Civil, y Alfonso García Valdecasas, ambos compañeros de aventuras vanguardistas granadinas y algo mayores, tomaron de su mano el futuro de Nicolás Ramiro, que debía comenzar por su protección frente a la evidencia de que había vivido toda la guerra en el Madrid republicano y, por consiguiente, con unos antecedentes objetivos que, según se interpretaran, podían no favorecerle.

El proceso de depuración fue, por así decir, semivirtual. Muy en la línea de la época. Frente a casos de dureza extrema, como el de Gómez Arboleya, que obligó a éste a actos públicos de adhesión en la prensa escrita especialmente duros para un intelectual de su talla, en otros la arbitrariedad caía del lado de la más absoluta falta de rigor. Este segundo fue, según deduzco de hechos e indicios, el caso de Nicolás Ramiro.

Antes de finalizar la guerra se crea el Instituto de España, que terminará asumiendo en 1939 todos los centros y recursos de la JAE. Con la entrada en Madrid comienza el proceso de depuración de los centros de la JAE, de la que se encargará el Vicepresidente del Instituto de España y físico prestigioso, Julio Palacios, en su condición de responsable de los centros científicos. En mayo de 1939 nombra depurador del personal del Instituto de España a Fernando María Castiella²⁰. Sin embargo, dieciséis días antes, Antonio de Luna, en su condición de Director accidental del Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, remite un Informe en el que enumera quiénes han quedado excluidos de dicho centro, es decir, los huidos o trasterrados; y quiénes son admitidos²¹. Dada la posición política de Antonio de Luna

tiempo Nicolás Ramiro corrió con la responsabilidad de subvenir a su alimentación y supervivencia al encontrarse escondido por tratarse de un significado activista antirrepublicano.

20 Oficio del Vicepresidente del CSIC al Ministro de Educación Nacional 25 Mayo 1939, *Archivo de la Residencia de Estudiantes (ARDÉ, 8530/5/9)*.

21 Son excluidos del I. de Estudios Internacionales y Económicos, F. Arias Parga, J. Prados Arrarte, J. Tejero Nieves, y J. García Moratilla, y se propone admitir a F. Castilla (*sic*, por Castiella), Federico de Castro y Bravo, Pedro Cortina Mauri, N. Ramiro Rico, J. Vergara Doncel y A. de Luna que, por así decir, se admite a sí mismo pues es él quien redacta y suscribe el Informe. El Informe incorpora los currículos personales académicos de los admitidos. El documento propone sustituir el nombre del centro por el de Instituto Español de Política Exterior y atribuirle el diseño de la política

todo indica que nadie iba a discutir el proceder del Delegado Nacional de Justicia y Derecho de FET-JONS, que en la práctica no era una depuración. Por otro lado Nicolás Ramiro no poseía condición funcional, lo que introducía dudas sobre la posibilidad de someterle a depuración. El caso es que con fecha 6 de julio de 1939 el Vicepresidente del Instituto de España procedió a nombrar, con certeza a propuesta de Castiella y con la complicidad de A. de Luna, “a Nicolás Ramiro Rico, Abogado (*sic*) y colaborador del Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, para que con arreglo a lo dispuesto en el art. 3º de la Ley de 10 de febrero de 1939, efectúe la mencionada depuración del personal que no lo haya hecho”²².

Reanudada la actividad universitaria, y superados los albures de la depuración, Alfonso García Valdecasas, un político en alza al que ya vimos amigo de adolescencia granadina de Ramiro, pero de mayor edad e instalado sólidamente en la nueva situación política, lo nombra profesor auxiliar de la cátedra de Filosofía del Derecho que regentaba. Simultáneamente lo incorpora, desde su fundación en 1939, y en su condición de primer director, al Instituto de Estudios Políticos, en donde coincidirá con un conjunto de personas que en su mayoría acabarán integrando el escalafón de catedráticos de derecho político y materias afines. Pero el Instituto será también un centro de estudio, el único inicialmente, de materias políticas en su más amplio sentido. Incluso, junto con su

exterior del Estado. Federico de Castro sufrió un proceso de depuración de cierta entidad. (AGA 21/20503) del que se encontrará resumen en Carlos Petit, *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*; http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/cbravo (a.20-5-2014). Entre los excluidos, Arias Parga, socialista, sufrió torturas al finalizar la guerra y salió de prisión en 1948 rehaciendo difícilmente su vida; Prados Arrarte volvió a España por primera vez en 1954 y en los setenta se incorporó al partido creado por su amigo Dionisio Ridruejo.

22 *ARdE, cit.*, Oficio del Vicepresidente Palacios al Ministro de Educación Nacional. 6-7-1939. Sin embargo no había más depuración que hacer en dicho centro, ni aparece indicación alguna de actividad depuradora desempeñada por Ramiro. Quizá podría interpretarse este nombramiento como respuesta a posibles intentos de denuncia contra él basados en la sospecha “objetiva” de permanecer sin daño tres años en el Madrid de la guerra. O, más simplemente, como un modo de protegerlo frente a intentos “alternativos” de depuración. Son, en todo caso, hipótesis a las que invita la vacuidad del texto del oficio transcrita.

En esta línea de auténticos preservativos de adhesión habría que incluir dos recensiones “flamígeras” de Ramiro incluidas en los números 1 y 2 de la *Revista de Estudios Políticos*. La primera dedicada a un libro de Eugenio Vegas Latapié, *Escritos políticos*. Madrid, 1940, en *REP* nº 1, pp. 131-4, y la segunda a la sectaria *Historia de la República Española (1931-1936)*, de Melchor Fernández Almagro, Madrid, 1940, amigo de Nicolás Ramiro, en *REP* nº 2, pp. 326-331. Ambas firmadas con acrónimo, NRR.

extensión natural en la posteriormente creada Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Complutense, será el lugar de inicio de los estudios sociológicos en España, en los que jugará un papel tan importante Enrique Gómez Arboleya, maestro de Francisco Murillo Ferrol²³.

Ramiro realizará en el IEP diversas actividades. Y dependerá de tres directores del Instituto antes de su marcha a Zaragoza como catedrático. No será cosa menor para su futuro que se trate de tres amigos personales: el muy granadino García Valdecasas (1939-1942), Fernando M^a Castiella (1943-1948) con quien trabó indeleble relación en las fatigas del Madrid de la guerra y, finalmente, Javier Conde (1948-1956) con el que le unió una amistad cuyo preciso origen no sabría determinar²⁴.

Por lo demás, la nómina de quienes pasaron por, o trabajaron en, el IEP aquéllos años denota la importancia, en todas las direcciones, de la función que desempeñó aquél centro a muy diversos niveles.²⁵

23 Para el papel del IEP, y de sus investigadores, en el nacimiento de la Sociología en España, entre ellos Ramiro, S. DEL CAMPO, "Ser sociólogo en España", *REIS*, 98/02, p. 22.

24 Quizá coincidiera con Conde en Alemania pero no estoy en condiciones de asegurarlo. Está fuera de duda que los años en Madrid y en el IEP crearon un tejido de relaciones entre los que allí estudiaban, trabajaban y/o hacían política.

Una descripción oblicua del ambiente del IEP la retengo al hilo de la proliferación de algunos testimonios de descargo que sobre todo en los años setenta realizaban conocidos prohombres del franquismo y que trastornaban a Ramiro. Venía este a transmitir la idea –o eso creo– de que los años del franquismo, sobre todo los primeros, habían sido, para cohortes como la suya, más complicados –o menos sencillos– de lo que parecían desde el bisel ofrecido por los realineamientos más o menos apresurados que circulaban en el *tardofranquismo*. En frase textual, y como ejemplo de lo que quería transmitir, afirmaba que: "Yo nunca llevé camisa azul,... porque otros la llevaban por mí". Nada más cierto.

25 Una lista no exhaustiva incluiría a Fernando María Castiella, Javier Conde, Luis Díez del Corral, Antonio de Luna, José Antonio Maravall, Carlos Ollero, Nicolás Ramiro, José María Hernández-Rubio, Joaquín Garrigues, Rodrigo Uría, Torcuato Fernández-Miranda, Enrique Tierno Galván, Salvador Lissarrague, Alfonso García Valdecasas, Enrique Gómez Arboleya, Ramón Carande, Valentín Andrés Alvarez, José Vergara Doncel, Luis Legaz Lacambra, José Corts Grau, Joaquín Ruiz-Giménez, Manuel Fraga, Eugenio Pérez Botija, Manuel Alonso Olea, Alfredo Montoya Melgar, Eduardo García de Enterría, Juan José Linz, fugazmente Manuel García Pelayo...

Sobre el IEP y sus cohortes puede verse la esforzada aproximación, a veces algo imprecisa pero de utilidad, de N. SESMA LANDRÍN, "Sociología del Instituto de Estudios Políticos. Un «grupo de élite» intelectual al servicio del Partido Único y el Estado franquista (1939-1969)", en Ruiz Carnicer, Miguel Ángel (ed.), *Falange. Las culturas políticas del fascismo en la España de Franco (1936-1975)*, IFC: Zaragoza, pp. 253-288. Clasifica a Nicolás Ramiro como perteneciente a la facción del "falangismo de raíz orteguiana" (sic). Acierta Sesma por el contrario al reparar en el "importante acarreo" de granadinos al IEP realizado por García Valdecasas y en las causas que lo explican, p. 275.

Nicolás Ramiro se desempeñará pues como profesor auxiliar en la Facultad de Derecho, al amparo inicial de García Valdecasas para pasar, con la apertura de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas a encargarse de la asignatura de “Teoría de la Sociedad”²⁶.

Al mismo tiempo mantendrá una pertenencia al Instituto Francisco de Vitoria del CSIC, en el que había venido a desembocar aquel *non nato* Instituto Español de Política Exterior propiciado por Antonio de Luna²⁷. Allí, en el CSIC, colaborará más tarde con Rafael Calvo Serer en la revista *Arbor*, y en un Departamento de Filosofía de la Cultura durante breve tiempo, pues Calvo sería cesado con estrépito en 1953²⁸.

2. DOCTORADO

La formación de Ramiro en el campo del derecho público y la teoría política se inició en Granada. Oyó a Fernando de los Ríos y, según confesión propia, quedó prendado de Jellinek. Ya en Madrid volvió a Hauriou a través de Smend. De Schmitt y su brillantez le vinieron a rescatar dos autores conocidos a través de Hauriou:

26 En sus orígenes la Facultad era casi una extensión del IEP en cuanto a su plantilla de profesores, si exceptuamos un “espacio” reservado a la sociología católica vinculada a la figura de Severino Aznar.

27 En algún momento de la década de los cuarenta, quizás en este Instituto u otro del CSIC, tratará una relación con Rafael Calvo Serer que durará toda la vida. La relación de Nicolás Ramiro con el CSIC pudo inicialmente vincularse a un *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, que supongo de vida breve, para pasar después al *Francisco de Vitoria*. Hasta donde me consta la relación con tan relevante miembro del Opus Dei, era de carácter personal. Aunque esta taxonomía no operaba igualmente por parte de ambos. Es seguro que la actividad política constante de Calvo Serer le produciría vértigo a Ramiro.

En todo caso, no hay nada que fundamente la afirmación, que se recogerá en alguna investigación sobre el franquismo, que coloca a Nicolás Ramiro como próximo al Opus Dei. Quizás todo ello nazca de su sólida relación personal con Rafael Calvo y, en menor medida, con Florentino Pérez Embid.

28 Una colaboración que Calvo Serer pretendía intensa integrando a Nicolás Ramiro en el Departamento de Filosofía de la Cultura del CSIC; por entonces Ramiro estaba dedicado a acumular un razonable número de publicaciones para defender su candidatura a una cátedra de Derecho Político, de acuerdo a las indicaciones-exigencias de sus protectores del IEP. Sólo he localizado una muy breve colaboración, de divertida lectura, en la Sección de “Información Cultural de España”, “Del cine sonoro al cine estruendoso”, *Arbor 65, Vol. XIX*, 1951, pp. 141-143. Para la aventura del siempre hiperactivo conspirador Calvo Serer en el CSIC es de utilidad, sobre todo documental, O. DÍAZ HERNÁNDEZ, *Rafael Calvo Serer y el grupo Arbor*, Univ. de Valencia, 2008. Para las referencias a Nicolás Ramiro pp. 243, 305-7, 385 y 483.

Todo indica que consiguió también el apoyo de Rafael Calvo para sus aspiraciones académicas, sin que podamos valorar con precisión el alcance o eficacia que pudo tener dicho apoyo. Véase nota sin fecha en Archivo General de la Universidad de Navarra, Fondo Rafael Calvo Serer (AGUN, RCS, 001/057/169).

Tocqueville y Fustel de Coulanges le advirtieron de la complejidad que Schmitt le había ocultado.

El propio Ramiro ha contado el impacto que tuvo en su futuro el retorno a Granada de dos jóvenes profesores que volvían de sus estancias en Italia y Alemania: Antonio de Luna y Alfonso García Valdecasas y que revolucionaron la facultad granadina, incluido a Ramiro. Es en este momento cuando decide cursar el doctorado y realizar una estancia en Alemania.

En Alemania no pudo escuchar a Schmitt, ocupado en otras cosas entonces, pero sí seguir un curso de Nicolás Hartmann y conocer la obra de Heller, de quien quedó impactado para siempre.

Tras un tiempo granadino en que ensayó una tesis sobre “La naturaleza jurídica del presupuesto del Estado”, y una vez comprobada la dificultad de compaginar la dogmática con la práctica presupuestaria española, decidió abandonar tan imposible tema ya en 1936.

Tras la guerra, y a causa de ella según explicaba, compuso su Memoria de Tesis Doctoral en 1941. Ni las circunstancias, ni sus circunstancias, ni seguramente la presión de su entorno de colegas y amigos, toleraban otra cosa distinta a un doctorado de circunstancia. Bien entendido que no estamos diciendo que la investigación defendida no ofreciera gran calidad, sino que incluso para los estándares cuantitativos de la época, era una memoria ligera de páginas; pero sólo de páginas.

La calidad y dimensiones del análisis que contiene, y el aparato de notas más el manejo de fuentes en varios idiomas y lenguas –sorprende el dominio del latín y el griego– desaconsejan calificar la investigación de liviana. Y, todavía más, el tema que el título encubre en gran medida, “La verdad política y la idea de tradición”. Un título muy a la «pàge».

La tesis es un auténtico alarde de dominio de la filosofía del conocimiento, y de los procesos sociales de conocimiento. El pretexto, aunque sólo lo aluda una vez, está extraído de los esfuerzos de Baltasar de Ayala para legitimar el dominio de la Corona española sobre territorios flamencos, belgas y holandeses sobre los que aquélla no podía alegar títulos al ser de imposible existencia.

Pero el análisis que realiza el doctorando apenas roza, como digo, el pretexto. Sí que, partiendo del último argumento de Baltasar de Ayala para fundamentarlo, «In principio erat veritas», se lanza a un análisis que arranca desde Platón y prueba que esa idea europea posee raíces clásicas y se apoya en las creencias cristianas. Pero sin duda es su análisis sobre cómo se produce la «traditio» de ésta «veritas», cuál su proceso social y político en la historia de la cultura y de las sociedades, lo que confiere una insólita brillantez y profundidad a las páginas del doctorando.

A partir de ahí esboza cómo opera la idea de tradición en el sentido preciso, no por tanto en el asociado a tradicionalismo, y cómo juega y construye su relación dialéctica con la idea de revolución, no como acontecimiento histórico, sino como sinónimo de innovación o cambio.

Finalmente, concluye acerca del sabio uso de aquel enunciado latino en los casos en que los europeos necesitan cambios. Cómo se innova en nombre de la tradición y cómo se cambia invocando la restauración²⁹.

Defendida la Tesis en 1941, aunque la fecha aparece tachada a mano en la Memoria original que he consultado, Nicolás Ramiro comienza su actividad orientada a labrarse un curriculum acorde a una futura cátedra. Ya en este año firma una oposición, modo en el que por entonces se quería dar a entender que se declaraba formalmente la intención de competir por una cátedra en un futuro.

Pero para ello era preciso publicar: algo extremadamente complicado para un ágrafo declarado. Las presiones no debieron ser pocas, a juzgar por las que –por comparación– me fue dado observar a principios de los setenta en episodio que después se contará.

3. LA TRAYECTORIA HACIA LA CÁTEDRA

Son razones puramente tácticas, y resultado de las presiones de su entorno, las que siembran de publicaciones el período 1941-1952; serán, casi, sus únicas publicaciones. Tras el acceso a la cátedra de Zaragoza, Ramiro consigue su objetivo deseado: dedicarse sólo a estudiar, y a escribir, pero no a publicar que es, en su visión de las cosas, un efecto colateral improbable del estudio y, en su caso, de la escritura para propia lectura.

En el número 24 de la REP (1945) publicó su primer Ensayo, en la terminología de la Revista, es decir, el primer artículo conteniendo una investigación de vuelo. Y efectivamente lo era. Se trataba de un estudio de teoría del conocimiento y de lo que desde Mannheim se denominaba «Wissensoziologie», cuya obra obtiene cita no casualmente en una de las primeras notas al pie. Era, como será frecuente en Ramiro, una reflexión excesiva. En dieciocho páginas arranca de la consideración, sólo aparentemente paradójica, de que para librarse de la guerra es preciso disponer de la paz necesaria y de un objetivo pacífico. Sólo la paz

29 Véase el “Estudio Preliminar” a “*Baltasar de Ayala, Del derecho y de los oficios de la guerra*” (edición bilingüe latín-español), edición y traducción de Manuel Fraga Iribarne, estudio preliminar de Nicolás Ramiro Rico, Instituto de Estudios Políticos (Biblioteca española de escritores políticos), Madrid 1948, XXXVI+575 págs.

en el bando que lucha puede lograr la disciplina precisa para librar la guerra. De modo que la alternativa guerra o paz es inconsistente pues el “o” disyuntivo escinde dos valores relacionados, por más que uno subordinado al otro. “La guerra es un medio de la paz; o no es guerra. Una guerra que no lleve a la paz es una guerra fracasada. (...) Por consiguiente en la relación entre paz y guerra el concepto principal es paz y no guerra”³⁰.

La guerra requiere una técnica, y la técnica supone una sociedad. La guerra no es mera violencia, sino una oposición en virtud de la pertenencia a grupos sociales diferentes. Y para el enfrentamiento entre grupos es previo y preceptivo que estos estén internamente pacificados. Ramiro propone alterar el aforismo de Vegecio y retrocarlo en «si vis bellum, para pacem». Y es la razón, en forma de orden sujeto a disciplina, el único modo de ordenar la irracional pugnacidad humana. De modo que la aparición del ejército es la gran invención técnica, superior a cualquier artefacto bélico. La misma técnica que rige los procesos humanos orientados a dominar la naturaleza.

La razón ha debilitado su autoridad social al proponer la existencia de una razón extrahumana e inalterable. “...[l]o cierto es que en este mundo no hay, de tejas para abajo, más razón que la de cada hombre”³¹. Y el hombre constituye una unidad de especie. “Al coincidir en un mismo sujeto el poderío técnico y la convicción de que los hombres no constituyen una unidad de especie, el resultado es obvio, se ha roto una de las más fuertes barreras ante la barbarie”³².

En 1949 publica, en la Revista Española de Derecho Internacional (1949) “El porvenir de los derechos individuales”³³. Se trata de un alarde de conocimientos sobre el origen social de las facultades jurídicas subjetivas asociadas a los derechos humanos. Derechos que “si se han proclamado entre alegrías, se han conquistado y ejercido entre lágrimas sangrientas; que la retórica es aquí historia”³⁴. La tesis central declara que los tiranos que han destruido los derechos en Europa lo han sido a causa de los propios europeos. “Íntimo ha de ser el examen por el cual descubramos los europeos por qué nos ha sucedido –entre otras cosas– que nos hemos quedado, o

30 “Guerra y técnica”, *REP* 24, 1945, p. 104.

31 *Ibídem*, p. 114.

32 *Ibídem*, p. 116.

33 *REDI* nº 2, 1949. La publicación dependía del Instituto de Estudios Internacionales Francisco de Vitoria, del CSIC; aunque había sido fundado por la JAE.

34 Se cita por la versión reproducida en N. RAMIRO RICO, *El animal ladino y otros estudios políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 136.

casi quedado, si se vuelve a temer la hipérbole, sin Derecho”³⁵. Pero “(c)ada situación del hombre provee al hombre con los medios para deshacerla y rehacerla”³⁶.

Derecho y moral no son amenazas para la individualidad ni la socialidad del ser humano: su función es la de discriminar normativamente una y otra, que en la realidad no se encuentran separadas. El Derecho desempeña la función de proteger una determinada normalidad, pero siempre por mor de una normatividad. Y toda normatividad llama a un poder, legislador y ejecutor.

Ahora bien, la tensión actual (1949) arranca de que “No es posible admitir que el hombre es un sujeto moral y jurídico y, por otra parte, destrozar en el hombre cuanto hace posible que él sea sujeto capaz de derechos, capaz de realizar el Derecho. Si se niega o envilece la libertad humana interior, que hace al hombre un ser necesitado del Derecho y al par realizador del Derecho, no tiene sentido alguno hablar de derechos individuales. Si el hombre no quiere gobernarse libremente a sí mismo desde sí mismo, no hay Derecho alguno posible”³⁷.

En 1949 publica también “La filosofía en la sociedad”: dos artículos en un solo año serán su techo de ágrafo³⁸. Estas páginas son, en realidad, un auténtico catecismo para sociólogos. Sin embargo, con gesto que refleja una posición metodológica muy firme, la palabra sociología es sólo un pretexto para embeber al lector. El texto plantea todos los problemas centrales del investigador social. La sociología no es sino un precipitado de una situación problemática de la sociedad junto a la existencia de una propensión de algunos de sus miembros al hábito teórico. De modo que toda teoría es una respuesta a necesidades pre-teóricas e independientes, en su origen, de toda teoría.

El motivo de estas páginas, que no es una recensión en ningún caso, surge en Ramiro de la lectura –entendida aquí como provocación intelectual– del libro de Alois Dempf recién publicado entonces³⁹. Quien vuelva a estas páginas de Ramiro tiene garantizado un disfrute intelectual de calado. Nuestro autor, con ocasión de estas reflexiones, lanza las siguientes reglas para el estudio de la existencia social de los grupos humanos:

“1) Ningún tipo de poder humano puede dominar pura y simplemente. Como, a su vez, ningún poder humano puede ser pura y simplemente dominado, sino que

35 *Ibidem*, p. 138.

36 *Ibidem*, p. 148.

37 *Ibidem*, p. 159.

38 *REP*, nº 43, 1949, pp. 81-105.

39 *Selbstkritik der Philosophie und Vergleichende Philosophiegeschichte im Grundriss*, Viena: Thomas Mönks Presse, im Verlag Herder, 1947.

- 2) todo dominar humano es esencialmente un predominar. Nunca se ejerce un poder sino sobre otro poder o poderes;
- 3) cualquier predominio es históricamente efímero, transitorio. Siempre acaba por volverse la tortilla.
- 4) Ningún poder es, en su existencia histórica concreta, un poder puro⁴⁰.”

Aparece aquí una apreciación de Ramiro especialmente aguda sobre la idea de progreso, cuya fe en ella se agostó precisamente porque el progreso se hizo real y efectivo provocando un avance de la autoconciencia de la propia historia. De modo que el conocimiento, el saber, crece porque como consecuencia del progreso ponemos en valor el pasado y, así, nuestro conocimiento se incrementa tanto por ello como por la incorporación de nuevos conocimientos.

No deberá el lector resistirse a la lúcida descripción de los singularismos, su etiología y su función, en los grupos sociales. La universalidad del análisis resulta de extrema utilidad en los tiempos que corren.

Transcribamos su ingeniosa comparación entre teóricos y banqueros, muy en la línea del tipo de chanza de que tanto gustaba nuestro autor.

“Los teóricos, en efecto, aunque notoriamente constituyen una de las especies sociales más cortas de numerario, se asemejan, sin embargo, a sus opulentos antípodas humanos, los banqueros, en que, sin rebozo, especulan y de todo pretenden obtener lucros con medios ajenos. Salvo su ingenio, nada parece tener el teórico que sea privada y privativamente suyo. No lo es la materia en que trabaja, ni lo es tampoco el principal instrumento de su labor, las palabras. No obstante, la gente teórica crece y se multiplica, hasta el punto de que a dondequiera que hoy se mire allí mora un teórico, señor y plebeyo, pero siempre metido en camisa de once y aún más varas.”

Concluyamos con estos excelentes golpes de pincel que definen la posición del teórico y su circunstancia en relación al grupo social que estudia y al que pertenece.

“[L]os teóricos buscan momentánea reclusión y secreto no porque a nadie interese —salvo a ellos— aquello de que van a tratar sino, al revés, por la opuesta y potísima razón de que van a ocuparse de lo que a todos concierne.⁴¹”

“La teoría, ninguna teoría, se contrae, sin embargo, a comprender el *hic et nunc*. Todo conocimiento teórico de lo presente —o del presente ya pasado— es una trascendencia sobre ese presente y un barrunto de lo posible. La teoría, en cuanto que mirada, lo es al modo marinero: lo que se ve no interesa sino en razón de lo que no se ve⁴².”

40 Ramiro, “La filosofía...”, pp. 87-88.

41 *Ibídem*, p. 100.

42 *Ibídem*, p. 101.

“Teniendo a la vista esta situación creo yo que el joven Hegel profirió sus famosas palabras: «El mundo de la filosofía es un mundo al revés». Pues este hegeliano, al revés del mundo filosófico, no es –como suele interpretarse las más veces– un poner al mundo patas arriba. Al contrario, la empresa filosófica es la rectificación de una trabucación del mundo ya cometida en la vida cotidiana. La filosofía viene a corregir esta visión que del mundo se tiene en la vida cotidiana. Esta visión es esencialmente defectuosa porque el hombre, en la vida cotidiana, aunque vive en el mundo, no lo alcanza a ver como tal mundo, sino que lo ve como puede verlo: como su mundo. Este mundo suyo, este mundo de cada uno –el mío, el tuyo...– no es necesariamente un mundo falso. El capital embaucamiento no reside ahí, sino estriba en la condición absoluta que a la visión de cada uno, necesariamente deficiente, le atribuyen esos mismos cada uno. Estos hombres de la visión preteórica y absoluta del mundo, tanto se encierran en su mundo que ni ven al mundo ni ven los mundos de los demás. Hasta que entre sí no chocan, esos deficientes mundos coexisten sin verse⁴³.”

De este mismo 1949 es “La sociedad, las clases y la clase proletaria”⁴⁴. El análisis de Ramiro es una auténtica delicia intelectual. Sugiere, con la sutileza del caso y la fecha pero con firmeza, que una cosa es Marx, otra el marxismo y otra el comunismo. Y destaca que el dato más importante no es el crecimiento del proletariado, ni su toma de conciencia de clase, sino el hecho de que esa conciencia es socialista “en el sentido histórico concreto que en Europa es propio del término socialismo”⁴⁵. Para concluir, “[el] realismo de la sociología le obliga a contar con Marx. Y no porque el marxismo sea valioso como teoría, sino porque el marxismo es hoy una realidad tan poderosa que si no se estudia a Carlos Marx con gran diligencia teórica se corre el gravísimo riesgo de ser marxista por ignorancia”⁴⁶.

“Sociología, sociólogos y economistas” se publica en la Revista de Economía Política en 1950. En catorce páginas se contiene toda una concepción de la sociología como ciencia social, un «*flatus vocis*» según nuestro Ramiro⁴⁷. Aquí nuestro

43 *Ibidem*, p. 102

44 *REP* nº 45, 1949, pp. 144-156. Se incluye en una sección de la revista denominada “Seminario de Sociología” que da cuenta de intervenciones del grupo dedicado a la introducción de la sociología en España, liderado por Enrique Gómez Arbolea y muy animado por el ya Director del IEP, Javier Conde. Véase al respecto *Homenaje a Enrique Gómez Arbolea*, *op. cit.*, con diversos testimonios sobre el carácter determinante de este Seminario para la introducción de la Sociología en España. También en esta línea la entrevista de Fernando Vallespín a Francisco Murillo Ferrol, “Un maestro en tiempo de patrones”, *Claves de Razón Práctica*, nº 94, pp. 56 ss. El título de la entrevista reproduce la descripción que Nicolás Ramiro hacía de Francisco Murillo y su modo de gestionar su escuela académica.

45 *Ibidem*, p. 149

46 *Ibidem*, p. 155.

47 “Sociología, sociólogos y economistas”, *Revista de Economía Política*, nº 3, 1950, pp. 38-52.

autor, con cuarenta años recién cumplidos, es ya el intelectual formado para bien y para mal. Para bien porque se instala en análisis de calidad desmedida; y digo bien, desmedida. Recomiendo al lector de estas páginas, como fiel contraste de lo que afirmo, que invierta el texto y lea el aparato crítico que le acompaña sin prestar atención lectora al texto. Y luego, en una segunda lectura, lo lea íntegro. Hay notas al pie, como las números 4 o 12, que constituyen, por sí mismas, materia bastante en calidad y originalidad para un artículo científico de máximo nivel. Lo más llamativo de este artículo, si cupiera discriminar contenidos, es, desde luego, el excepcional dominio de una ciencia entonces incipiente y, desconocida en la España de 1950 salvo para un reducidísimo número de «connaisseurs»: la Sociología del Conocimiento que, no sólo a través de Mannheim, se introdujo para siempre en su arsenal de preocupaciones metodológicas. El papel de Nicolás Ramiro en la inicial implantación y despliegue de la Sociología en España, siempre por personas interpuestas que le escuchaban y leían, se puede inferir de la lectura de estas páginas redactadas, recuérdelo el lector, en 1950⁴⁸.

En este mismo año Nicolás Ramiro publica unas páginas a instancia, quizás algo más que a instancia, de Rafael Calvo Serer, que había publicado en 1949 un opúsculo, “España sin problema”, en réplica o respuesta a una recopilación previa de escritos de Pedro Laín Entralgo, aparecidos bajo el título de España como problema⁴⁹. La polémica entre ambos incluía bastante metalenguaje político e ideológico, y quedó centrada en la necesaria modificación del rumbo de la dictadura; obviamente se trataba de una polémica entre élites de iniciados dentro del franquismo. Calvo

48 Los artículos aquí reseñados son accesibles on-line desde la página web del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas> (a. 10-6-2014). También, desde luego, a través de DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/>. Aunque en concreto este artículo se recoge en DIALNET sin referencia de autor, por lo que resulta algo difícil de localizar en el por lo demás excelente repositorio científico.

49 “España y Europa”, *REP*, nº 50, pp. 125-134. Calvo Serer, en aquél momento un berroqueño integrista, miembro del Opus Dei desde 1939, accedió al CSIC creando un Departamento de Filosofía de la Cultura. Propiamente lo que este incansable conspirador, que llegó a liderar en 1974 simbólicamente la organización de la oposición al franquismo aglutinada en torno al PCE, pretendía era ocupar un espacio en la «inteligentsia» del franquismo con fines de adoctrinamiento y control político. Desde que en 1943 se pone al servicio de la opción monárquica de Don Juan, se convertirá en un monárquico partidario de una monarquía tradicional de perfiles integristas hasta desembocar en la posición indicada en 1974 tras una evolución de bastantes años. Fue además el mentor y fundador del discolo *Diario Madrid*, en los últimos años del franquismo.

La aventura del CSIC duró hasta 1953, año en que una de sus piruetas políticas le cuesta cara y trae como efecto la pérdida de su posición en el CSIC y de la dirección de la revista *Arbor*.

proponía un modelo monárquico integrista mientras que Laín, todavía en la órbita –aunque ya algo laxa– del falangismo, sugería afrontar la solución de los problemas de España.

En la campaña de autopromoción de su libro, Calvo removió todos sus apoyos para crear el eco deseado en los medios de comunicación de la época⁵⁰. Incluido un esfuerzo no menor para que Ramiro escribiera algo sobre su libro y, cabe pensar quizás, contra el de Laín.⁵¹ La valoración que Calvo tenía de Ramiro era desde luego máxima, como se prueba en su correspondencia relacionada con el lanzamiento del Departamento de Filosofía de la Cultura del CSIC⁵².

Por lo demás, parece evidente que Calvo incluía a Nicolás Ramiro entre sus “soldados intelectuales”, bien que de los más altamente calificados, en lo que llama- ba su “empresa” intelectual⁵³. No era esta exactamente la visión que tenía Ramiro.

50 Para el esfuerzo de Calvo en la autopromoción valga como prueba que pone en marcha a Melchor Fernández Almagro, a José María Pemán que publica artículos en la prensa española y latinoamericana, a Gonzalo Fernández de la Mora en el diario *ABC*, así como Santiago Galindo en el diario católico *Ya*. Su discípulo Roberto Saumells queda encargado de redactar un artículo en *Arbor*, ya dirigido por el propio Calvo. Y anuncia que Nicolás Ramiro va a publicar también un escrito sobre su libro en la *Revista de Estudios Políticos*. El artículo a que se refiere es el que comentamos aquí ahora. Todo esto en carta de Rafael Calvo a Javier de Salas, Director del *Spanish Institute* en Londres, (AGUN, RCS, 001/32/506-1, 10-12-1949).

Podrá encontrarse una descripción de esta etapa de Calvo Serer en O. DÍAZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *passim*.

51 Una prueba del seguimiento minucioso de Calvo es que en su archivo se encuentra el original del artículo “España y Europa” escrito por Ramiro, en AGUN, RCS, 001/045/080-2 a 15, sin fecha. Cabe pensar en un envío de cortesía por parte del autor o, también, dada su resistencia a dar por terminado un original, un modo de evitarse definitivamente la presión de Calvo. La única modificación advertida entre el original y la versión publicada es la del título. El autor remitió el manuscrito a Calvo Serer con el título, muy de Ramiro, “Uropa (*sic*) sin diptongo o si los españoles no somos europeos”. Cursiva nuestra.

52 Es constante en sus cartas la alusión al “fichaje” de Nicolás Ramiro Rico. Y también el eco muy favorable que produce por ejemplo en José Luis Pinillos esa información. Carta de Rafael Calvo a Pinillos, (AGUN, RCS, 001/040/035-2, 9-I-1952), respuesta de Pinillos (AGUN, RCS, 001/040/117-1, 20-I-1952).

De la correspondencia de Calvo se deduce que Ramiro pasó formalmente a integrarse en el Departamento de Filosofía de la Cultura en octubre de 1951, donde permaneció hasta el cese fulminante de Calvo que se produjo estando ya Ramiro en la cátedra de Zaragoza, en la primavera de 1953. Carta de Rafael Calvo Serer a Nicolás Ramiro (AGUN, RCS, 001/045/080, 19-5-1953).

53 Es constante en su correspondencia de estos dos o tres años, 1949-1952, la alusión a encuestas a Ramiro, tales como notas preliminares a ediciones o la atribución de responsabilidades máximas en los estudios sociológicos del Departamento, (AGUN, RCS, 001/038/219-2, 26-8-1951).

Todo ello contrasta con la escasa respuesta en publicaciones de Ramiro a pesar de las numerosas ocasiones en que por carta las anuncia Calvo. Carta a Leopoldo Eulogio Palacios, (AGUN, RCS, 001/038/219-2, 26-8-1951). Otra a Rafael Olivar en similares términos, (AGUN, RCS, 001/038/287-1, 10-8-1951), etc.

En síntesis, y volviendo a la descripción del artículo publicado en la REP, podríamos decir que se trata de la producción intelectual publicada por Ramiro más concesiva. A pesar de que es evidente que se trata de un artículo “por alusiones”. Las reflexiones de Ramiro vuelan más alto y se plantea España con, o en, o parte de Europa.

En cualquier caso Ramiro sangra ya por la herida de su experiencia vital hasta el límite de lo políticamente correcto⁵⁴.

El artículo sobre “La soberanía” se publicó en la REP en 1952⁵⁵. Cierra –literalmente– la secuencia de publicaciones de Ramiro en revistas científicas. Habrá que esperar a 1974, es decir veintidós años, para volver a ver la firma de Ramiro –por única y última vez– en una revista científica de la especialidad.

Pero bien, se puede decir que el broche de cierre era de enorme brillantez: el tercer ejercicio de sus oposiciones, es decir, una pieza escrita para su exposición oral leída suponía un producto intelectual de brillante madurez. Madurez del autor y madurez del tema. Recuérdese que Bodino fue el motivo de su estancia en Alemania y que las Memorias que entregó a su vuelta a la JAE componían más de 250 páginas. Evidentemente, sobre todo en la primera parte del artículo, el autor hace gala de un conocimiento de la circunstancia del nacimiento de la soberanía extrañamente lúcido. Y en la segunda parte formula una suerte de reglas, hasta once, que componen

Las colaboraciones de Ramiro con Calvo se reducen únicamente al artículo de “España y Europa” que venimos aludiendo y a unas exquisitas pero brevísimas páginas en la Revista Arbor, nº. 65, ya aludidas en nota 27. Todo indica que, más allá de la relación personal que mantuvieron probablemente toda su vida, la disposición de Ramiro estaba muy condicionada por su aspiración a la Cátedra, a la que le dirigían sus apoyos en el Instituto de Estudios Políticos.

54 “Esta tremebundez del español, «España como problema», ha dado una versión muy española al «amour de soi». Su muy notable variación hispánica reza así: el castigo bien ordenado comienza por uno mismo. Tal máxima ha sido invariablemente española. Así, cuando España es martillo de alguien, de yunque usa su propia carne; su más cordial víscera. Cada golpe que el español le da a alguien repercute centuplicado en sus íntimas entrañas. Nuestra historia, que negligentes no escribimos como parece que deberíamos, la llevamos tatuada, y tatuada en nuestra propia alma. El poeta Rosales me contaba que su egregio cofrade Manuel Machado solía decir que entre españoles el culatazo va más lejos que el disparo. Recordando yo este dicho de don Manuel comprendí por primera vez el sentido de la exclamación de Henri Poincaré: *Quels savants que les poetas...*”

Pues eso es lo que nos pasa, y si rechazamos la agresión y no ponemos el otro carrillo es porque nosotros mismos, con escrupulosa justicia cristiana, nos damos nuestra propia bofetada.”, “España y Europa”, *op. cit.*, p. 128.

55 REP, nº 66, 1952, pp. 37-54. Posteriormente, sin él saberlo, en versión alemana en Hanns Kurz, Volkssouveränität und Staatssouveränität, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1970. Si la memoria no me falla, tuvo conocimiento de la publicación a través del ejemplar que le hizo llegar Manuel García Pelayo. Agradezco la referencia bibliográfica al Profesor Carlos Palao Taboada.

todavía hoy y por el tiempo que la soberanía sea una cualidad del poder estatal, las claves para su comprensión más profunda. Todo en dieciséis páginas insuperables, en las que no falta ni sobra nada. Nada importante.

Brillante y novedosa es, para empezar, la propuesta: un planteamiento sociológico de la soberanía⁵⁶. Y, de acuerdo a ello, una configuración de la soberanía que permita una serie de discernimientos que Ramiro sólo realiza parcialmente: a modo o suerte de brindis para que cada uno opere su propio análisis. Sólo puedo invitar al lector a la minuciosa reflexión a que se verá llevado al meditar, más que leer, las páginas en que Ramiro sintetiza su propuesta⁵⁷.

Como ya dije, estos trabajos aquí aludidos son los que constituirán su principal acervo de publicaciones. Obtenida la cátedra, Nicolás Ramiro cambiará su forma de trabajo, pero sobre todo, su forma de estudio. A partir de ese momento, ya en su cátedra, se centrará en construir su espacio de estudio en el Colegio Mayor Cervuno, en el que se desenvolverá en una vida modesta, con escasa atención al trágico característico de aquéllas Facultades que hasta comienzos de los setenta serán, como la zaragozana, una Facultad de provincias sólo destacada por alguna figura aislada. Serán tiempos –veinte años– de dedicación a la lectura, a la conversación con sus escasos pero valiosos próximos en la ciudad y al mantenimiento y cuidado de su selecto círculo de relaciones personales e intelectuales que nunca dejará de ampliar y mimar hasta su muerte⁵⁸.

56 “El problema de la soberanía se cifra para Bodino en la averiguación de cómo es posible casar la soberanía con la sustantividad del derecho; concertar, compatibilizar la poderosidad con la juridicidad del Estado.”, “La soberanía”, p. 40.

No sin antes advertir al lector de un problema metodológico sin solución: “Si la teoría social del conocimiento y la sociología del saber no me hubieran enseñado lo que efectivamente me han enseñado, pondría punto en boca. Si no lo hago es porque en esas fundamentales disciplinas sociológicas he aprendido que en el campo social no hay descubrimiento intelectual sin encubrimiento, ni enfoque sin desenfoque y que inevitablemente la atención a algo es fatalmente desatención a mucho. En términos más técnicos: un fenómeno social se constituye en objeto teórico por una serie de renuncias y resignaciones. El paso del objeto material al formal es ya un primer enfoque de la atención que se logra a costa de un brutal desenfoque del resto.” *Ibidem*, pp. 38-39.

57 Páginas 49 a 54.

58 No obstante, recomiendo al lector que se haga con el Prólogo de Nicolás Ramiro al librito de G. HUTTON, *La sociedad dinámica*, IEP: Madrid, 1957.

Y, en cuanto a su sentido de la traducción –un tema que siempre le apasionó–, pude el lector solazarse y aprender tan difícil práctica, leyendo *La Historia desde el mundo actual*, de G. BARRACLOUGH, que vertió magistralmente desde el original inglés, y que publicó *Revista de Occidente* en 1959.

4. ALGO SE MUEVE...

Los principios de los años setenta fueron, también en universidades como la zaragozana, momentos de agitación. Pero, en el caso de la Facultad de Derecho, también momentos de llegada de una oleada de jóvenes catedráticos que produjeron en pocos años un cambio espectacular en muchos sentidos. Alfredo Calonge Matellanes, romanista, Jesús Lalinde Abadía, historiador del derecho, José Cerezo Mir, penalista, Carlos Palao Taboada, hacendista, Lorenzo Martín-Retortillo, administrativista, y varios más aterrizaron en aquélla Facultad de modo casi simultáneo. Y muchos de ellos, con carácter temporal o definitivo, se alojaron en el Colegio Mayor Cerbuna. Una feliz coincidencia que removió también el espíritu de Nicolás Ramiro, que se encontró mucho menos solo entre la admiración y el afecto que causaba en sus jóvenes colegas, que además eran colegiales.

A ello se superpuso un hecho en principio circunstancial: la llegada a Zaragoza del jovencísimo y reciente doctor Carlos Alba Tercedor, discípulo de Francisco Murillo Ferrol⁵⁹. También, por supuesto, se acogió como colegial del Cerbuna.

La llegada de Alba fue un revulsivo desde muchos puntos de vista. Para Ramiro incluso un revulsivo excesivo, dicho sea cariñosamente. Venía Carlos Alba de una Granada en donde el grupo de Murillo actuaba como una factoría académica, en el mejor sentido de la palabra⁶⁰. Y ello supuso un enorme impacto, para empezar en el propio Ramiro,

59 La llegada no era, desde luego, circunstancial. Se trataba de una ayuda directa de Murillo a su amigo Ramiro, que se encontraba en aquéllos momentos en una situación muy compleja y de ciertas dificultades, incluidos problemas de salud.

Sobre la relación entre Murillo y Ramiro véase la descripción de Murillo: “Nunca agradeceré bastante los pocos años en que pude asomarme a su mundo intelectual y personal. Nicolás Ramiro Rico, coautor conmigo y siempre maestro, vino a morir como Shakespeare y Cervantes un 22 de abril, ahora ha hecho veinte años. Después de mi padre, nunca he echado tanto de menos a una persona; para saber su opinión no sólo de Hobbes, Locke o Montesquieu, sino sobre los acontecimientos aun mínimos de cada día. Nicolás Ramiro encabeza por méritos propios la gran cohorte de los ágrafos granadinos. Para compensar un poco la de tanto analfabeto malogrado que nos agobia a diario con sus libros.” *Reflexiones sobre el pasado y su inevitable manipulación*. Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Francisco Murillo Ferrol. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Sesión de 21 de octubre de 1997, p. 11.

Y sobre los afectos que Ramiro era capaz de concitar se verá un cálido reflejo en la *Tribuna* que con el título “Una muerte silenciosa: Nicolás Ramiro Rico”, se publicó en el diario *El País*, 28-5-1977, firmada por Francisco Murillo, Luis Díez del Corral y Carlos Ollero, que acreditan su amistad en el preciso conocimiento de Ramiro que se desprende de esas líneas.

60 Datos precisos y minuciosos de la labor de Murillo como maestro en F. MORENTÉ MEJÍAS, “Francisco Murillo Ferrol. O el compromiso académico con las Ciencias Sociales”. Puede también

que se sintió a un tiempo arropado y estimulado⁶¹. Carlos Alba Tercedor llegó a Zaragoza en el momento justo. Y era, desde luego, la persona adecuada.

Y fue Carlos Alba el último responsable de romper la agravía que tan juiciosamente cultivaba Nicolás Ramiro, ya entonces absolutamente volcado en lo que sería “El animal ladino”, publicado tras su muerte.

En efecto, le planteó Alba a Ramiro la conveniencia de renovar el programa de la asignatura. Recuérdese que en el franquismo, redactar un Programa de Derecho Político era una tarea altamente delicada. No se trataba, claro, de explicar las Leyes Fundamentales de la Dictadura, sino de reproducir, con las limitaciones del caso, un “enfoque granadino” y propio de la escuela de Murillo.

Pero una vez más Ramiro procesó según su cabeza los problemas que planteaba aquello. El Programa, como es lógico, lo redactó Alba. Pero, a cambio, Ramiro accedió a escribir una especie de presentación del Programa. Este es, si no me falla la memoria ni incurro en reconstrucciones del pasado, el origen del llamado por Ramiro “delantal”, es decir, algo que uno se pone, y que pone, delante de lo que va a decir. En todo caso, algo que debe uno ponerse para realizar determinadas actividades u oficios⁶².

Así surgió el conjunto de reflexiones sobre la asignatura que llevaba por título, largo ciertamente, “Breves apuntes críticos para un futuro programa moderadamente heterodoxo del «Derecho Político» y de su muy problemática enseñanza”⁶³.

consultarse de J. CAZORLA, “La Escuela Mudéjar: evocación de una experiencia personal de tres décadas (1950-1980)”, *REIS* nº 100, 2002, pp. 39-59; de S. GINER, “La sociología española durante la dictadura franquista”, en S. Giner y L. Moreno (comp.), *La sociología en España*, Madrid: CSIC, 1990.

61 Al cabo, la estancia de Alba en Zaragoza fue breve pero eficaz y hasta expeditiva. Creó un espacio digno del nombre de seminario, ordenó la docencia, impartió muchísimas clases y...reclutó algunos jóvenes estudiantes al amparo de las primeras Becas de Colaboración que se convocaron por el Ministerio. Así acabé yo entrando en un seminario de Derecho Político..., hasta hoy. Rosa Ruiz fue reclutada en Madrid por el propio Ramiro y Angel Tello, tempranamente fallecido, compartió conmigo las funciones de becario y largos años de carrera universitaria y fraternal amistad.

La marcha de Carlos Alba y Ramiro Rico a Madrid supuso la llegada a Zaragoza de Manuel Ramírez, que con gran generosidad asumió la dirección de mi Tesis Doctoral, que pretendía comenzar tras mi servicio militar a finales de 1975. Ello permitió mi fructífera integración en un grupo académico pionero liderado por Ramírez en aquella Universidad de la transición.

62 Sí recuerdo, y en carne propia, la dificultad de que Ramiro diera por terminado aquél texto. Alba le conminaba con las prisas del caso y nosotros –los becarios– pasábamos a limpio las versiones sucesivas de aquél texto nunca definitivo.

63 La versión fotocopiada que, a sugerencia de Carlos Alba, se envió a un gran número de colegas de la asignatura creo que mantenía el término “problemática”. En la versión impresa, que se publicó en la *Revista Española de la Opinión Pública*, nº 37, pp. 179-188, aparece ya “azorante” por problemática.

No tendría sentido introducir ahora reflexiones o consideraciones sobre un escrito tan citado, no siempre de primera mano y no siempre comprendido, como es por otro lado frecuente⁶⁴. Pero sí diré que, para bien y para mal, tantas reescrituras y versiones me acabaron convenciendo, antes de lo habitual en un todavía no licenciado, de la complejidad de las ciencias sociales y de su penuria metodológica. Por decirlo en pocas palabras: toda simplificación es, en principio, sospechosa. Pero, si se trabaja y se estudia mucho, pero mucho, y se pone cabeza, puede decirse algo útil en breves páginas a nuestros congéneres. O, en todo caso, es lícito hacerse tal ilusión.

Ramiro marchó a Madrid tras finalizar –creo recordar– el curso 1972-1973 incorporándose a la Universidad Autónoma, y pasando en su domicilio de López de Hoyos los años que serían finales de su vida en compañía, y con la solícita atención de María Pilar Palá, ya su esposa. Fueron, casi con seguridad, sus años más felices personal e intelectualmente. Su casa madrileña era un lugar de encuentro, de sorprendentes tertulias y, para el caso, de auxilio y hasta acogimiento de los jóvenes doctorandos provincianos que debíamos marchar a Madrid para consultar archivos y bibliotecas.

5. UN MAESTRO GASEOSO

Nicolás Ramiro Rico fue probablemente, y por acudir a uno de sus términos preferidos, un maestro nada al uso, gaseoso.

Jamás aconsejó a nadie el oficio universitario; sino lo contrario: doy fe. Pero, una vez perpetrado el error, no volvía a hablar del tema, sino que se convertía en una suerte de samaritano intelectual. Era un prodigo de generosidad. Y lo era porque podía serlo, pues sólo quien tiene da. Cuidaba y atendía a los jóvenes investigadores talentudos con una delicadeza y un respeto que sorprendía hasta casi la desorientación del interlocutor.

Con el tiempo he aprendido, o eso creo, que la humildad de Ramiro es la común en quien la ejerce al haber llegado a ella como mera manifestación colla-

La longitud del título se debe, o eso creo, a esa mezcla de timidez personal, prudencia científica y respeto –personal– a los colegas que profesaba Ramiro de modo casi enfermizo.

64 Sí que tiene cierta ironía que, durante muchos –muchos– años uno de los textos más citados por los opositores en sus exposiciones metodológicas de varias asignaturas –no sólo en Derecho Político– fuera el que comparaba al Derecho Político con “una hidra de muchas cabezas”. Ciertamente se trató de un exitosísimo enunciado que invocaba a quien no era, ni lo pretendía, maestro ni patrono en el mundo académico de entonces.

teral del disciplinado ejercicio del rigor intelectual. La humildad como resultado inevitable de la incansable búsqueda de la más íntima ignorancia: el reto que eluden los soberbios.

Esta era probablemente la causa de la interminable lucha de Ramiro consigo mismo: la rebelde posición de quien se niega a reducir y simplificar un problema para poder acometerlo. De ahí quizás sus magistrales descripciones de problemas tan complejos como los que siempre acometía, sus delicados análisis y sus sutiles interpretaciones de los procesos sociales más enrevesados.

Según veo ahora, o eso creo, su agrafía no fue tal. Más allá de su enteca producción escrita publicada, si hablamos al peso, Ramiro fue un contraejemplo. No publicó más porque estaba aprendiendo y estudiando para, si era el caso, darlo a conocer a los demás siempre que estimare que tenía algo que decir y juzgara que hubiere alguien interesado en leerlo. Pero en la realización de este juicio estimativo él era su único amo. De ahí la importancia que sus seres próximos, a los que él reconociera autoridad, tenían para conseguir convencerle de publicar las páginas que había puesto en sus manos.

Esa misma condición estuvo en la base de su conocida resistencia a optar a una cátedra universitaria. Al final, hizo sus oposiciones, y ganó la cátedra. Pero hay testimonios incuestionables que advierten de sus resistencias a seguir tales vericuetos.

Ramiro solía ceder cuando detectaba que su resistencia a la presión podía ser vista como inelegante o hasta maleducada. Cedía por concesión: sacrificaba su criterio finalmente al afecto de quien le compelía. Pero sólo frente a pocos y siempre entre resistencias. Esa fue, desde luego, la historia del “delantal” y, probablemente, sólo su muerte pudo hacer posible que Francisco Murillo y Luis Díez del Corral emprendieran la publicación del manuscrito de “El animal ladino” junto a una selección de sus escritos⁶⁵.

Ramiro fue un maestro excepcional.

Probablemente porque nunca pretendió serlo.

Pudiendo.

65 Con la colaboración del Carlos Alba y José Luis García de la Serrana, que dispusieron de la ayuda de su viuda, y bibliotecaria de profesión, María Pilar Palá, que fue capaz de ordenar la documentación, y la excelente y selecta biblioteca de Nicolás Ramiro, minuciosamente acumulada durante más de cincuenta años.

Sobre la edición puede verse una excelente recensión de M. BELTRÁN, “Sobre el animal ladino y otros ensayos de Nicolás Ramiro”, *REIS*, 13/81, pp. 141-154.

Resumen:

Este trabajo analiza la trayectoria intelectual del Catedrático de Derecho político Nicolás Ramiro Rico (1910-1977), figura clave en esta disciplina desde la postguerra a la transición. En especial, se estudian sus relaciones con otros académicos y la significación de sus contribuciones doctrinales.

Palabras Clave: Nicolás Ramiro Rico, Biografía intelectual, Derecho político, Ciencia Política.

Abstract:

This paper analyzes the intellectual trajectory of the Professor Nicolás Ramiro Rico (1910-1977), key figure in the field of public law and political science in Spain since the postwar to the transition. In particular, its relations with other scholars and doctrinal significance of their contributions are studied.

Keywords: Nicolás Ramiro Rico, intellectual trajectory, Public Law, Political Science.

Textos clásicos

CONSIDERACIONES TEÓRICAS A PROPÓSITO DE LA RELACIÓN DEL REFERÉNDUM CON EL PARLAMENTARISMO*

RAYMOND CARRÉ DE MALBERG**

Entre las cuestiones de las que se ha ocupado la sesión de octubre de 1939 del Instituto Internacional de Derecho público ha destacado la referida a la relación de los institutos de consulta popular directa, y especialmente del referéndum, con el parlamentarismo. Al hilo de la posibilidad y de la oportunidad de esta relación, se han hecho públicas visiones divergentes, tanto entre las posiciones mantenidas por los conferenciantes, como en el curso del debate posterior. Su importancia ha provocado que sea incluida de nuevo en el orden del día de la siguiente sesión.

Con ocasión de este debate, tan actual, me permito decir unas palabras para observar que la evolución consistente en añadir o superponer el referéndum y otras instituciones similares al parlamentarismo presenta analogías con aquella que hace poco tiempo ha transformado las monarquías absolutas en monarquías temperadas o limitadas. Al igual que en el siglo XIX la monarquía se vio obligada en muchos Estados a soltar lastre, admitiendo, por medio de concesiones y cartas otorgadas, someterse a restricciones diversas, y, sobre todo, al principio según el cual el monarca sólo podrá sancionar aquellas leyes que hubieran sido previamente adoptadas por asambleas, al menos una de las cuales ha de ser electiva, en el siglo XX, la introducción de mecanismos de participación popular directa como el referéndum está destinada, según lo conciben los que lo defienden, no solamente a dar una satisfacción adicional a las aspiraciones democráticas, sino, además, a aportar un elemento de moderación al poder, estimado excesivo, del parlamento.

En Francia, sobre todo, se puede decir que nuestras prácticas parlamentarias, desde 1875, responden a un modelo de parlamentarismo absoluto. Sería superfluo recordar en esta sede que este absolutismo encuentra su origen en la concepción de

* "Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2e trimestre, 1931.

** Traducido del francés por Enrique Guillén López.

régimen representativo propia de los fundadores revolucionarios del nuestro derecho público moderno. A partir de esta concepción, el cuerpo compuesto por los diputados elegidos declara la “voluntad general”, señalando que “todos los ciudadanos” encuentran en él su representación (Declaración de Derechos de 1979, art. 6); y, por otra parte, no obstante, esta voluntad general sólo nace en él, habida cuenta de que, en el sistema consagrado en la Constitución, “el Pueblo no puede hablar, no puede actuar, salvo a través de sus representantes”, tal y como fue declarado por Sieyès en su discurso a la Asamblea Nacional de 7 de septiembre de 1789. De estas dobles premisas resulta que el Parlamento concentra en él la misma soberanía nacional: es soberano, en primer lugar, en tanto que, como representante de la voluntad general, está dotado de un poder que domina, de una forma trascendente, las competencias del resto de los poderes públicos; es soberano, de la misma manera, en relación al Pueblo por él representado, en tanto que los ciudadanos son excluidos de la facultad de sugerir por ellos mismos, en materia de las decisiones que corresponden a sus diputados, otra voluntad que no sea la contenida en estas decisiones.

Estos son también, tal y como resulta con toda evidencia de las instituciones formal o implícitamente consagradas por la Constitución de 1875, los conceptos y los principios sobre cuya base descansa el predominio actual del Parlamento francés. De ahí también, es superfluo recordarlo –puesto que los hechos lo han probado suficientemente desde 1875– que estos principios engendrarán el poder absoluto del Parlamento. Al carácter absoluto de este poder, la Constitución de 1875 no ha aportado nada más que una única limitación de naturaleza democrática, la que deriva de la posibilidad de disolución de la Cámara de Diputados: limitación que no es sino parcial, ya que tras la disolución los ciudadanos no van a ejercer su influencia sobre la dirección de la política nacional sino a través de sus poderes electorales; limitación muy relativa también, puesto que la disolución depende de una de las dos Cámaras del Parlamento; limitación, en fin, cuyo funcionamiento, si bien posible desde el punto de vista práctico, encuentra obstáculos fruto de las mismas ideas de las que nace la supremacía parlamentaria.

Contra esta supremacía, elevada hasta el absoluto, al menos durante el mandato de las legislaturas, ha terminado apareciendo un movimiento de reacción. De la misma manera que antaño el absolutismo monárquico hubo de resignarse a cesiones necesarias, se han postulado propuestas diversas con el objeto de sustituir el parlamentarismo absoluto por un régimen de poder parlamentario limitado y mitigado.

Una primera línea en este sentido consistiría en reconstituir, frente al Parlamento, un Ejecutivo dotado de poderes independientes y que daría lugar, junto al Parlamento, a un segundo centro de representación popular. Nosotros no compar-

timos la posibilidad de hacer concurrir dos dueños en la misma casa. Seguro que un dualismo como éste no sería duradero a no ser que se superpusiera al Parlamento y al Gobierno un superior común, que sería el verdadero dueño y que no podría ser sino el Pueblo, el único con la capacidad de zanjar de forma soberana las eventuales divergencias entre dos instituciones concebidas mutuamente como independientes.

Otros postulan especialmente el procedimiento que tendería a limitar el poder legislativo del Parlamento estableciendo un control de constitucionalidad sobre las leyes aprobadas por las Cámaras. ¿Pero no supone caer en un círculo vicioso pretender limitar al Parlamento imponiéndole el respeto a una Constitución que, como la de 1875, le ha concedido desde el punto de vista legislativo un poder ilimitado? En todo caso, sería necesario empezar por incluir en esta Constitución los elementos de limitación del poder legislativo de las Cámaras que en la actualidad están ausentes.

Queda un tercer procedimiento: el que abriría al cuerpo electoral de los ciudadanos el ejercicio de facultades de participación directa en el poder público de las cuales han estado apartados hasta la actualidad por el régimen representativo y parlamentario. Éste subsistiría, pero ya no de forma exclusiva ni en su integridad. Se vería limitado por la inclusión de instituciones tendentes a conseguir las ventajas combinadas del parlamentarismo y de la democracia. El Parlamento ya no sería soberano: ya no monopolizaría el poder de formular la voluntad general. Junto con él, los ciudadanos serían admitidos en el ejercicio del poder legislativo, en toda su plenitud, por la vía de la iniciativa popular. Y, por otra parte, las decisiones de las Cámaras ya no poseerían el carácter de decisiones soberanas: sólo adquirirían su fuerza definitiva cuando hubieran sido ratificadas, expresa o tácitamente, por una votación popular o por la ausencia de una solicitud de referéndum. Es en esto sobre todo en lo que la transformación del parlamentarismo recordaría la mutación sufrida por las monarquías, cuando se convirtieron en monarquías limitadas, con la diferencia, no obstante, de que en esta conversión el monarca conservaba su cualidad anterior de órgano supremo, cualidad que derivaba, sobre todo, del hecho de que continuaba con la potestad, en el ámbito legislativo, de decir la última palabra, correspondiéndole sólo a él el poder de perfeccionar la ley a través de la sanción. En los estados que yuxtaponen al poder legislativo de las Cámaras la posibilidad de que los ciudadanos insten la celebración de un referéndum, es el Pueblo el que se eleva al rango supremo por la asunción del poder de rechazar o adoptar definitivamente las decisiones parlamentarias. Así, de golpe, se degrada el Parlamento al rango de simple institución: sólo representa la voluntad general para buscar y proponer la expresión que conviene darle a ésta; no cumple así nada más que la labor de un funcionario. El verdadero soberano es, entonces, el Pueblo, armado de la capacidad jurídica de

legislar en última instancia, esto es, de declarar si la decisión que las Cámaras consideran la expresión de la voluntad popular es conforme o no con la misma voluntad de la comunidad popular. Soberanía y voluntad general se identifican mutuamente y ambas tienen su lugar en el Pueblo.

Éste es el sentido profundo, capital, de la evolución del parlamentarismo en su relación con la democracia. ¿Es deseable esta evolución? No nos preguntamos si es posible. Es verdad que hubo un tiempo en el que los autores solían hablar de incompatibilidad entre el parlamentarismo y las instituciones democráticas, alegando que el régimen parlamentario es una variedad del gobierno representativo, y éste fue concebido como opuesto a la democracia. Pero hoy es difícil mantener esta tesis de la imposibilidad de conciliar el poder parlamentario con el del Pueblo ya que en muchas Constituciones los dos poderes concurren simultáneamente. Hay que subrayar, efectivamente, que la introducción en la organización estatal de una institución como el referéndum no suprime ni la posición constitucional ni el poder de representación del Parlamento: éste continúa como órgano representativo tal y como en el sistema de la monarquía limitada el Jefe del Estado continuaba siendo monarca en el sentido formal de la expresión. Únicamente, en el régimen parlamentario al que adicionáramos el referéndum, el Parlamento sólo ejercería su poder representativo con la reserva de los derechos del Pueblo: estos poderes de representación no son destruidos, son solamente limitados, o más exactamente, dominados, por los del representado. De esta forma las condiciones de la representación política se relacionan con las que se deducen normalmente del concepto jurídico de representación, un concepto del que se desentendieron completamente los fundadores modernos del llamado gobierno representativo.

No se puede decir, por tanto, que haya una antinomia entre el referéndum y la idea de representación que está en la base del parlamentarismo. Pero podemos cuestionarnos si es deseable que el régimen parlamentario sea corregido y regenerado por el método consistente en hacerlo funcionar bajo las restricciones resultantes de la posibilidad de intervenciones populares.

La cuestión se plantea en un doble sentido. Ante todo, constituye un problema de política aplicada o de oportunidad, lo que exige su examen a la luz de argumentos de tipo utilitario y técnico. No obstante, no es en absoluto sobre este punto sobre el que deseamos centrar la atención. Los argumentos acerca de la utilidad del referéndum así como los defectos atribuidos a esta forma de consulta popular ya han sido tan sobradamente señalados que es temerario intentar desplegar sobre este punto ideas que no hayan sido expuestas muchas veces. Sería suficiente a estos efectos recordar en la bibliografía reciente las páginas tan expresivas en las que una autori-

dad como Fritz Fleiner ha trazado el balance de ventajas, podemos incluso decir de beneficios, que ha supuesto para el Pueblo suizo la práctica de este procedimiento de intervención directa de los ciudadanos en la formación de las leyes (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, p. 309 y ss— Cfr. *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1930, p. 282 y ss.)

Antes bien, nosotros querríamos considerar otra parte del problema, que implica una cuestión principal y que exige, por ello mismo, un análisis previo. Se trata, en efecto, de verificar, desde el punto de vista de las concepciones que están en la base del parlamentarismo primitivo, la legitimidad de las innovaciones o reivindicaciones que pretenden maridarla con la democracia. ¿Es tal maridaje conforme a la lógica del sistema parlamentario?

Cuestión de lógica, esto es, de orden teórico. Y algunos dan a entender que, en la delicada fase que atraviesan en el presente los Estados y que les obliga a objetivos tan arduos, ya no es el momento de trabajar con argumentos que sólo descansan sobre paradigmas ideológicos. Se ha señalado que lo conveniente es recurrir a la racionalización técnica cuando de lo que se trata es de colocar a las naciones en situación de triunfar sobre las dificultades que hoy tienen que abordar para afrontar su destino. Pero por plagado de obstáculos que aparezca hoy este camino hacia el futuro tampoco creemos que sea posible hacer total abstracción de lo que el maestro Esmein llamaba hace poco, con una poderosa expresión, “la lógica de las instituciones”. El concepto racionalización tiene una etimología que no permite reducir la investigación científica de lo que es racional a tomar en cuenta argumentos o ventajas de tipo puramente utilitarios. Junto con este tipo de argumentos, también hay una racionalización vinculada a razones que se deducen del fundamento, del espíritu, del contenido interno de las instituciones, criterios de los que hay que tener cuidado de no alterar su secuencia lógica. Especialmente en lo que se refiere a la formación y la evolución del derecho público, las ideas tienen una fuerza y unas exigencias que no deberían ser soslayadas sin correr el riesgo de provocar fuertes reacciones.

¿Cuáles son, pues, las ideas presentes en el momento histórico de la irrupción del parlamentarismo moderno y, en especial, cuando se estableció la forma absolutista que el mismo adoptó en Francia? ¿Cuáles son las lógicas congénitas de fondo que le sirvieron para expandirse en los estados en los que se ha ido sucesivamente implantando? Encontramos principalmente dos, conectadas mutuamente.

En sus orígenes, el parlamentarismo se fundó con el objeto de fortalecer los poderes del Parlamento, de fortalecerlos especialmente frente a la Corona. Pero no hay que perder de vista que, desde el principio, esta intensificación de los poderes de las asambleas parlamentarias se fundó sobre el origen electivo de sus miembros

o, en cualquier caso, sobre los vínculos que les unían a la comunidad nacional y que hicieron que pudieran ser caracterizados como una representación de esta comunidad, tomada en su conjunto o en cualquiera de los elementos que la integraban. En Francia, este fundamento representativo del poder parlamentario ha sido particularmente puesto en evidencia por las fórmulas, tan límpidas a estos efectos, de las Constituciones democráticas. Cuando, en esta época, se exaltó el poder de las Cámaras, la Declaración de 1789 especificaba que se debía a los derechos del cuerpo nacional y en especial al “derecho” que tienen “los ciudadanos de concurrir a la formación de la ley”, al menos “a través de sus representantes”. Así, esta concepción inicial, que revela la orientación esencial y el significado profundo del parlamentarismo y que ha sido confirmado, durante el siglo XIX, por la expresión banal que califica al régimen parlamentario de sistema de gobierno de opinión, implica también que, en este régimen, es racional y conforme a la naturaleza de las cosas que los derechos del cuerpo electoral sean crecientes. Desde este punto de vista, nos vemos obligados a sostener que el parlamentarismo es un régimen de transición, cuyo destino normal es conducir, si no necesariamente a la democracia integral, sí, al menos, a una mezcla de instituciones democráticas y representativas.

En referencia tanto a los Pueblos como a los individuos es lícito usar una comparación que tomamos prestada de Rousseau (*Contrato social*, libro II, Capítulo 8): en la medida en que se encuentren durante la infancia o durante la minoría de edad, necesitan tutores o representantes, monarca o parlamento, que gestionen sus asuntos. Pero cuando un Pueblo alcanza la madurez, debe ser capaz de asumir y apreciar el alcance de los intereses públicos; y es necesario lamentar cuando, a consecuencia de un defecto de capacidad, por la insuficiencia de su educación política, por su negligencia, indiferencia, o por cualquier otra razón, se ve sometido a permanecer en un régimen de pura representación pasiva, que lo excluya completamente de la posibilidad de valorar por sí mismo sus propios intereses. Por valiosa que sea para los ciudadanos la facultad de elegir sus representantes y de renovar periódicamente los poderes de sus elegidos, no es menos cierto que –según, de nuevo, las palabras de Rousseau (*ibid. Libro II, Capítulo 1 y Libro III, Capítulo 15*)– el Pueblo, al elegir, se concede dueños por un período.

Es cierto, tanto si nos referimos al Pueblo como a los ciudadanos individualmente considerados, que no se puede hacer todo por sí mismo. Hay múltiples tareas públicas que sólo pueden ser desempeñadas por agentes competentes y experimentados, merecedores de seguir llevando el nombre de gobernantes; y estas tareas también necesitan de procedimientos técnicos y prácticas apropiadas, que forman el ámbito propio de lo que ordinariamente se conoce bajo el nombre de gobierno, y que el Pueblo no está

en situación de abordar por sí sólo. Pero al menos es conveniente, en virtud de la misma idea de representación, que el Pueblo tenga reservada la posibilidad de intervenir, eventualmente, para señalar, con ocasión de una cuestión concreta, que ya no está de acuerdo con sus gobernantes. De aquí la corrección en sentido democratizador sufrida por el régimen representativo, tal y como fue concebido durante la Revolución, como consecuencia de la disolución: una concesión que apenas encajaba con los primeros planteamientos a través de los que Sieyès pretendió justificar el carácter estrictamente pasivo de la representación popular en este régimen. Pero esta concesión no es suficiente, si consideramos, de una parte, que no nos corresponde directamente a los ciudadanos provocar directamente la disolución, y, de otra, que la apelación que se hace al Pueblo con ocasión de la disolución se limita a una consulta electoral, que sólo tendría un grado de precisión comparable al referéndum si se repitiera cada vez que el Parlamento abordara el examen de una cuestión de cierta importancia, que no hubiera sido tomada en consideración durante las elecciones generales precedentes; además, cabría añadir que esta consulta, destinada a preparar la solución a una cuestión actual, no permite al Pueblo oponer su veto a las soluciones alcanzadas. De este modo, sólo el referéndum aparece como un complemento suficiente de la idea de representación, ya que sólo él se ajusta al concepto sobre el que descansa el régimen representativo, esto es, que es el sentimiento del cuerpo electoral el que se manifiesta a través de los cargos electos. Este concepto apela, efectivamente, a una consecuencia indeclinable: el reconocimiento del derecho de los ciudadanos de manifestar un sentimiento contrario al que, a propósito de un aspecto concreto, ha sido manifestado en su nombre por los representantes.

La previsión del referéndum parece encontrar un asidero adicional si la enlazamos con la segunda idea que, particularmente en Francia, ha servido para exaltar los poderes del Parlamento. Esta idea, que en el origen de la reelaboración de nuestro derecho público, figura solemnemente escrita en el artículo 6 de la Declaración de Derechos de 1789, supone que “la ley es la expresión de la voluntad general”, de lo que cabe deducir, como enseguida añadía este texto, que el fundamento de la fuerza de ley descansa en el hecho de que es la obra de “todos los ciudadanos”, en el sentido, al menos de que “todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación”. El que las leyes aprobadas por legislatura tengan como fundamento de su fuerza la voluntad general cuando no son sino el producto de algunos centenares de diputados es, tal y como lo señala el propio artículo 6, porque durante la legislatura “todos los ciudadanos” aseguran “por sus representantes” su presencia.

No es éste el lugar de recordar la considerable influencia que ha ejercido este concepto relativo al fundamento de la ley sobre el desarrollo de las instituciones de

nuestro derecho público, durante la Revolución ni posteriormente, ni de enumerar las múltiples consecuencias que se derivan de él. Una sola de ellas debe ser destacada: a saber, la introducción del principio de que el Parlamento, en tanto que capaz de expresar la voluntad general, ejerce por sí mismo una potestad que es la inherente a esta misma voluntad, esto es, una potestad cuantitativamente, o mejor dicho, cualitativamente soberana. Ningún otro razonamiento mejor ha sido esgrimido para asegurar el poder ilimitado o, en todo caso, claramente superior del Parlamento, no solamente sobre la legislación, sino sobre la acción de gobierno y sobre los órganos del Ejecutivo, e incluso sobre la misma Constitución y su eventual reforma. En pocas palabras, este razonamiento ha servido, más que ningún otro, para justificar y favorecer el sistema de parlamentarismo absoluto.

¿Y pese a todo, no supone faltar singularmente a la lógica partir de la idea de soberanía de la voluntad general para dar lugar a un régimen parlamentario que, a través de una representación de carácter ficticio, excluye toda participación popular que no sea la del electorado? ¿No había puesto ya Rousseau, de quien toma prestada la definición de la ley –soberana en tanto que descansa sobre la voluntad general– el artículo 6 antes referido, los precedentes para demostrar, por activa y por pasiva, que la voluntad general no podía ser representada? A través de una sorprendente contradicción, la idea de soberanía de la voluntad popular se ha vuelto contra los mismos de los que puede emanar la expresión de esta voluntad: ésta se ha utilizado con el objeto de sustituir con la soberanía parlamentaria la soberanía del cuerpo electoral de los ciudadanos y de sustraer las decisiones del órgano legislativo de cualquier injerencia de estos últimos.

Esta contradicción es demasiado evidente como para suponer que se les pasó inadvertida a los revolucionarios fundadores de nuestro derecho público. Pero, dicho sea de paso, éstos no estuvieron en absoluto tan fuertemente atenazados por las teorías abstractas como a veces se les ha reprochado. Su manera de razonar no se basaba tanto en conceptos filosóficos como en ideas que pretendían obtener algunos resultados positivos y prácticas para progresar. Desde el punto de vista práctico, el funcionamiento racional del régimen que confina al Pueblo en un estado de representación condenado al silencio se señala, con gran vigor, por Sieyès, que en la sesión de la Convención del 2 Termidor del año III, argumentaba en estos términos: “Reina un error gravemente perjudicial: que el Pueblo solo debe delegar los poderes que no puede ejercer por sí mismo. Se liga a este pretendido principio la salvaguarda de la libertad. Es como si se quisiera probar a los ciudadanos que tienen necesidad de escribir a Burdeos, que conservarán mejor su libertad si se reservaran el derecho de llevar la carta por ellos mismos, en la medida en que pueden hacerlo, en lugar

de confiarle la tarea a esta parte de la administración pública que está encargada de ello. ¿Podemos deducir de un razonamiento tan zafio los principios verdaderos?”. Esta argumentación utilitaria equivalía a sostener que los asuntos del Pueblo serán, prácticamente, mejor gestionados por los representantes que por los ciudadanos, o incluso, que la voluntad popular será, en definitiva, mejor formulada por el Parlamento que por los mismos interesados. No otra hubiera sido la posición de Montesquieu. Pero, sobre todo, es de todos sabido que, en la voluntad de los fundadores del régimen representativo, el objetivo efectivo de este régimen era establecer y asegurar el dominio de la clase burguesa sobre las masas populares, concibiéndose el régimen electoral, durante el período revolucionario, de manera tal que la legislatura estuviera compuesta por electos pertenecientes a esta clase. Así las cosas, no se puede decir que los hombres de la Revolución se hayan dejado dominar por teorías dogmáticas del género de las del contrato social. En realidad, su diseño tenía un origen ciertamente práctico: relegar al Pueblo a un papel simplemente electoral. No hicieron intervenir los conceptos filosóficos, en particular el de la soberanía de la voluntad popular nada más que para colorear su obra constituyente con un barniz que parecía conectarlo con el principio inicial según el cual sólo la nación posee carácter soberano. En la época revolucionaria, únicamente la Constitución de 1793 compartió verdaderamente el postulado teórico, al deducir, del principio establecido en el artículo 4 de su Declaración de Derechos –La ley es la expresión libre de la voluntad general–, la consecuencia lógica de que las leyes no son perfectas sino por la sanción que silenciosa o expresamente le otorga el Pueblo; pero esta Constitución no logró salir del ámbito de la especulación abstracta en la cual fue concebida. Nunca fue aplicada.

Este fracaso de la Constitución de 1793 le sirvió para ser tratada con desprecio. Sin embargo, no se le puede negar que es la única que se ajustó a las premisas sobre las cuales fue construida. Desde el momento, en efecto, en que el poder del Estado y de sus órganos se funda sobre la idea de soberanía de la voluntad general, se convierte en manifiestamente imposible negar la capacidad de deliberar e incluso de decidir a aquellos de los que la voluntad general toma su origen y su consistencia, esto es, a los ciudadanos que se reúnen a este efecto en un colegio único e indivisible. Sobre todo, es palpablemente contradictorio justificar la enormidad del poder parlamentario por un argumento según el cual el Parlamento enuncia la voluntad popular y, al mismo tiempo, mantener contra el Pueblo una exclusión que implica que esta voluntad se forma fuera de él, sin que tenga mecanismo de contestar la forma en que el Parlamento la expresa. Desde este punto de vista, pues, y, sobre todo desde el punto de vista de las ideas de representación popular, estamos obligados a concluir que el referéndum y el parlamentarismo no solo no son inconciliables entre sí sino

que hay una relación inmediata e ineludible entre los conceptos que han fundado el poder parlamentario y las instituciones democráticas que permiten a la comunidad de ciudadanos hacer oír su voz.

Así, desde 1875, se estableció en la Constitución todo un conjunto de características que, del mismo modo que las fórmulas principales de las Constituciones del período revolucionario, acreditan que el poder del Parlamento francés se fundó sobre una combinación de la idea de representación popular con el concepto de la soberanía de la voluntad general. Sólo con esta combinación se puede llegar a explicar tanto la hegemonía parlamentaria sobre el Ejecutivo, como la fuerza específica de la que se reviste toda decisión parlamentaria que adopta la forma de ley, y que hace, en particular, que ésta escape de toda posibilidad de recurso (aunque sea eventualmente inconstitucional), así como, sobre todo, la amplia capacidad de maniobra que ejercen sobre la Constitución misma las mayorías de las dos Cámaras, actuando de consuno. Todas estas particularidades características de nuestro régimen parlamentario sólo pueden ser justificadas y mantenidas con la condición de que sean completadas por una consecuencia lógica del concepto del que proceden, esto es, la admisión, como mínimo, del referéndum. Si no, hay que abandonar el terreno sobre el cual ha sido edificado el parlamentarismo francés y volver al concepto de autoritarismo según el cual el Parlamento como cualquier otro órgano, ejerce su potestad, no ya por representación privilegiada del Pueblo soberano, sino únicamente en virtud de competencias que extrae de la Constitución. En este caso la elección popular de los miembros del Parlamento sólo podría considerarse como un simple procedimiento de designación de los mejores, debiendo limitarse la acción del cuerpo electoral sobre la formación de la voluntad estatal a ejercer la parte de influencia que le concede indirectamente la designación de los electos. Pero, en ese caso, notamos cuán difícil sería mantener en favor de un Parlamento que sólo derivaría sus poderes de una habilitación constitucional, el parlamentarismo absoluto del derecho actual con las prerrogativas exorbitantes con las que cuentan las Cámaras desde 1875 y la privilegiada posición que ocupan, si las comparamos con el Gobierno y la misma Constitución.

Así pues, podemos ver, según se acaba de señalar, que la cuestión de la introducción del referéndum en el régimen parlamentario no responde solamente a preocupaciones de carácter técnico relacionados con el análisis comparado de los diversos procedimientos que se pueden seguir para la formación de la voluntad nacional en cada Estado. Antes bien, los problemas que están implicados en esta cuestión afectan a los mismos conceptos sobre los que en esencia reposa la organización estatal de la nación. Sería vano pretender eludir la necesidad de considerar estos conceptos. Si el poder del Parlamento es representativo del que detenta la voluntad popular, tal y

como se repite habitualmente, la cuestión del referéndum se encuentra de antemano resuelta, sin que haya lugar para una discusión sobre las ventajas y los inconvenientes de este modelo de consulta popular: es de principio que los poderes del representante están necesariamente limitados por los derechos del representado.

De esta forma, los mismos motivos que son de ordinario invocados para justificar el absolutismo parlamentario, tal y como funciona en la actualidad en Francia, llevan en sí mismos a la condena de este absolutismo, y proporcionan a su vez las vías que deben servir para limitarlo y moderarlo. Y el primero de esos medios, desde la lógica de la representación popular, es precisamente el del referéndum. A decir verdad, la admisión del referéndum iría más allá de provocar un efecto limitativo sobre el parlamentarismo: supondría una transformación radical en la disposición del rango jerárquico de los poderes. Sin duda, el Parlamento continuaría representando al Pueblo, en la medida en que delibera/decide; pero, una vez votada la ley por las Cámaras, la voluntad general reclamaría sus derechos inalienables y se abriría la posibilidad al Pueblo de que interviniere en caso de desearlo. Si así fuera, sería soberano. El poder del Pueblo no se reduciría así a limitar al del Parlamento: lo dominaría, de la misma manera que el soberano domina a todos los órganos que actúan sometidos a su supremacía. Importa poco, por lo demás, que de hecho las consultas populares sean escasas o incluso excepcionales: tanto en la democracia como en la monarquía, la cualidad de soberano ni se obtiene ni se mide en función de la frecuencia de sus intervenciones. A partir del momento en que se constata que el Pueblo se sitúa en la Constitución en posesión de medios que le permiten intervenir cada vez que lo deseé, sobre todo en lo que concierne a la legislación, y que, además, le aseguran, si interviene, la posibilidad de hacer prevalecer su voluntad, será suficiente para que debamos afirmar que la Constitución lo ha erigido en órgano supremo, e incluso, que lo ha erigido en soberano.

Además de la modificación de principios que resulta de esta supremacía popular en lo que atañe a la situación orgánica y a la condición de poder del Parlamento, la adición del referéndum tendría otras consecuencias, entre las cuales cabe citar, en especial, las siguientes:

Tendría la ventaja de proporcionar la solución del problema relativo a la limitación del poder del Parlamento frente al Gobierno. Ni es posible establecer de forma aproximada un equilibrio duradero de los poderes entre el Parlamento y el Ejecutivo, en la medida en que no hay situado, por encima de ellos, poder alguno que sea capaz de desempatar, obligando a que estos poderes respeten su ámbito competencial mutuo, y, sobre todo, que asegure, frente a su dualidad, la unidad que necesita el Estado,

manteniéndolos a los dos bajo la dependencia común de una voluntad superior que los domine. Así, en el momento en el que la soberanía parlamentaria fuera sustituida por la del Pueblo, decidiendo a través de votaciones directas sobre las cuestiones de legislación o de política gubernamental, podríamos ver concurrir este poder superior, llamado a dominar a la vez a los dos órganos. Parlamento y Ejecutivo, cada uno por su lado, tendrían la facultad de apelar al Pueblo, difiriéndole la solución de las cuestiones sobre las que se enfrentan. En estas condiciones, las competencias del Ejecutivo serían susceptibles de verse incrementadas y el poder del Parlamento encontraría en ellas un nuevo factor de limitación, sin que por otra parte tampoco el ejecutivo (al igual que el Parlamento) pueda ya imponer su voluntad de una manera absoluta: sólo la voluntad popular sería absolutamente preponderante y decisiva.

Otra ventaja de la institución del referéndum sería que, al desplazar al Parlamento de su rango soberano a la condición de simple órgano que actúa bajo el imperio, y en cualquier caso, bajo la égida de la soberanía popular, lo subordinaría a la Constitución, en el sentido de que ya no la dominará, sino que por el contrario, será dominado por ella. En efecto, allí donde a consecuencia del sistema del referéndum, la Constitución no haya podido nacer sino por la aceptación soberana del Pueblo, por más que tal aceptación haya sido tácita, parece claro que la ley constitucional debe ser considerada jurídicamente como una obra del Pueblo; y así, va de suyo que ni la iniciativa ni la conclusión de su reforma dependería de la voluntad exclusiva de las mayorías de las dos Cámaras, por más que estuvieran de acuerdo para emprender y llevar a cabo esta reforma. El sistema de referéndum legislativo implica, *a fortiori*, el del referéndum constituyente. Así asistiríamos a la resurrección en nuestro derecho público de la distinción –que podríamos señalar como abolida desde 1875– entre potestad parlamentaria y potestad constituyente. De esta suerte, el parlamentarismo no sería solamente limitado, sino que nuestras cámaras se convertirían en un parlamento constitucional, así como, poco tiempo ha, la monarquía, al limitarse, recibió el nombre de constitucional, esto es, de monarquía subordinada a una Constitución en la que ya no se contaban entre los poderes del monarca el de reformarla por su sola voluntad.

Entre las repercusiones considerables que tendría esta última forma de limitación del parlamentarismo, es conveniente señalar en particular que abriría la posibilidad de establecer este control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las leyes ordinarias que en nuestros días se reclama, en Francia y no sólo en Francia, por un número creciente de publicistas, y que, hasta hoy, no encuentra hueco entre nosotros, ya que la Constitución de 1875 erigió al Parlamento en órgano que legisla en calidad de soberano sin que se quepan concebirse límites a su soberanía legislativa. Otra cosa sería, en el

momento en que por efecto de la introducción del referéndum, el Pueblo pudiera ser contemplado como soberano o cuando nuestras Cámaras sólo retuvieran el carácter de órgano que ejerce una competencia constitucional, de forma que no puedan legislar sino es con los límites marcados por la competencia atribuida. Sería plausible, así, que la actuación del legislador se viera sometida a un eventual control de constitucionalidad; es más, incluso sería prácticamente obligado establecer una posibilidad de verificación como ésta, toda vez que la ley sólo sería legítima y válida en la medida en que fuera conforme con la Constitución. Y en lo que se refiere al Pueblo, la aceptación que pudiera hacer de la ley adoptada por las Cámaras no sería necesariamente obstáculo a la posibilidad de una intervención jurisdiccional que tenga por objeto la cuestión de la constitucionalidad del texto legislativo. Bien entendido, para que esta intervención fuera concebible, habría que suponer, por otra parte, que la Constitución ha requerido, bien del Parlamento, bien del mismo Pueblo, la observancia de ciertas condiciones especiales, por ejemplo la condición de un voto emitido por una mayoría reforzada, para las modificaciones o derogaciones de las disposiciones de que se trate. En los casos en los que una ley que no cumpla estas condiciones sea recurrida por lesionar una disposición constitucional, correspondería a la autoridad jurisdiccional designada al efecto declarar, tras el examen de la fundamentación de la demanda, que la ley en cuestión no cumple con las exigencias de las que depende para que sea considerado válido su procedimiento de elaboración.

En fin, y sin pretender agotar en absoluto la serie de consecuencias que supondría la combinación del referéndum con el parlamentarismo, querríamos remarcar, sucintamente al menos, que esta combinación tendría por objeto atenuar la influencia ejercida sobre la formación de la llamada voluntad nacional de la política de partidos, que tras haber sido considerada recientemente como uno de los fundamentos ordinarios del parlamentarismo a la inglesa, ha pasado a ser contemplada de forma negativa en nuestro contexto. No se trata, en absoluto, de nada nuevo: numerosas veces hemos señalado que en el sistema de consultas populares, el ciudadano, que en la elección de los miembros del Parlamento ha votado como candidato de un partido y por un programa de partido, se encuentra llamado a votar en el curso de la legislatura sobre cuestiones determinadas y emite su sufragio teniendo en cuenta más sus opiniones personales que las consignas de los partidos; en este sentido las decisiones adoptadas tras una votación popular expresan la voluntad general de una manera más adecuada y más efectiva que las emitidas por las asambleas parlamentarias, en el seno de las cuales es habitual que los miembros de los diferentes partidos obedezcan en sus votos menos a sus convicciones libremente razonadas que a la táctica del grupo al que pertenecen.

Este perfil positivo del referéndum ha sido sobradamente señalado para que sea necesario insistir más en él. Pero lo que no ha sido dicho suficientemente es que el funcionamiento de nuestro régimen parlamentario está en el momento actual determinado por dos corrientes ideológicas diferentes, apenas conciliables entre sí. De una parte, la potestad absoluta del Parlamento continúa estando fundada sobre el concepto revolucionario que pretende ver en las decisiones parlamentarias la representación y la manifestación de la voluntad general. Pero, de otra, se constata que a este primer concepto ha venido a añadirse, desde la época en la que comenzaron a penetrar entre nosotros las prácticas parlamentarias de Inglaterra, una segunda tendencia que consiste en hacer funcionar el régimen parlamentario sobre la base de la oposición entre partidos enfrentados. Hay en esta amalgama algo de incoherente y contradictorio. ¿Cómo podríamos admitir que la potestad soberana, considerada inherente a la voluntad general, se encuentre contenida en una voluntad parlamentaria que no es sino la voluntad de un partido, del partido que detenta la mayoría? Si la voluntad general se ve sustituida en el Parlamento por una voluntad de partido, es necesario concluir que los poderes del Parlamento están sometidos a serias limitaciones. La idea de soberanía de la voluntad general no deja de suscitar objeciones más o menos graves: pero la idea de soberanía de la voluntad del partido actualmente imperante presenta un carácter opresivo que la convierte sencillamente en intolerable.

Sobre este punto, es necesario convenir que el concepto de nuestras constituciones revolucionarias se sostenía bastante mejor que el que se desprende de la amalgama a la que acabamos de referirnos. Sin duda, y por último, la sedicente expresión de la voluntad general se reducía a la expresión de la voluntad de la mayoría de los diputados. Pero al menos la Constitución especificaba que estos diputados debían actuar, no como representantes de los grupos, sino como “representantes de toda la nación”, esto es, de la comunidad unida de nacionales únicamente considerados en tanto que ciudadanos. Se señalaba que las decisiones de la asamblea parlamentaria deben ser inspiradas por el espíritu nacional y no por el espíritu de partido. Es posible que pensemos en lo ilusorio de las ideas de los fundadores de nuestro derecho público, pero no les podemos negar que, partiendo de esta ilusión, tenían a la lógica de su lado cuando afirmaban el carácter absoluto del poder parlamentario. Por el contrario, la justificación que daban a este absolutismo resulta fuertemente contestada, en la medida en que la evolución ulterior del parlamentarismo francés lo ha transformado en un régimen en el que prevalece la política partidista. El predominio que ha alcanzado esta política sólo es aceptable con la condición de que encuentre su corrección en la institución de las apelaciones al Pueblo. Así las cosas, la voluntad manifestada por la mayoría del cuerpo electoral, aunque obedezca al espíritu de par-

tido, se presenta, por lo menos, como voluntad popular; y, de este modo, la idea de voluntad partidista es, de alguna manera, disimulada tras la de la voluntad general, ya que en una consulta popular de este tipo, es el Pueblo considerado en su totalidad el que es llamado a pronunciarse. Así es ya en Inglaterra, merced a la práctica de las disoluciones frecuentes que abocan a unas elecciones generales que adquieren por su frecuencia un significado y un contenido comparables a las de las votaciones que se celebran tras la solicitud de un referéndum. A mayor abundamiento, la combinación del referéndum propiamente dicho con el parlamentarismo tendría como efecto, en un país como el nuestro, poner por encima de los partidos que se reparten las asambleas electivas al Pueblo decidiendo en su conjunto y al margen de sus vinculaciones con grupos. Y así reestableceríamos en sus derechos esenciales esta voluntad general, sobre cuya primacía encontró su fundamento originario el sistema del parlamentarismo francés.

Resumen:

Este artículo analiza las relaciones entre el referéndum y el régimen parlamentario en el contexto de la III República francesa. Pese al poder absoluto atribuido al Parlamento francés, el autor estima que el referéndum y el parlamentarismo no solo no son inconciliables entre sí sino que hay una relación inmediata e ineludible entre ellos. Concretamente estima que el referéndum es una institución esencial para asegurar el predominio de la voluntad popular.

Palabras Clave: Constitución francesa, III República, referéndum, parlamentarismo, Parlamento, Pueblo, Voluntad General.

Abstract:

This article analyzes the relationships between the referendum and the parliamentary system in the context of the Third French Republic. In spite of the absolute power conferred to the French Parliament, the author believes that the referendum and the parliamentary system are not mutually irreconcilable. Instead there is between both an immediate and inevitable relationship. Specifically he considers that the referendum is an essential institution to ensure the prevalence of the popular sovereignty

Keywords: French constitution, Third French Republic, referendum, parliamentary system, Parliament, People, popular sovereignty.

Jurisprudencia

¿LA BOTELLA MEDIO LLENA O MEDIO VACÍA? LA PRISIÓN PERMANENTE: EL MODELO VIGENTE Y LA PROPUESTA DE REFORMA

JUAN LUIS FUENTES OSORIO*

SUMARIO

1. Prisión perpetua y prisión perpetua revisable.
2. Como no tiene nombre, no existe: El modelo vigente de prisión perpetua.
3. Que no sea menos que lo que hay: La prisión permanente revisable.
4. ¿La botella medio llena...?: Constitucionalidad de la prisión permanente.
5. ¿La botella medio vacía? ¿Qué dudas concretas arroja la prisión permanente revisable proyectada?

El Proyecto de Reforma del CP 2013¹ presenta como una de sus principales medidas la prisión permanente revisable². Su aparición plantea dos cuestiones inevitables: ¿El sistema punitivo español requiere la incorporación de la pena más severa disponible después de la de muerte? ¿Su introducción es compatible con la Constitución?

(1) La exposición de motivos recoge las razones que justifican por qué se necesita esta sanción:

* Prof. Contratado doctor (Titular acreditado). Área de Derecho Penal. Universidad de Jaén.

1 http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF, PCP a partir de ahora.

2 El término permanente se debe interpretar como “perpetua”, véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal*, 2013, p. 39. “Se nos habla de prisión permanente para no utilizar la denominación tradicional que se ha aplicado en el derecho penal español a la privación de libertad que se prolonga toda la duración de la vida del condenado, la cadena perpetua”, C. SÁEZ RODRÍGUEZ, “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, en *Indret*, 2/2013, p. 7 y s. “La “prisión permanente revisable” no es más que un eufemismo de cadena perpetua”, M. GARCÍA ARÁN; D. LÓPEZ GARRIDO, “Contra la crisis, más cárcel”, en *El País*, Opinión, 17/10/2012, http://elpais.com/elpais/2012/09/19/opinion/1348069618_222012.html.

Para fortalecer la confianza de la sociedad en la Administración de Justicia, esta debe poder imponer sanciones justas³.

Para lograr este objetivo necesita tener a su disposición en el elenco de sanciones una pena indeterminada (permanente) para casos muy graves⁴.

(2) Su constitucionalidad se argumenta mediante la conversión en una pena potencialmente no perpetua: es revisable tras cumplirse un determinado periodo de seguridad. Esta posibilidad humaniza la pena al dar una esperanza al recluso y la hace compatible con el principio de resocialización porque la concesión de un permiso de salida, el tercer grado o la suspensión de la pena dependerá de la evolución del sujeto⁵.

En este artículo voy a poner en cuestión estas dos afirmaciones:

(i) En el sistema punitivo español existen sanciones de suficiente intensidad para satisfacer las exigencias de justicia de la sociedad.

(ii) La constitucionalidad de una pena privativa de libertad (cualquiera) no debe argumentarse en función del período mínimo de cumplimiento en prisión sino sobre la base de su posible duración máxima efectiva.

(iii) La falta de un límite máximo indetermina y deshumaniza la pena.

3 “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”, PCP, p. 2.

4 “(...) que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad -asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad- en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente)”, PCP, p. 2. Aspecto que coincide con lo que indica el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) que en su art. 77 admite “La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

5 “(...) la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos (...) Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión. (...) La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”, PCP, p. 2 y s.

(iv) La fijación de un periodo mínimo de cumplimiento muy elevado es difícilmente compatible con la idea de resocialización: las penas de larga duración tienen efectos muy graves en la personalidad del recluso; la concesión de beneficios penitenciarios depende de un requisito objetivo independiente de la voluntad del recluso; impide la aplicación de mecanismos de incorporación progresiva del recluso a la sociedad durante ese periodo.

(v) Estas últimas críticas son aplicables al sistema punitivo actualmente vigente.

Estas argumentaciones me gustaría discutirlas mirando atentamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de los tribunales de nuestro entorno. En aras a facilitar la lectura, las anotaciones jurisprudenciales, salvo excepción, acompañarán al texto en forma de nota.

1. PRISIÓN PERPETUA Y PRISIÓN PERPETUA REVISABLE

(1) La prisión perpetua se entiende como la privación indefinida de libertad, hasta la muerte del recluso, sin que exista posibilidad alguna de liberación total o parcial previa. El TEDH admite la posibilidad de imponer estas sanciones.

Así, la sentencia TEDH 9/7/2013 Vinter y otros c. RU reconoce que un Estado puede establecer una pena perpetua. Y ello porque “en primer lugar, los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos y, en segundo lugar, porque el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad”⁶.

Ahora bien, existe el acuerdo de que esta forma de privación de libertad es absolutamente incompatible con el principio de resocialización y que representa una pena inhumana (contraria al art. 3 CEDH) si no se da al recluso un horizonte de liberación⁷.

(2) Los países que tienen una pena de prisión perpetua⁸ para soslayar esta crítica se ven obligados a establecer mecanismos concretos de revisión periódica

6 Véase en el mismo sentido STEDH 10/12/2013 Murray c. Países Bajos.

7 Véase por ejemplo SSTEDH 11/4/2006 Léger c. Francia; 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU; 10/12/2013 Murray c. Países Bajos.

8 Una visión global de los sistemas punitivos en Europa, la presencia de la prisión perpetua y los límites máximos y mínimos de cumplimiento en E. JENSEN; S. BROWNING; C. WAID, “Life imprisonment as a Penal Policy”, en *Revista internacional de los estudios vascos, RIEV*, vol. 55, n. 1, 2010, pp. 116 y ss.

que permiten tener en cuenta la evolución de la personalidad del recluso: por ejemplo, mediante el acceso a regímenes de semilibertad, la concesión de la suspensión condicional de la condena o la libertad condicional.

El TEDH lo expone de la siguiente forma: cuando se haya cumplido el elemento de castigo de la condena el recluso sólo podrá seguir siendo privado de libertad en función de su peligrosidad (art. 3 CEDH)⁹. Como la circunstancia de la peligrosidad es cambiante es necesario que exista la posibilidad de que se revise para comprobar si se ha reducido, y que ya no fuera necesario mantener al sujeto en prisión¹⁰. Estos instrumentos de revisión deben estar sometidos a requisitos y plazos concretos, con un proceso predeterminado¹¹. Se consideran, por tanto, inadecuados mecanismos sometidos a dosis de arbitrariedad e indeterminación, como la gracia o el indulto, que no cumplen estas exigencias¹².

Ejemplos de ello los tenemos en Francia (“Reclusión o detención criminal a perpetuidad”, revisable a los 18 años, aunque este plazo se puede incrementar hasta los 22 años –art. 132-23 CPF), Italia (“Ergastolo”, revisable a los 26 años– art. 176.3 CPI)¹³ y Alemania (lebenslange Freiheitstrafe revisable a los 15 años –§ 57 StGB–)¹⁴.

El legislador español consciente de los problemas de constitucionalidad (y de cumplimiento del art. 3 CEDH) que podría tener la prisión perpetua al incorporarse al sistema punitivo en el ámbito nacional ha decidido desde un primer momento prever que esta sanción sea revisable.

9 Véase SSTEDH 28/5/2002 Stafford c. RU; 11/4/2006 Léger c. Francia; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU; 18/9/2012 James, Well y Lee c. RU; 10/12/2013 Murray c. Países Bajos. Véase también BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76).

10 Véase SSTEDH 21/2/1996 Hussain c. RU; 28/5/2002 Stafford c. RU; 10/12/2002 Waite c. RU; 16/10/2003 Wynne c. RU; 27/4/2004 Hill c. RU.

11 Véase por ejemplo SSTEDH 21/2/1996 Hussain c. RU, 28/5/2002 Stafford c. RU.; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU.

12 Así por ejemplo la STEDH 9/7/2013 Vinter y otros c. RU considera que el RU infringe el art. 3 CEDH al no prever un mecanismo de revisión concreto. La existencia de gracia por motivos humanitarios no es suficiente.

13 La SCCI 204/1974 exigió una revisión para que fuera constitucional. Dejó de ser una gracia concedida por el Ministro de Justicia: en febrero de 1975 se trasfirió a un órgano jurisdiccional la competencia de conceder y revocar la libertad condicional, véase S. SARTARELLI, “La Corte Costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo: una *contradictio in terminis* ancora irrisolta (in particolare, riflessione sulla sentenza n. 161/97)”, en *Casazione Penale*, 4/2001, p. 1360; V. MUSACCHIO, “Nuove proposte nella disciplina dell’ergastolo”, en *La Giustizia Penale*, 2007, p. 54.

14 También se introdujo la revisión porque el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE) en una sentencia del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) consideró insuficiente el indulto.

2. COMO NO TIENE NOMBRE, NO EXISTE: EL MODELO VIGENTE DE PRISIÓN PERPETUA

2.1. ¿El sistema punitivo español requiere la prisión perpetua?

(1) No parece que la situación criminológica lo demande¹⁵. España es un país seguro¹⁶. La tasa de criminalidad es inferior a la de otros países y no se ha producido un incremento de la misma en los últimos años. Los datos criminológicos revelan, al contrario, que ha tenido lugar un continuo descenso.

Tabla I. Tasa criminalidad 2013-Comparativa países

Tasa criminalidad 2013	País
146.7‰	Suecia
96.9‰	Bélgica
85.1‰	Dinamarca
80.7‰	Finlandia
73.8‰	Reino Unido
72.5‰	Alemania
72.0‰	Países Bajos
64.0‰	Austria
60.8‰	Luxemburgo
54.7‰	Francia
46.1‰	España
43.4‰	Italia
39.7‰	Portugal
29.5‰	Grecia

Fuente: Eurostat

15 Véase críticamente B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, “La extensión de la pena privativa de libertad como reacción punitiva”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 27, 2009, p. 116; C. JUANATEY DORADO, “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *ADPCP*, n. LXV, 2012, p. 130 y s.; ídem, “Una “moderna barbarie”: la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Penal*, 20, 2013, p. 6 y s.

Una justificación al respecto no aparece en la exposición de motivos del anteproyecto, ausencia que critica el Informe CGPJ, op. cit., p. 43. Véase críticamente en el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 358/2013, séptimo (E).

16 Tal y como expresamente reconoce el Ministerio del Interior. Véase Balance del Ministerio del Interior 2013 (BMI), http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/balance_2013_criminalidad.pdf/562cc539-4a36-470f-8976-7dd305483e5b

Tabla II. Tasa criminalidad/infracciones penales (España-2008-13)

	Tasa criminalidad	Infracciones penales
2013	46.1‰	2.172.133
2012	48.0‰	2.268.867
2011	48.4‰	2.285.525
2010	48.9‰	2.297.484
2009	50.0‰	2.339.203
2008	51.9‰	2.396.890

Fuente: Ministerio del interior¹⁷

También respecto a los delitos más graves, como por ejemplo los homicidios/asesinatos (consumados), España presenta una de las tasas más bajas de toda Europa (0,6 en el 2013¹⁸). Incluso cuando comparamos los datos del 2010, en los que tasa era superior (0,85), nos situamos en la parte inferior de la tabla¹⁹.

Tabla III. Tasa homicidios/asesinatos 2010-Comparativa países

Tasa criminalidad	País
2.1	Finlandia
1.7	Bélgica
1.6	Luxemburgo
1.6	Grecia
1,3	Irlanda
1.2	Reino Unido
1.2	Portugal
1,1	Dinamarca
1.0	Francia
1.0	Suecia
0.9	Países Bajos
0.9	Italia
0.8	España
0.8	Alemania
0.7	Austria

Fuente: Ministerio del Interior²⁰

17 Balance del Ministerio del Interior 2013, http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/balance_2013_criminalidad.pdf/562cc539-4a36-470f-8976-7dd305483e5b.

18 En total: 302 homicidios/asesinatos consumados. Del mismo modo B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, op. cit., n. 7, indican que los delitos contra la libertad sexual en el periodo 2000-2007 no superaron el 1% de la totalidad de los delitos y, además, tuvieron una tendencia decreciente.

19 Véase también en este sentido Informe CGPJ, op. cit., p. 44.

20 Tasa de homicidios por cien mil habitantes. Vid balances del Ministerio del Interior 2013, (http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/balance_2013_criminalidad.pdf/562cc539-4a36-470f-8976-7dd305483e5b-

Así mismo, en los últimos años se ha producido un importante descenso de la actividad terrorista como consecuencia del abandono de la lucha armada por ETA²¹ (el último atentado mortal tuvo lugar en marzo del 2010²²).

A la vista de los datos criminológicos no parece necesaria una prisión perpetua para enfrentarse a la criminalidad mediante un importante mecanismo intimidador²³.

(2) No obstante, el legislador actual ha propuesto el establecimiento de la prisión permanente para supuestos muy graves²⁴. Es una medida que pretende actuar sobre los clímas de opinión: busca incrementar la confianza en la Administración de Justicia mediante una sanción que satisface demandas sociales de justicia y de protección de la comunidad frente a sujetos peligrosos. Se persiguen con ello objetivos retributivos (sanción merecida por la gravedad del hecho realizado, vinculación con las víctimas apoyadas por la opinión pública²⁵, idea de justicia como venganza²⁶), preventivo- generales positivos (mantenimiento de la fe del ciudadano en el Estado y, en concreto, en el sistema judicial)²⁷ y preventivo-especiales negativos (defensismo social e inocuización²⁸).

¿Existen estas demandas sociales? Los últimos barómetros del CIS sitúan a los ítems “Inseguridad ciudadana” y “Administración de Justicia” en una posición muy baja. Ampliamente superados por el paro o los problemas económicos, la corrupción o los políticos, etc.

4a36-470f-8976-7dd305483e5b) y 2011 (<http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209011/Balance+de+Criminalidad+2011.pdf/f5945060-0cf1-4e0e-9a69-f2953d2c70d4>)

21 Véase el Informe CGPJ, op. cit., p. 44. J. M. TERRADILLOS BASOCO, “La reforma española de 2012. Líneas maestras”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n. 78, 2012, p. 18 insiste en lo inadecuado que sería esta respuesta ante la situación actual del terrorismo de ETA.

22 El jefe de Brigada de la Policía Nacional Francesa, Jean Serge Nerin, véase <http://www.elpais.com/especial/eta/victimas.html>

23 Así D. SERRANO TÁRRAGA, “La prisión perpetua revisable”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2012, p. 174; J. Ríos MARTÍN, *La prisión perpetua en España*, Donostia, 2013, p. 85 y ss.

24 Véase supra, n. 2.

25 Lo que demanda L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, en *El País*, Opinión, 17/11/2000, http://elpais.com/diario/2000/11/17/opinion/974415614_850215.html.

26 Persigue restablecer el sentimiento global de justicia y confirmar la gravedad del dolor y la pérdida sufrida por la víctima. Esta expiación únicamente se puede lograr mediante la imposición de penas graves que se cumplan de forma severa.

27 Véase L. RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit. Sobre el papel de la prevención general positiva y la retribución en el debate sobre el mantenimiento del «ergastolo» véase V. MUSACCHIO, op. cit., p. 56 (autor que se manifiesta a favor de su supresión porque atenta contra el art. 27 CI –penas humanas y orientadas a la reeducación–).

28 Garantizar que la sociedad será protegida frente a delincuentes peligrosos que, salvo que se demuestre lo contrario, permanecerán alejados de ella para siempre.

Tabla IV. Valoración principales problemas²⁹

	Principal problema de España	Problema que más le afecta personalmente
El paro	81.1	50.7
La inseguridad ciudadana	2.3	1.6
El terrorismo, ETA	1.2	0.3
La sanidad	10.8	12.0
La vivienda	1.6	2.0
Los problemas de índole económica	28.3	28.8
Los problemas relacionados con la calidad del empleo	2.3	5.7
La corrupción y el fraude	44.2	14.2
Los/as políticos/as en general, los partidos y la política	24.2	9.6
La Administración de Justicia	3.0	1.1
Los problemas de índole social	8.4	5.3
La violencia contra la mujer	0.4	0.1
La crisis de valores	2.8	1.7
La educación	8.6	9.3
El Gobierno y partidos o políticos/as concretos	3.2	0.8
“Los recortes”	4.1	5.0
Los bancos	2.4	1.0

Fuente: CIS³⁰

Sí hay, en cambio, una percepción de la benevolencia del castigo. Según la Encuesta Social Europea (ESE)³¹ en España el 76,5% considera que las sanciones penales deberían ser más severas³². Aunque se aprecia en relación con otras ediciones del ESE una tendencia descendente³³. Ahora bien, esta percepción no va acompañada de una generalizada actitud punitiva: no se solicita de manera predominante el uso de

29 No se incluyen todos los ítems.

30 http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3000_3019/3013/es-3013mar.pdf

31 5.^a edición, realizada entre el 2010 y 2011 en 28 países europeos.

32 A la afirmación “Quienes incumplen la ley deberían recibir condenas mucho más duras de las que se imponen actualmente” el 25,6% respondieron “muy de acuerdo” y el 50,9% “de acuerdo”. Véase D. VARONA GÓMEZ, “Percepción y elección del castigo en España: resultados a partir de la encuesta social europea (5. Ed.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 111, 2013, p. 151.

33 85,2% en la 4.^a edición (2008-2009), véase D. VARONA GÓMEZ, op. cit., p. 151 y s.

la prisión³⁴ y cuando se pide no se muestra severidad³⁵. En este contexto la prisión permanente es un instrumento de acción simbólica que da respuesta a una percepción mayoritaria de benevolencia (demuestra la capacidad de reacción del legislador y su voluntad de no hacer concesiones a los delincuentes) que, además, satisface las actitudes punitivas más severas, propias de un sector más reducido de la población (más comunes en sujetos con ideologías autoritarias; que han sido víctimas de delitos y presentan miedo al delito; o que están preocupados por la cohesión social y el respeto de los valores³⁶), pero que se identifica con el espectro electoral concreto del legislador.

2.2. El actual modelo específico de prisión perpetua

Se afirma que el sistema punitivo español es poco severo. No es cierto³⁷. España dispone, incluso, de un modelo propio de prisión perpetua. No tiene un carácter expreso, pero se puede acceder a él mediante cinco mecanismos:

- (i) Imposición de penas privativas de libertad de larga duración (hasta 30 años).
- (ii) Agravación de las penas privativas de libertad. Se puede ascender en grados hasta 30 años (art. 70 CP).
- (iii) Ampliaciones en el límite de la condena máxima cuando se hayan cometido varios delitos (hasta los 25, 30 y 40 años, art. 76 CP).
- (iv) Cumplimiento efectivo de las condenas de larga duración mediante la desactivación de los beneficios penitenciarios (art. 78 CP).

34 Así D. VARONA GÓMEZ (op. cit., p. 165) señala que en España hay un apoyo creciente al Trabajo en Beneficio de la Comunidad (fue la pena elegida por un 65,1% de los encuestados para un robo en vivienda por reincidente, Encuesta Nacional de Victimización - ODA 2009), mientras que es bajo y estable para la prisión (un 21,7% ODA 2009). Autor que recoge resultados semejantes de otras encuestas y cuestiona el aumento de la solicitud que se produce en la última edición del ESE (61,9% a favor de la prisión), que achaca a una mala traducción de los ítems al español (véase D. VARONA GÓMEZ, op. cit., p. 166 y ss.)

35 Así en la ESE (2010-2011) sólo un 3% pedían para un caso de robo casa por reincidente una pena superior a 10 años. D. VARONA GÓMEZ (op. cit., p. 169) indica que sólo el 20% solicita una pena igual o superior a la que actualmente se le impone (alrededor de los tres años).

36 Véase al respecto el estudio de D. VARONA GÓMEZ, op. cit., p. 178 y ss., que sostiene que estos aspectos influyen en la probabilidad de tener una actitud punitiva severa.

37 Sobre el endurecimiento punitivo que representa el CP 1995 véase críticamente GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC), *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución y a las medidas, cautelares personales*, Málaga, 2005, p. 12 y ss. Analiza la severidad del sistema español en comparación con el de otros países J. M. TAMARIT SUMALLA, “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo”, en *RECPG*, 09-06, 2007, p. 18 y ss. Autor que destaca, p.e., el desmesurado uso de la pena privativa de libertad que se realiza en España en perjuicio de otras penas privativas de derechos, op. cit., p. 40.

(v) Ausencia de un límite a la condena cuando los hechos delictivos cometidos no se consideran conexos (art. 76 CP).

2.2.a) *Penas de larga duración, reglas especiales del concurso real y la desactivación de los beneficios penitenciarios*

(1) El sistema de consecuencias jurídicas penales vigente en España no preve la posibilidad de aplicar la prisión perpetua como pena aislada. El Código Penal establece como regla general que la pena de prisión tendrá una duración máxima de 20 años (art. 36 CP). No obstante, hay penas de prisión que pueden llegar directamente hasta los 25 (arts. 140, 473.1, 485.1 y 3, 605.1 CP³⁸) e incluso los 30 años (arts. 473.2, 485.3, 572.2.1, 605.1 CP). Del mismo modo, se puede superar este límite indirectamente: a través del incremento de la pena en grados (por la concurrencia de circunstancias agravantes) es posible alcanzar los 30 años de prisión (art. 70.3 CP)³⁹.

(2) En el caso de comisión de una serie de delitos (en una relación de concurso real) se establece un sistema de acumulación jurídica limitada. La suma de todas las penas conduciría a condenas que por su cuantía serían auténticas cadenas perpetuas o penas imaginarias (en cuanto imposibles de cumplir)⁴⁰, se fijan por ello, según el art. 76 CP, dos límites:

(i) Uno variable o relativo: la condena no podrá exceder del triple del tiempo de la pena más grave.

(ii) Uno fijo o absoluto: un máximo de 20 años.

Sin embargo, hay excepciones a estos límites que nos permiten llegar hasta los 25 y 30 años como en el caso anterior, e incluso a los 40 años (art. 76.1.a-d CP).

– 25 años: cuando se hayan cometido dos o más delitos y alguno de ellos tenga una pena de hasta 20 años.

– 30 años: cuando se hayan cometido dos o más delitos y alguno de ellos tenga una pena superior a 20 años.

38 Que se amplía con la nueva redacción del art. 166 PCP (de veinte a veinticinco años de prisión).

39 La técnica de subir o bajar grados se utiliza para crear marcos punitivos agravados o atenuados respecto al original de partida. Para determinar la pena superior en grado se toma la cifra máxima prevista para el delito que se quiere agravar que será el límite mínimo del nuevo marco penal. El nuevo límite máximo se forma sumando la mitad del nuevo límite mínimo. Así, para una pena de 5 a 10 años el grado superior sería de 10 a 15 años (art. 70.1.1 CP).

40 Véase A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 28.

– 40 años: cuando se hayan cometido dos o más delitos y al menos dos de ellos tengan una pena superior a 20. Cuando se sea responsable por delitos de terrorismo y alguno este sancionado con una pena superior a 20 años.

(3) El art. 72 LOGP establece que el modelo de cumplimiento de pena privativa de libertad vigente en España se corresponde con un sistema de individualización científica que estructura el cumplimiento de la pena privativa de libertad en cuatro grados⁴¹. Esta modalidad supone la superación del rígido sistema progresivo clásico a través de la reducción del número y relevancia de los requisitos objetivos y la concentración en las circunstancias personales para precisar un programa individual de tratamiento, determinando así su clasificación inicial en un grado, su paso a otro superior o inferior y su destino al tipo de establecimiento más adecuado al grado previsto. Con este modelo el interno no tiene que pasar obligatoriamente por cada grado (como sucedía con el sistema progresivo clásico): se puede acceder en la clasificación inicial a cualquier grado salvo al de libertad condicional (art. 72.3 LOGP). Ahora bien, aunque han desaparecido los plazos mínimos de permanencia en cada grado se mantienen límites temporales, puramente objetivos, para acceder a los beneficios penitenciarios⁴². Su objetivo es garantizar un periodo mínimo de estancia en prisión con independencia de la evolución del recluso. Se debe cumplir un $\frac{1}{4}$ de la condena para poder solicitar un permiso de salida (arts. 47.2 LOGP, 154.1 RP), un $\frac{1}{2}$ cuando haya cometido una pena superior a 5 años (art. 36.2 CP) para alcanzar el tercer grado⁴³, $\frac{3}{4}$ para acceder a

41 Sistema de grados penitenciarios que no se debe confundir con la técnica de agravación o atenuación de la pena subiendo o bajando grados. Los primeros se conectan con el régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad y se organizan en primer grado (régimen cerrado), segundo grado (régimen ordinario), tercer grado, (régimen abierto), cuarto grado (libertad condicional).

42 Los beneficios penitenciarios se refieren a los instrumentos que permiten al recluso que está en prisión alcanzar la libertad antes de que haya transcurrido la totalidad de la condena/ pena impuesta. Ello se consigue mediante el acortamiento de la duración de la condena/ pena (lo que, en un sentido estricto, en la actualidad sólo se produce mediante el indulto) y a través de la reducción del periodo de cumplimiento efectivo en prisión. Sobre este último aspecto incide la libertad condicional y, en menor medida, el tercer grado y los permisos de salida, que no producen una reducción de la pena sino que afectan a las condiciones de su ejecución, al modo de su cumplimiento.

43 Su imposición es una decisión potestativa del Juez Sentenciador (JS) que podrá revocar el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP), salvo en los casos descritos en el art. 36.2 a-d (delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del art. 183 CP; delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II, cuando la víctima sea menor de trece años), en los que su imposición y cumplimiento será obligado e irrevocable.

la libertad condicional (art 90 CP)⁴⁴. Ello supone, por ejemplo, que un sujeto con una condena máxima de 32 años no podrá solicitar el tercer grado hasta los 16 años y la libertad condicional hasta los 24 años.

(4) Este sistema se endurece todavía más cuando se utiliza el art. 78 CP.

Este artículo indica que si al aplicar los límites del art. 76 CP la condena máxima resultante es inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas, el Juez Sentenciador (JS) podrá decidir vincular los períodos de obligados cumplimiento de los beneficios penitenciarios a la suma total de las penas y no de la condena (art. 78 CP)⁴⁵. Dicho de otro modo, el legislador ha previsto un mecanismo para desactivar los beneficios penitenciarios sin eliminarlos de forma expresa: indica que un sujeto que tiene una condena máxima de 40 años y una suma de penas de 90 años, por ejemplo, podrá acceder al tercer grado cuando cumpla 45 años y a la libertad condicional a los 67 años y medio. Es evidente que saldrá mucho antes por el límite máximo de condena. Si acaso podrá disponer de un permiso de salida a los 22 años y medio (!) Nos dice, no obstante, que siempre se puede revisar esta situación en función de la evolución del recluso. ¿A qué nos recuerda esto?

El espíritu de este sistema de cumplimiento efectivo se quiso imponer a los reclusos que estaban cumpliendo condenas respecto al CP 1973 al cambiar, mediante la llamada “doctrina Parot”, el criterio de cómputo de la reducción de la pena de prisión por trabajos⁴⁶. Modificación que la STEDH 21/10/2013 Río Prada c. España consideró que suponía una infracción del principio de legalidad (art. 7 CEDH)⁴⁷.

44 Excepcionalmente 2/3 de la condena (cumplimiento continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales) o ½ (adelantamiento de la libertad condicional respecto a dichos 2/3, a partir de la mitad del cumplimiento, de un máximo de 90 días por año de cumplimiento efectivo de condena). No es aplicable a los miembros de bandas armadas u organizaciones criminales. Véase arts. 91 CP, 205 RP.

45 Cuando la restricción se encuentre dentro de los límites del art. 76a, b, c, y d CP el JS tendrá la obligación de aplicar la regla del art. 78 CP. El JVP podrá volver al sistema anterior (para lo que tendrá en cuenta el pronóstico favorable de reinserción, las circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador). Para los delitos de terrorismo el JVP podrá regresar al régimen general (en función de los criterios indicados) y tener por referencia la condena máxima, pero sólo se podrá pasar a tercer grado cuando falte un 1/5 de la condena máxima y a la libertad condicional cuando falte un 1/8 de la condena máxima.

46 Véase M. A. CANO PAÑOS, *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*, Madrid, 2012, p. 86 y ss.

47 El CP de 1973 establecía una condena máxima de 30 años (art. 70 CP) y prevéa (art. 100 CP) la reducción de la pena de prisión por trabajos (1 día de pena por 2 días de trabajo). El CP de 1995 no recogió esta posibilidad. No obstante, en virtud del principio de legalidad se podía seguir aplicando a los autores de delitos cometidos antes de su entrada en vigor (24.05.1996). Años más tarde llegó el momento de liberar a los

(5) En suma, existe la posibilidad de imponer penas concretas y, sobre todo, condenas de larga duración muy superiores a los 20 años. A los efectos del periodo de tiempo de privación libertad se parecen mucho a la prisión perpetua.

(a) En primer lugar porque en función del sujeto (edad, salud) se puede presuponer en el momento de su imposición que es muy probable que se extiendan hasta su muerte. Por ejemplo, una pena de 25 o 30 años a partir de los 45 años en numerosas ocasiones no llegará a cumplirse en su totalidad (por la muerte, grave enfermedad o por alcanzar los 70 años el recluso)⁴⁸.

presos que habían cumplido sus penas. Estas eran inferiores a los 30 años de condena máxima al descontar los días abonados por el trabajo efectuado. Rondaban los 20 años. Era inaceptable (especialmente en los casos de terrorismo). Había que construir una interpretación que garantizara el cumplimiento íntegro. Con este fin surgió la “doctrina Parot” (STS 197/2006 de 28 de febrero): este beneficio no se debe descontar de la condena máxima (que no es una nueva pena como se mantenía hasta ese momento) sino que se tiene que aplicar de manera sucesiva a cada una de las penas impuestas. Con un ejemplo: un sujeto ha sido condenado a 100 años que se dividen en 5 penas de 20 años. Queremos restar 8 años por trabajo. Según la doctrina Parot esta reducción se realizaría sobre la primera pena, que quedaría satisfecha a los 12 años. Se pasaría a cumplir la siguiente pena de 20 años y así sucesivamente hasta que el recluso saliera libre a los 30 años.

El TC en numerosas sentencias indicó que no había infracción del principio de legalidad: no hay una imposición de una pena superior a la legalmente prevista, es una cuestión de ejecución de la pena y de cambio en la interpretación de la normativa aplicable (arts. 70.2 y 100 CP 1973) que asume el criterio de cómputo del art. 78 CP (véase p.e. STC 39/2012).

La STEDH 21/10/2013 Río Prada c. España, sostuvo, en cambio, que la nueva forma de cálculo priva de efecto útil a las reducciones de pena a las que la demandante tenía derecho. “(...) la aplicación en este caso concreto de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo derivadas de la “doctrina Parot” no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante – como afirma el Gobierno. En efecto, esta medida dictada por el juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta”. Se vulnera así el principio de legalidad recogido en el art. 7 CEDH.

48 Véase GEPC, op. cit., p. 30; A. CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, 2011, p. 23, 37 y s.; J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 38. Lo expone con total claridad J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, “Los límites a las penas máximas”, en *El País*, Opinión, 12.11.2013, http://elpais.com/elpais/2013/11/11/opinion/1384190081_368854.html: “Si partimos, en trazos gruesos, de una esperanza de vida en torno a 80 años, y descartamos los primeros 20 años de vida por ser época de maduración personal, y los últimos 10 años de vida por ser ya bastante carga sobrevivir en condiciones mínimamente aceptables, nos quedan, en el mejor de los casos, 50 años. Ello suponiendo que el que ha cometido ese delito execrable es condenado a la temprana edad de 20 años, algo infrecuente. Ese intervalo de 50 años correspondería con el tramo de vida en que cualquier ciudadano intenta, si es que puede, desarrollar su proyecto vital y durante el que ha de responder plenamente por lo que hace. Pues bien, mantener a una persona en prisión sin posibilidad de salir al exterior por períodos de más de 30 años es algo muy parecido a esa cadena perpetua que rechazamos (...”).

(b) En segundo lugar porque su combinación con las limitaciones objetivas (que no dependen de la evolución del recluso) de los beneficios penitenciarios determinan que el cumplimiento efectivo de pena sea superior al previsto en sistemas en los que rige una prisión perpetua revisable o que al menos se sitúe dentro de los modelos más severos⁴⁹. Así, por ejemplo, RÍOS MARTÍN indica que “a 1 de enero de 2007, existían 527 condenados a prisión perpetua en Francia; siendo el tiempo medio de cumplimiento 23 años. El número de reclusos con más de 30 años de pena de prisión asciende a 20”⁵⁰.

Véase también V. MUSACCHIO, op. cit., n. 23, que indica que en Italia una condena a cárcel de 30 o 40 años equivale en realidad a una prisión perpetua; S. SARTARELLI, op. cit., p. 1370 hace un comentario parecido pero respecto a una pena de 25 a 30 años.

Se suele utilizar este mismo argumento (edad y salud de los reclusos) para indicar que las penas de larga duración, y sobre todo las perpetuas, infringen el principio de igualdad. El periodo de cumplimiento para sujetos que hayan realizado un mismo hecho será mayor para los jóvenes y para los que disponga de mayor fortaleza biológica (así L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5.ª edición, Madrid, 2001, p. 402; A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 88; T. GONZÁLEZ COLLANTES, “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, en *ReCrim*, 2013, p. 10; C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2012, p. 152; ídem, op. cit. 2013, p. 12; J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 162). Desde mi punto de vista ello sería una crítica aplicable a cualquier pena privativa de libertad y no exclusiva de las perpetuas o de larga duración (esa desigualdad también acontece, p.e., con sanciones de 5 o de 10 años).

49 Véase la tabla que elabora J. M. TAMARIT SUMALLA (op. cit., p. 14 y s.) sobre la aflictividad de las penas en 11 países europeos. Autor que señala que “la mayor parte de los países que tienen cadena perpetua pero no penas superiores a quince o veinte años de prisión no aplican aquella pena con más frecuencia que se imponen en España las penas de más de veinte años” (2007, p. 24). Véase también B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, op. cit., p. 124; M. GALLEGO DÍEZ, “El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, Tomo 260, n. 1329-1330, 2009, p. 58 y s.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, op. cit., p. 20; M. A. CANO PAÑOS, op. cit., p. 57 y ss., 110.

En concreto A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 22 sostiene que no denominar estos casos como prisión perpetua es un fraude de etiquetas. J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, en *Claves de Razón Práctica*, n.º 145, 2004, p. 34, 37 considera que la previsión del cumplimiento íntegro de una pena 40 años sin derecho a beneficios penitenciarios es una forma de cadena perpetua. J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “Jurisprudencia aplicada a la práctica: acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot)”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 29, 2006, p. 77 y s., sostiene que el art. 78 CP, en su redacción conforme a la LO 7/2003, es “un sucedáneo vergonzoso y vergonzante de una prisión perpetua”, a favor de la cual se postula, siempre que se establezcan mecanismos de suspensión, para enfrentarse a casos complejos como los del terrorismo o los psicópatas sexuales.

50 J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 60 (que además indica que el periodo más largo de estancia en prisión fue de 41 años: Lucien Lèger, liberado en 2005).

La peculiaridad de la prisión perpetua del actual modelo español (especialmente presente en la regla del art. 78 CP) consiste en que se construye de manera inversa al revisable puro. (i) El modelo de prisión perpetua revisable reconoce la existencia de ciertos beneficios penitenciarios y prevé su activación trascurridos unos plazos de cumplimiento mínimo. Ello hace que la pena potencialmente no sea perpetua. (ii) El modelo español vigente, en cambio, con el objetivo de producir los efectos de una prisión perpetua establece un plazo máximo de cumplimiento (muy elevado) y desactiva los beneficios penitenciarios al vincular sus períodos mínimos de cumplimiento con la suma de todas las penas impuestas: así no se pueden solicitar o esta posibilidad queda muy próxima a la duración de la condena máxima.

2.2.b) *Acumulación de condenas en supuestos no abarcados por el art. 76 CP*

Ahora bien, también existe una prisión perpetua en un sentido estricto: ello se produce cuando un sujeto realiza varias conductas delictivas y estas se acumulan sin someterse a los límites del art. 76 CP de modo que pueden alcanzar una cuantía de cumplimiento imposible.

El Código penal actual sólo establece la regla de la acumulación limitada para todos los delitos que se resuelven en un mismo proceso o para aquellos que hayan sido objeto de sanción en distintos procesos pero por hechos que dada su conexión o el momento de su comisión podrían haber sido juzgados de manera conjunta (arts. 17 y 300 LeCrm, art. 76.2 CP). Cuando se cumplan estos requisitos se establecerá una condena máxima sometida a los límites del concurso real. Se habla de refundición de condena⁵¹. Cuando no se puede realizar la refundición⁵² no se establece una condena máxima sino que persisten las penas individuales que hay que cumplir de manera sucesiva: se irán acumulando una tras otra sin límite. De este modo se consagra, de facto, un sistema de cadena perpetua⁵³. En este

51 A. SANZ MORÁN, op. cit., p. 105 y s. denomina a esta situación “concurso posterior”.

52 Delitos posteriores a una primera sentencia firme, delitos cometidos durante la condena: p.e. un sujeto que tiene una condena máxima de 25 años privación de libertad comete, durante el cumplimiento de dicha pena, un asesinato –15 a 20 años–.

53 Véase V. CERVELLÓ DONDERIS, “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 8, 2004, p. 8; J. NISTAL BURÓN, “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 68, 2010, p. 35; A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 20, 37; J. RíOS MARTÍN, op. cit., p. 23, 169 y ss., 188 (que define esta situación como “penas eternas”). Las SSTS 353/1998 de 14 marzo; 64/1999 de 27 enero indican que en estos casos la pena resultante puede ser equivalente a la cadena perpetua.

sentido, Ríos MARTÍN⁵⁴ nos informa de que en mayo del 2013 había 253 personas en esta situación, con penas que superaban los 40 años.

Ello se complementa con una limitación en el acceso a los beneficios penitenciarios que se medirán respecto a la totalidad de las condenas (art. 193.2 RP⁵⁵), de modo que en la práctica habrá numerosas ocasiones en que no pueda disfrutarlos⁵⁶.

La inconstitucionalidad de este sistema resulta evidente (por infracción de los principios de humanidad de las penas, de resocialización, de legalidad)⁵⁷. Por este motivo se ha sostenido que en tales situaciones hay que refundir las condenas⁵⁸ (aunque en un sentido temporal no pueda haber conexividad⁵⁹); hay que ajustar la pena mediante medidas como el indulto parcial⁶⁰ o el adelantamiento de la libertad condicional al momento en que se cumpla el límite máximo de tiempo marcado por el art. 76 CP⁶¹.

3. QUE NO SEA MENOS QUE LO QUE HAY: LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

(1) El actual sistema penal español contempla de facto la prisión perpetua. No obstante, nunca ha aparecido este término. Su ausencia impide generar los efectos deseados sobre la opinión pública. Pero, al mismo tiempo, al no recogerse de manera expresa como prisión perpetua parece que no tenga que someterse a tantas evaluaciones, especialmente respecto a su justificación constitucional.

(2) El proyecto incorpora la prisión permanente revisable como pena (individual y en concursos). Esta no viene a racionalizar la situación anterior sino a completarla. Consiste, de manera muy simple, en lo siguiente: se elimina el límite de pena y condena máxima, que queda indeterminado en un margen

54 J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 23, 88.

55 “Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad [que no hayan sido ya acumuladas], la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional”.

56 Véase A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 98.

57 Así J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 24, 170 y ss.

58 A favor véase SSTS 353/1998 de 14 marzo; 64/1999 de 27 enero.

59 Línea de interpretación dominante en la actualidad véase p.e. STS 13/2012 de 19 enero.

60 STS 35/2000 de 23 enero.

61 STS 35/2000 de 23 enero. J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 188 y ss. mantiene que se debe aplicar la regla del art. 78 CP en el sentido de que el JVP pueda decidir que el plazo de la libertad condicional no se mida respecto a la suma de las penas sino respecto a la condena máxima (la que le correspondería si se pudiera refundir la pena).

superior, y se establecen plazos de cumplimiento obligatorio a partir de los cuales se podrán solicitar beneficios penitenciarios. Su concesión depende de una serie de requisitos en los que predominan la evolución del sujeto (pronóstico de falta de peligrosidad), pero en los que también están presentes otros factores objetivos como son las circunstancias del delito (que responden más a una idea de alarma social).

(3) Los períodos mínimos de cumplimiento se determinan en relación con el sistema actual de penas individuales y límites máximos de condena y reglas del concurso real de delitos: se trata de que no sea menos de lo que hay.

Tabla V. Libertad condicional y tercer grado en la prisión permanente (plazos) en el PCP

	Régimen General	Extraordinario 1 Concursos (78 bis)	Extraordinario 2 Terrorismo	Extraordinario 3 Terrorismo concurso (78 bis)
<i>Mínimo de cumplimiento</i> TERCER GRADO	15 años (36.1)	18 ¹ , 20 ² , 22 ³ años	20 años (36.1)	24, 24, 32 años ⁴
<i>Mínimo de cumplimiento</i> SUSPENSIÓN CONDICIONAL	25 años (92.1)	25, 25 ⁵ , 30 ⁶ años	25 años (92.1)	28, 28, 35 años ⁷

Fuente: elaboración propia

¹ Art. 78 bis 1 a PCP: “cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años”.

² Art. 78 bis 1 b PCP: “cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años”.

³ Art. 78 bis 1 c PCP: “cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más”.

⁴ Art. 78 bis 3 PCP: “Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero”.

⁵ Art. 78 bis 2 a PCP: “en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior”.

⁶ Art. 78 bis 2 b PCP: “en el de la letra c) del apartado anterior”.

⁷ Art. 78 bis 3 PCP: “(...) la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero”.

Si se comparan estos plazos con los que actualmente existen en las condenas máximas del art. 76 CP⁶² para poder solicitar el acceso al tercer grado o a la libertad condicional se aprecia que van a coincidir o que son superiores.

Tabla VI. Libertad condicional y tercer grado en supuestos de concursos reales

	Régimen General para concursos reales	Extraordinario para concursos del. Terrorismo ¹
<i>Mínimo de cumplimiento TERCIER GRADO</i>	12 años y 6 meses; 15 años; 20 años ²	20; 24; 32 años ³
<i>Mínimo de cumplimiento LIBERTAD CONDICIONAL</i>	18 años y 9 meses; 22 años y 6 meses; 30 años ⁴	21 años y 10 meses y medio; 26 años y 3 meses; 35 años ⁵

Fuente: elaboración propia

¹ Cuando no se mide respecto a la suma total de penas.

² ½ (art. 36.2 CP) respecto a una condena máxima de 25, 30 y 40 años.

³ 4/5 (art. 78.3a CP) respecto a una condena máxima de 25, 30 y 40 años.

⁴ 3/4 (art. 90 CP) respecto a una condena máxima de 25, 30 y 40 años.

⁵ 7/8 (art. 78.3b CP) respecto a una condena máxima de 25, 30 y 40 años.

(4) las reglas del art. 76 y 78 CP se mantienen igual en el proyecto. Esta convivencia con el art. 78 CP nos lleva a la siguiente pregunta: ¿qué modelo sería más favorable para el reo? Supongamos una condena de 40 años de prisión por varios asesinatos, sancionables con prisión permanente por el PCP, en los que, además, se podría aplicar la regla del art. 78 CP porque la suma de penas es de 100 años. Habría que decidir qué es mejor para el recluso: 40 años de máximo cumplimiento efectivo pero sin tener la certeza de acceder a un beneficio penitenciario (la libertad condicional se obtendría a los 75 años y no hay seguridad de vuelta al régimen general) o una prisión permanente que establece una posibilidad determinada de revisión para la suspensión condicional a partir de los 30 años (pero no hay una concesión segura)⁶³. Susto o muerte⁶⁴.

62 Sin utilizar la regla del art. 78 CP (medición sobre la suma de todas las penas).

63 El Voto particular Dorado Picón y Espejel Jorquera al informe del CGPJ, op. cit., considera que la prisión permanente, en relación con el art. 78 CP, tiene “un grado de certeza muy superior”.

64 El proyecto parece, en principio, más beneficioso respecto a los permisos de salida. En el ejemplo propuesto se podrán disfrutar a partir de los 25 años (¼ de la suma de penas) con la regla del

En todo lo caso resultan interesantes dos comentarios del legislador en la Exposición de Motivos: (i) Considera que la revisión tendrá lugar “una vez cumplida una parte mínima de la condena⁶⁵”, pero en el mejor de los casos serán 25 años para la libertad condicional (!) (ii) Indica que es menos inhumana la pena de prisión permanente revisable que lo que existe en la actualidad porque contiene un plazo de revisión concreto⁶⁶. Este comentario por un lado olvida que esta indeterminación beneficia al reo ya que, en principio, en cualquier momento se puede decidir levantar la regla del art. 78 CP y volver al régimen general. Por otro, al menos plantea un reparo sobre la humanidad que representa la regla del art. 78 CP o la de los casos de acumulación de condenas sin límite. Yo no tengo duda, ambos modelos son extremadamente severos.

(5) El sistema proyectado se completa con modificaciones en el concurso medial y en el delito continuado a los que se les aplican reglas de acumulación muy parecidas a las del concurso real y, sobre todo, con el establecimiento de la medida de seguridad prorrogable. Culmen de la preocupación por inocuir al delincuente peligroso.

El legislador prevé acordar el internamiento en un centro psiquiátrico o educativo especial para el sujeto que haya cometido un delito⁶⁷ y haya sido declarado exento de

art. 78 CP y en la prisión permanente a los 8 años o a los 12 en caso de terrorismo (art. 36.1 PCP). Ahora bien, estos años se corresponden, si aplicamos la regla del cumplimiento de un $\frac{1}{4}$ para poder solicitar un permiso de salida, con unas condenas de 32 años y de 48 años respectivamente. Si se tiene en cuenta que las cuantías de referencia para el tercer grado del art. 36.1 PCP son 30 y 40 años respectivamente se aprecia que en realidad se ha subido el porcentaje para acceder a un permiso. Véase al respecto Informe CGPJ, op. cit., p. 47 que considera que la cuantía de referencia debería ser la misma (30 y 40 años) y concederse a los 7 años y medio o a los 10 años. Véase en el mismo sentido M. M. GONZÁLEZ TASCÓN, “Prisión perpetua: Arts. 36 (3 y 4), 70, 76 y 78 bis CP”, en Álvarez García (dir): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal 2012*, Valencia, 2013, p. 209.

65 PCP, p. 3.

66 “Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores. Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión”, PCP, p. 3.

67 Desaparece la limitación del art. 95.2 CP que impedía imponer una medida privativa de libertad cuando no se hubiera podido sancionar al delito cometido con una pena de esta naturaleza. Según la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (FGE), *Informe del consejo fiscal al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, file:///D:/Datos%20de%20Usuario/UJA/Downloads/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20%20

responsabilidad criminal, o se le haya aplicado una eximente incompleta, por los arts. 20.1 o 3 CP. Su internamiento depende de que, debido a su trastorno, sea posible prever la comisión de nuevos delitos de gravedad relevante (aquellos para los que esté prevista la imposición de una pena máxima igual o superior a tres años de prisión, art. 98.1 PCP).

Inicialmente se fija un tope al internamiento, que no podrá tener una duración superior a cinco años. Pero luego se añade que “salvo que se accordare su prórroga”. Es una precisión importante. El legislador ha declarado en la Exposición de Motivos que el sistema de medidas de seguridad se desvincula de la culpabilidad, depende exclusivamente de la peligrosidad del sujeto⁶⁸. Por consiguiente no sorprende que luego se diga que si, transcurrido dicho plazo, no concurren las condiciones adecuadas para acordar la suspensión de la medida y, por el contrario, el internamiento continúa siendo necesario para evitar que el sujeto cometa nuevos delitos, el Juez o Tribunal⁶⁹ puedan acordar su prolongación por períodos sucesivos de una duración máxima, cada uno de ellos, de cinco años⁷⁰. Y no hay un límite⁷¹ como existe en la actualidad (la pena concreta impuesta o la que se habría podido imponer en abstracto, véase arts. 6.2 y 101-104 CP)⁷². De este modo, de cinco en cinco, se podría estar de por vida en un centro de internamiento. Se crea así un modelo de medidas de seguridad perpetuas con revisiones anuales por el JVP⁷³ y con prorrogas de la medida

8-enero-2013.pdf, 2013, p. 88, tal posibilidad queda matizada por el art. 97 del anteproyecto del CP que obliga imponer la medida menos grave.

68 PCP, p. 6.

69 “a petición del Ministerio Fiscal, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, podrá acordar tras un procedimiento contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el sometido a la medida, asistido por su abogado”, art. 98.3 PCP.

70 Véase arts. 98 y 99 PCP.

71 Sólo existe para los casos de delitos cometidos a causa de grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos: “El internamiento en centro de deshabituación no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años. Este período comenzará a computarse desde el inicio del internamiento y podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiera impuesto ninguna pena”, art. 100.3 PCP.

72 El informe de la FGE, op. cit., p. 87 y ss. considera de manera positiva la eliminación de estos límites: “Precisamente la no limitación de la duración de la medida de seguridad al límite temporal de la pena impuesta que se propone en el Anteproyecto es lo que permite afirmar con rotundidad que el fundamento de la medida es la peligrosidad del autor (...) El fundamento de la prevención especial, en sus vertientes de rehabilitación e inocuización, reclamaba que la peligrosidad por el delito cometido y los que pudiera cometer en el futuro y no la culpabilidad inexistente fuese la que fijase la duración de la medida de seguridad”.

73 Art. 102.2 PCP.

de internamiento por ilimitados periodos sucesivos de hasta cinco años⁷⁴. E incluso cuando se haya decidido la suspensión del internamiento, que va seguido de una medida de libertad vigilada durante un periodo máximo de 5 años (art. 102.1 PCP), se puede volver a imponer si durante este tiempo hay un empeoramiento de su situación mental por periodos de tres meses renovables sin límite (art. 103 bis PCP).

El legislador propone, en suma, dos formas de privación de libertad perpetua: la prisión permanente revisable, en la que la revisión se utiliza para acortar su duración; y la medida de seguridad prorrogable, en la que se combina una primera revisión, que permite acortar su duración dentro del periodo máximo de cinco años, con una segunda que permite incrementar su duración con una nueva prórroga.

4. ¿LA BOTELLA MEDIO LLENA...? CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE

Tras la exposición de los elementos centrales del modelo que se pretende introducir en España, es el momento de evaluar sus posibles vicios de inconstitucionalidad. En mi opinión, un examen constitucionalmente adecuado habría de enjuiciar si respeta el principio de humanidad de las penas, el principio de resocialización, la dignidad humana y el principio de legalidad.

Su constitucionalidad se construye, respecto a estos principios, con tres ideas articuladas en torno a la posibilidad de la revisión:

(i) Se puede convertir en una privación de libertad a tiempo determinado cuando transcurra un tiempo concreto (para lo que existe un procedimiento adecuado legalmente descrito). El horizonte de liberación humaniza la pena.

74 El informe FGE, op. cit., p. 91 habla de “plazo ilimitado de internamiento”. El Informe CGPJ, op. cit., p. 111 y s. indica: “(...) deja abierta la puerta a medidas de duración indeterminada, bajo la premisa que no es posible determinar de antemano el tiempo durante el cual el sujeto es peligroso. En este sentido, la medida de internamiento en centros psiquiátricos y centros de educación especial si bien en principio no puede tener una duración superior a cinco años, se podrá acordar su prórroga por periodos sucesivos de cinco años, sin límite máximo de prórrogas. Iguales prórrogas ilimitadas, por periodos quinquenales sucesivos, se establecen para la medida de libertad vigilada (...) Se ha de poner de relieve que la reforma (...) abre la puerta a la instauración de medidas indeterminadas por tiempo indeterminado, pese a una apariencia formal de determinación”. Si bien luego indica que el TC en Sentencia del Pleno 24/1993, de 21 de enero de 1993 declaró constitucionales las medidas de seguridad indeterminadas siempre que existieran controles sucesivos de su situación, de modo que la crítica se haya en la “indeterminación del sistema de control y revisión de la medida de seguridad de duración indeterminada” (especialmente la falta de previsión de la necesidad de informes periódicos sobre la peligrosidad y la evolución del sometido a la medida), Informe CGPJ, op. cit., p. 118.

(iii) El resultado favorable de la concesión depende del recluso que, con su conducta, podrá poner fin a la prisión permanente. La revisión y su conexión con la evolución de la personalidad del recluso compatibilizan la sanción con el principio de resocialización.

(iii) Es irrelevante que el resultado de la revisión pueda ser siempre negativo. Se prescinde, por tanto, del aspecto más importante: la prisión podrá ser, efectivamente, perpetua.

4.1. Se puede convertir en una privación a tiempo determinado. Principio de humanidad de las penas

(1) La Constitución (arts. 15 y 25.2 CE⁷⁵) prohíbe todas las penas inhumanas y degradantes⁷⁶. Ahora bien, se admite que toda sanción penal tiene inevitablemente un componente afectivo y degradante⁷⁷. Por ello, para que haya una infracción de este principio se requiere un plus. Se habla en estos casos de superar un umbral mí-nimo⁷⁸, que habrá que estudiar en dos niveles distintos⁷⁹:

(i) La naturaleza de la pena⁸⁰: se prohíbe la pena de muerte, penas corporales, la prisión perpetua y las penas ejemplarizantes.

75 Véase también Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5), Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), Convención de Naciones Unidas de 1984 (art. 16), Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3).

76 Prohibición absoluta, independientemente de las circunstancias, de la naturaleza del delito cometido y de la conducta de la víctima, SSTEDH 16/12/1999 V. c. RU; 26/10/2000 Kudla c. Polonia; 12/2/2008 Kafkaris c. Chipre; 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria.

77 Véase SSTEDH 7/7/1989 Soering c. RU; 20/3/1991 Cruz Varas c. Suecia § 83; 25/3/1993 Costello-Robert c. RU; 26/10/2000 Kudla c. Polonia; 16/7/2009 Sulejmanovic c. Italia.

78 El TC considera que deben ser “sufimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena”, SSTC 65/1986; 120/1990; 137/1990; 21/2000; 196/2006; ATC 333/1997. Véase en el mismo sentido SSTEDH 7/7/1989 Soering c. RU; 20/3/1991 Cruz Varas c. Suecia § 83; 25/3/1993 Costello-Robert c. RU; 16/12/1999 V. c. RU; 26/10/2000 Kudla c. Polonia; 16/7/2009 Sulejmanovic c. Italia; 11/4/2006 Léger c. Francia; 10/8/2006 Oláechea c. España; 12/2/2008 Kafkaris c. Chipre; 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria.

79 TEDH 7/7/1989 Soering c. RU indica que la fijación de este mínimo es relativa “depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim” (100). Véase en el mismo sentido SSTEDH 20/3/1991 Cruz Varas c. Suecia; 25/3/1993 Costello-Robert c. RU; 11/4/2006 Léger c. Francia; 10/8/2006 Oláechea c. España; 12/2/2008 Kafkaris c. Chipre; 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria. Véase también ATC 333/1997.

80 Véase SSTC 65/1986; 150/1991; 91/2000.

(ii) Las formas de ejecución: se prohíbe la privación de libertad en condiciones indignas y crueles (falta de higiene, asistencia médica o seguridad; de forma masificada, sin espacio suficiente, etc.)⁸¹.

(2) ¿Qué sucede con la prisión perpetua?

(a) Existe el acuerdo de que son inhumanas las penas sin límite o con un límite indeterminado. El carácter inhumano no se vincula, empero, con la duración sino con el daño y el sufrimiento que generan. En el primer caso porque las penas de prisión perpetuas y de larga duración⁸² pretenden neutralizar (eliminar socialmente⁸³) al sujeto mediante un aislamiento definitivo que produce un deterioro físico y psíquico paulatino, inevitable e irreversible⁸⁴. Proceso de destrucción del recluso que se puede considerar una forma de tortura. En el segundo, porque la indeterminación del límite de la sanción, deja al recluso en una situación de des-

81 Véase EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), “Normas del CPT”, en *CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2010*, margs. 45 y ss., <http://www.cpt.coe.int/lang/esp/esp-standards.pdf>.

STEDH 26/10/2000 Kudla c. Polonia (§ 94): “the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance”. Véase también 12/2/2008 Kafkaris c. Chipre; 16/7/2009 Sulejmanovic c. Italia.

El TC insiste en que la inhumanidad de la pena no depende tanto de su duración, sino de la forma de ejecución de la misma (SSTC 65/1986; 150/1991; 91/2000; 196/2006).

82 Una pena de 30 o 40 años, por ejemplo. Véase J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, op. cit., p. 38: “(...) la pregunta es más bien la siguiente: desterradas históricamente las penas corporales, si una pena potencialmente íntegra de 40 años no es una pena inhumana, y si según la propia Constitución existen penas inhumanas distintas a la pena de muerte, ¿en qué consiste entonces una pena inhumana?”. Véase también J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El principio de humanidad en Derecho Penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 23, 2009, p. 218 y ss.

Véase SSTS 6735/1994 de 20 de octubre; 18452/1994 de 4 de noviembre, que insisten en que la suma de penas superior a 30 años es inhumana y difícilmente compatible con el fin de reeducación y reinserción social.

83 Así S. SARTARELLI (op. cit., p. 1365) define el «ergastolo» como una pena eliminativa.

84 CPT, *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*, p. 17, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-11.pdf>, recalca los efectos negativos que produce: “Long-term imprisonment can have a number of desocialising effects upon inmates. In addition to becoming institutionalised, long-term prisoners may experience a range of psychological problems (including loss of self-esteem and impairment of social skills) and have a tendency to become increasingly detached from society; to which almost all of them will eventually return”.

Véase críticamente J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, op. cit., p. 216 y ss.; M. GALLEGUO DÍEZ, op. cit., p. 56; M. A. CANO PAÑOS, op. cit., p. 60; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit. STS 64/1999 de 27 enero.

conocimiento de la duración de la sanción, incertidumbre que representa igualmente una forma de tortura⁸⁵.

(b) Esta crítica se pretende superar, por un lado, dando al recluso la esperanza de ser liberado⁸⁶, así se alivia su forma de cumplimiento. Para ello se fija una revisión⁸⁷. Esto es, la posibilidad de solicitar la suspensión, sustitución, supresión (total o parcial) de la prisión perpetua. Por otro lado, se tiene que establecer, para aumentar la seguridad jurídica del recluso, una serie de requisitos entre los que se encuentra una fecha concreta a partir de la cual sea posible disfrutar de esta posibilidad⁸⁸.

Obviamente la situación no es tan grave como en el caso anterior. No obstante, (i) por esta vía se traslada perversamente todo el debate: se deja de analizar qué importancia tiene la duración de la pena. Su carácter inhumano reside en la inexistencia de la revisión⁸⁹.

(ii) El desconocimiento de si efectivamente se le va a conceder en algún momento una reducción en su cumplimiento genera una situación de angustia parecida a la de la tortura⁹⁰. Incertidumbre con importantes consecuencias psicológicas⁹¹. Así, por ejemplo, un grupo de condenados (310) a prisión perpetua en Italia solicitaron

85 Véase D. SERRANO TÁRRAGA, op. cit., p. 177; J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 138 y s.

86 Véase BVerfGE 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) y 24 de abril 1986 (2 BvR 1146/85). Véase STEDH 6/5/1978 Kotalla c. Países Bajos; 11/4/2006 Léger c. Francia; 12/2/2008 Kafkaris c. Chipre; 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU; 10/12/2013 Murray c. Países Bajos. Véase J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 157.

87 El TEDH sostiene la compatibilidad de la cadena perpetua con el art. 3 CEDH cuando se contemple de manera proporcionada el posible beneficio de la libertad condicional, 11/4/2006 Léger c. Francia, 2/9/2010 Iorgov c. Bulgaria; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU; 10/12/2013 Murray c. Países Bajos. El TC, cuando analiza la posibilidad de la extradición, considera que serán “garantías necesarias y suficientes de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en este ámbito extradicional: que, caso de imponerse la pena de muerte, ésta no será ejecutada, y que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente “de por vida”, 148/2004 (FJ 9); 181/2004.

88 Véase supra n. 11.

89 Así expresamente TEDH en el caso Léger c. Francia (11/4/2006).

90 Véase A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 100, 107; J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 39; V. MUSACCHIO, op. cit., p. 63.

91 Véase J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 50. “Aparece así lo que en términos psicológicos se denomina la indefensión aprendida: haga lo que haga, todo va a dar igual. En cualquier momento de la condena y aunque se pueda hacer constar en el expediente un buen comportamiento, cabe la posibilidad de que, por la violencia contextual, por la conducta de otros presos, por la angustia, o por la propia vulnerabilidad psicológica, en cualquier momento pueda brotar una reacción violenta y, como consecuencia, cerrarse cualquier expectativa de una libertad”, J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 51.

en el 2007 que se transformara en pena de muerte. Lo preferían a “morir un poquito cada día”⁹².

(iii) En todo caso, la pena, con independencia de la esperanza de liberación, sigue siendo potencialmente perpetua (es posible una denegación ilimitada de la revisión), lo que implica la imposición de una pena inhumana⁹³.

4.2. El recluso podrá poner fin a la prisión perpetua con su conducta. Principio de resocialización

La orientación reeducativa de las penas viene recogida de forma expresa en el art. 25.2 CE y en el art. 1 LOGP. No es un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo⁹⁴. Es un principio constitucional que ejerce su influencia sobre la política legislativa, penal y penitenciaria, del Estado⁹⁵. Es un límite para el legislador en el sentido de que no se pueden establecer penas que por su naturaleza o duración no permitan la reeducación o la reinserción social, ni se debe establecer un sistema de ejecución de las penas contrario a este principio⁹⁶. No obstante, se admiten otros fines distintos que sean compatibles con la resocialización⁹⁷.

(1) La prisión perpetua no revisable evidentemente se opone a este principio: La separación definitiva de la sociedad es absolutamente incompatible con la idea de resocialización⁹⁸. En este sentido, la STEDH 9/7/2013 Vinter y otros c. RU añade que la previsión de una prisión perpetua no revisable afecta a la resocialización: si el recluso no tiene perspectiva de ser puesto en libertad y no existe la posibilidad legalmente prevista de revisión surge el riesgo de que nunca se arrepienta de su crimen.

(2) ¿Qué sucede con la prisión perpetua revisable?

La prisión perpetua se considera compatible con el principio de resocialización porque establece la posibilidad de aplicar mecanismos que permiten al recluso rein-

92 <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/05/31/internacional/1180605172.html>. Tomo la información sobre la noticia de J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, “Si es permanente, es inhumana; si es revisable, es imprecisa”, en *El Derecho*, Tribuna, 31/10/2013, http://www.elderecho.com/cara/permanente-inhumana-revisable-imprecisa_11_604930002.html, punto 2.B.

93 “Si es permanente es inhumana”, A. LASCURAIN SÁNCHEZ, op. cit. 2013, punto 2.B.

94 SSTC 112/1996; 119/1996; 2/1997; 75/1998; 79/1998; 88/1998; 204/1999; 91/2000; 39/2012.

95 SSTC 150/1991; 112/1996; 119/1996; 2/1997; 75/1998; 79/1998; 88/1998; 204/1999; 91/2000; 39/2012. Véase Informe CGPJ, op. cit., p. 36 y s.

96 Así A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 62.

97 Véase SSTC 150/1991; 112/1996; 119/1996; 2/1997; 91/2000. En este sentido igualmente STEDH 4/12/2007 Dickson c. RU.

98 Así GEPIC, op. cit., p. 30; A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 63.

tegrarse a la sociedad⁹⁹. Resultado que depende de su actitud y comportamiento¹⁰⁰. Ahora bien, debe existir una posibilidad real de revisión mediante un procedimiento concreto. Ello implica cumplir una serie de requisitos.

(a) Se deben adoptar medidas (positivas) que eviten durante los largos períodos de prisión la asocialización del recluso¹⁰¹. Dentro de estas medidas se consideran especialmente adecuadas el mantenimiento de contactos con el exterior¹⁰².

(b) El recluso sometido a prisión perpetua debe poder disfrutar de programas de tratamiento que favorezcan su rehabilitación en un entorno adecuado para ello¹⁰³. La imposibilidad de aplicar programas de tratamiento implicaría que el cumplimiento de la pena de prisión permanente no estaría orientado a la resocialización y, por ello, sería incompatible con la Constitución¹⁰⁴.

99 Así se indica en el Dictamen del CONSEJO DE ESTADO, op. cit., séptimo (E) y en el informe de la FGE, op. cit., p. 84. Véase también L. RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit., (que establece la revisión para acceder a la libertad condicional o para sustituir la prisión permanente por una pena de 30 años); J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “El cumplimiento íntegro de la penas” en *Actualidad penal*, 2003, p. 208 y ss.; ídem, op. cit. 2006, p. 77 y ss.; J. NISTAL BURÓN, op. cit., p. 32, 36.

100 Según L. RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit., depende del autor poner un límite temporal a la prisión permanente mediante su conducta.

101 BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) indica que se deben adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias negativas de reclusión durante un largo periodo de tiempo. CPT (op. cit. 2000, p. 17) señala: “In the view of the CPT, the regimes which are offered to prisoners serving long sentences should seek to compensate for these effects in a positive and proactive way”. La Recomendación 2003(23) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 9 de octubre de 2003, comenta en su párrafo 2 que se deben “contrarrestar los daños que provocan las penas a cadena perpetua y las penas de prisión de larga duración”. Véase también J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 117, 141 y ss.

102 Véase CPT, op. cit. 2000, p. 17; ídem, op. cit. 2010, marg. 51.

103 BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) insiste en la necesidad de que durante la prisión perpetua siga vigente el sentido resocializador de la pena. Del mismo modo la Recomendación 2003(23) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 9 de octubre de 2003, indica en su 2 párrafo que la ejecución de la cadena perpetua debe hacerse con el objetivo de “incrementar y mejorar las posibilidades de estos reclusos de reincorporarse a la sociedad y llevar una vida respetuosa con la ley después de su puesta en libertad”, véase igualmente el párrafo 33. El TEDH en el caso James, Well y lee c. RU (18/9/2012) mantuvo que aunque las penas indeterminadas se justificaban por la peligrosidad, el Estado estaba obligado a estimular la rehabilitación. No proporcionar a los condenados la posibilidad de participar en programas de rehabilitación de modo que pudieran reducir su peligrosidad implicaba un déficit importante en dicho proceso que conducía, además, a que la detención se pudiera considerar arbitraria (infracción de art. 5.1 del CEDH).

104 Véase al respecto V. MUSACCHIO, op. cit., p. 62.

(c) Deben existir, por consiguiente, diferentes mecanismos para flexibilizar la pena de prisión permanente en función de la evolución del recluso y que faciliten su ingreso progresivo en la sociedad: permisos de salida, tercer grado¹⁰⁵.

(d) Se debe prever la posibilidad de acceder a la libertad condicional. La peligrosidad del sujeto es algo cambiante, por este motivo debe existir una posibilidad de revisión¹⁰⁶.

(e) La peligrosidad se analizará respecto a la comisión de delitos de la misma naturaleza por la que cumple condena¹⁰⁷.

(f) Hay que decidir qué periodo mínimo de cumplimiento (para cada beneficio penitenciario) es compatible con la finalidad resocializadora. Si las penas superiores a 15-20 años tienen unos efectos casi irreparables sobre el recluso¹⁰⁸ los plazos de cumplimiento mínimo por encima de ese tiempo para acceder a la libertad condicional, en teoría, infringen dicho principio¹⁰⁹ (y por ello son, además, penas inhumanas)¹¹⁰.

105 Véase Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias, 107: “Se ayudará a los detenidos condenados, con antelación a su liberación y con procedimientos y programas especiales, a prepararse para abandonar la prisión y llevar una vida en sociedad respetuosa de las leyes. En particular, en el caso de detenidos con condenas de larga duración, se tomarán medidas para su reinserción gradual en la sociedad libre. Este objetivo se podrá cumplir mediante programas previos a la liberación, llevados a cabo en prisión, o mediante la concesión de permisos condicionales supervisados y respaldados socialmente”. Véase BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76).

En contra de la eliminación de esta posibilidad en Italia porque estos instrumentos determinan la constitucionalidad del «ergastolo» en la medida en que la falta de límite a la pena era compensada por la posibilidad de obtener un beneficio penitenciario, A. PUGIOTTO, “Cattive nuove in materia di ergastolo”, en *Studium Iuris*, 1/2012, p. 8.

106 Véase Recomendación 2003(23) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 9 de octubre, párrafo 16. Véase también SSTEDH supra n. 10.

107 La STEDH 28/5/2002 Stafford c. RU afirma que la revisión no se puede establecer sobre la base del peligro de comisión de otros delitos que no estén relacionados con el que haya cometido y por el que fue condenado a cadena perpetua (infracción art. 5.1 CEDH). Del mismo modo el Informe FGE (op. cit., p. 85 y s.) mantiene que, teniendo en cuenta los efectos de la revocación de la suspensión de la prisión permanente, no debería llevarse a cabo respecto a delitos distintos a aquellos por los que fue condenado.

108 Así J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, op. cit., p. 34; GEPC, op. cit., p. 31; M. GALLEGUO DÍEZ, op. cit., p. 56; A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 71; D. SERRANO TÁRRAGA, op. cit., p. 178; J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 116, 143 y ss., 154; T. GONZÁLEZ COLLANTES, op. cit., p. 17; C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2013, p. 9; C. SÁEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 11. Véase SSTS 1325/1992 de 30 mayo; 64/1999 de 27 enero.

109 Véase M. ROIG TORRES, “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La “prisión permanente revisable” a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 111, 2013, p. 138.

110 Así lo entiende también C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2013, p. 9 y M. ROIG TORRES, op. cit., p. 138.

En este sentido la Resolución 76 (2) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de febrero de 1976 recomendaba (n. 12): “asegurar que la revisión de la pena a cadena perpetua (...) tenga lugar, si no antes, entre los ocho y los catorce años de cumplimiento de la pena (...).” El ECPI en su art. 110.3 indica, no obstante, que el examen de reducción de la pena tendrá lugar cuando el recluso haya cumplido 25 años de prisión en caso de cadena perpetua¹¹¹.

(g) Debe existir una posibilidad real de incorporación progresiva a la sociedad. La fijación de un sistema formal que no se puede aplicar infringiría este principio de resocialización¹¹².

Ello se produce, por ejemplo, cuando para conceder los beneficios penitenciarios se utilizan criterios irrealizables (plazos imposibles) o no asociados con la evolución del recluso sino con exigencias preventivo generales y retributivas: gravedad del delito, alarma social, necesidad de reproche social, tiempo de condena restante (etc.)¹¹³ Requisitos que entran paradójicamente en contradicción con una argumentación que mantenga que la concesión de la revisión está vinculada con la aptitud del recluso. ¿Cómo puede decidir voluntariamente acortar su pena si depende de una serie de factores que son absolutamente ajenos a su voluntad¹¹⁴?

(h) Derecho de acudir a un Tribunal, transcurrido el periodo de cumplimiento mínimo, para recurrir que se le deniegue la libertad¹¹⁵ o que se ordene el reingreso en prisión después de un periodo de libertad¹¹⁶.

El TEDH mantiene que debe ser una Corte con poderes y garantías procesales adecuadas (procedimiento legalmente previsto, oral y contradictorio, art.

111 Véase STEDH 9/7/2013 Vinter y otros c. RU que considera, en función de la normativa internacional y de derecho comparado, que el plazo de la revisión no debería ser superior a 25 años (si bien es una decisión soberana de cada Estado).

112 Véase el dictamen del Consejo de Estado, op. cit., séptimo (E); J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 156. Hay que recordar que BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) exigía la existencia de una oportunidad “realizable” para recuperar la libertad. En el mismo sentido BVerfG 24 de abril 1986 (2 BvR 1146/85).

113 La Resolución 76(2) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de febrero de 1976 recomendaba (n. 10): “otorgar la libertad condicional, teniendo en cuenta los requisitos legalmente establecidos relativos al cumplimiento de la pena, lo más rápidamente posible cuando su otorgamiento sea considerado adecuado; criterios de prevención general no pueden justificar, por sí solos, la denegación de la libertad condicional”.

114 Véase críticamente J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 39.

115 SSTEDH 2/3/1987 Weeks c. RU; 25/10/1990 Thynne, Wilson y Gunnell c. RU; 21/2/1996 Hussain c. RU (art. 5.4).

116 SSTEDH 2/3/1987 Weeks c. RU; 25/10/1990 Thynne, Wilson y Gunnell c. RU.

5.4 CEDH)¹¹⁷. Este órgano no debe ser solamente consultivo, debe tener competencia para “resolver” sobre la legalidad de la prisión y ordenar la puesta en libertad si fuera ilegal¹¹⁸.

(i) No puede existir un límite a las solicitudes de revisión: se deben poder realizar cuantas veces se quiera¹¹⁹. Se deben establecer con intervalos de tiempo razonables para poder efectuar cada nueva solicitud¹²⁰.

4.3. ¿Y si no se concede la revisión? La dignidad y el principio de legalidad

La existencia de beneficios penitenciarios aplicables a la prisión perpetua no sólo preserva la idea de resocialización sino que humaniza las penas ya que permite su cumplimiento en libertad de manera anticipada. Ello motiva al recluso (si me resocializó podré salir antes de tiempo) y permite convertir las penas de prisión perpetuas en privaciones de libertad a tiempo limitado. La clave de la constitucionalidad reside, por tanto, en que gracias a la revisión no tenemos una prisión perpetua sino una amenaza de prisión perpetua¹²¹. De este modo, a efectos retributivos y preventivo-generales existe una pena muy severa, aspectos que predominan en el momento de la imposición y durante los años en los que no se puede revisar, pero que se puede adaptar en un sentido preventivo-especial a las necesidades y evolución del recluso. Por consiguiente, lo que resulta inhumano y contrario a la resocialización no es la prisión perpetua sino la ausencia de previsión de mecanismos que permitan flexibilizar esta sanción según la evolución del recluso. Lo cual también se plantea respecto a las medidas de seguridad, que tienen un carácter indeterminado, vinculado a la peligrosidad del sujeto, que se racionaliza mediante un sistema de revisiones y prorrogas que las hacen compatibles con el principio de resocialización¹²².

Ahora bien, del mismo modo que la prisión permanente es constitucional porque puede que no sea perpetua (la botella se ve constitucionalmente medio llena) tendría, en

117 SSTEDH 21/2/1996 Hussain c. RU; 28/5/2002 Stafford c. RU.; 10/12/2002 Waite c. RU; 7/10/2003 von Bülow c. RU; 16/10/2003 Wynne c. RU; 27/4/2004 Hill c. RU; 9/7/2013 Vinter y otros c. RU; 10/12/2013 Murray c. Países Bajos.

118 STEDH 2/3/1987 Weeks c. RU.

119 Véase en este sentido la Resolución 76(2) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de febrero de 1976, recomendación (n. 12). CCI Sentencias del 4 de junio de 1997; 20 de julio 2001. Véase al respecto S. SARTARELLI, op. cit., p. 1356 y ss.; V. MUSACCHIO, op. cit., p. 58.

120 Art. 5.4 CEDH, SSTEDH 2/3/1987 Weeks c. RU; 25/10/1990 Thynne, Wilson y Gunnell c. RU.

121 Véase al respecto S. SARTARELLI, op. cit., p. 1367.

122 Que también alcanza a las medidas de seguridad, véase B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, op. cit., p. 127.

cambio, que ser inconstitucional ya que también puede ser perpetua (la botella también se puede ver constitucionalmente medio vacía). ¿La posibilidad cierta de que la prisión sea perpetua no transforma en inconstitucional esta pena?¹²³ No se suele dar una respuesta directa a esta cuestión. Se ha desplazado el debate: de la duración efectiva al fundamento de la negativa de la revisión. No se puede conceder un beneficio penitenciario ya que el sujeto manifiesta una elevada peligrosidad¹²⁴. En tal caso parece lógico pensar que, aplicando una idea de prevención especial negativa, protejamos a la sociedad mediante la neutralización de tales sujetos. Sin embargo, este argumento nos genera otras dudas, asociadas con la dignidad de la persona y el principio de legalidad:

¿Se puede justificar el mantenimiento de una privación de libertad indefinida no en el hecho realizado (principio de culpabilidad), sino en la peligrosidad del sujeto (peligro de reincidencia)¹²⁵, que se construye sobre un criterio probabilístico y cuantitativo que puede estar sometido a error¹²⁶?

¿Se puede negar continuamente y sin límite la suspensión de condena a un sujeto peligroso? Dicho de otro modo: ¿hay delincuentes que no pueden regresar a la sociedad, que no pueden volver a ser libres, por su elevada peligrosidad?¹²⁷

¿Si la prisión perpetua potencialmente no tiene límite (puede ser hasta el final de la vida del sujeto peligroso) no se vulnera de este modo, aunque exista un plazo de revisión, el mandato de determinación de las consecuencias jurídicas?

4.3.a) *Dignidad y libre desarrollo de la personalidad*

(1) Una pena privativa de libertad que se ejecuta sin atender a la evolución de la personalidad del sujeto atenta contra su dignidad (una imagen del hombre que no

123 Véase al respecto V. MUSACCHIO, op. cit., p. 57.

124 Véase supra n. 9. Véase J. NISTAL BURÓN, op. cit., p. 36 y s.

125 En contra A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 78 y s. (que considera que precisamente por este motivo la medida debe ser inconstitucional).

126 Riesgo que asume la propia BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76). Véase también críticamente B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, op. cit., p. 129; Según L. MÁRTINEZ GARCÍA (“La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *InDret*, 2/2014, p. 64) “(...) especialmente en estos delitos con tasas de prevalencia tan bajas [p.e. los delitos contra la vida] el número de falsos positivos es especialmente elevado. Por ello, el juicio que se ofrezca sobre la peligrosidad tiene un elevadísimo riesgo de incurrir en la arbitrariedad y el decisionismo, con las gravísimas consecuencias que tiene la decisión en estos casos, pues supondría prolongar una privación de libertad ya considerablemente larga”.

127 Lo que se plantea igualmente respecto a las medidas de seguridad.

es capaz de cambiar)¹²⁸ y niega toda posibilidad de desarrollo de la personalidad¹²⁹. Se considera por este motivo contrario a la Constitución la privación perpetua sin dar la posibilidad de volver a estar en libertad en función del desarrollo de la personalidad del recluso (a través de mecanismos adecuados)¹³⁰.

La revisión resuelve estas críticas porque permite adaptar la pena a la evolución del recluso, de modo que una respuesta negativa en la correspondiente revisión será una consecuencia de sus propios actos.

(2) Ahora bien, la pena de prisión perpetua revisable también atenta contra la dignidad.

(a) En primer lugar porque coacciona al recluso a someterse a los programas resocializadores a la vista de las consecuencias que tendría su negativa. Cualquier imposición forzosa representa un atentado contra el “principio de libertad y autonomía de la conciencia”¹³¹, contra el libre desarrollo de la personalidad.

(b) En segundo lugar porque en abstracto es una pena que priva de un derecho de manera definitiva.

(i) Ello implica atentar contra el aspecto esencial de la dignidad. La eliminación de una persona de manera física (muerte) o social (neutralización permanente del sujeto peligroso) implica la negación de la idea de persona¹³².

(ii) Que se prevea la posibilidad de recuperación no cambia este carácter. La libertad como derecho vinculado con la dignidad debe mantener siempre una posibilidad mínima y real de ejercicio. Ello exige un máximo de cumplimiento efectivo a partir del cual el sujeto sepa que, con independencia de su conducta, podrá disfrutar de libertad. Este máximo debe poder ser alcanzable (biológicamente) por una persona.

4.3.b) *Principio de legalidad*

(1) El principio de legalidad, entendido como garantía penal (arts. 25 CE, 5.1 CEDH), exige la concreción de las penas en cuanto a su naturaleza y duración para evitar

128 Véase BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76); 24 de abril 1986 (2 BvR 1146/85); STEDH 9/7/2013 Vinter y otros c. RU.

129 Véase D. SERRANO TÁRRAGA, op. cit., p. 176; C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2012, p. 151; J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 109.

130 Véase BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76).

131 L. FERRAJOLI, op. cit., p. 272.

132 Véase L. FERRAJOLI, op. cit., p. 395 y s. “El ergastolo en cuanto pena “eliminativa” está en contradicción con la misma idea de persona como fin y, por consiguiente, con la esencia del principio personalista, elemento fundamental, de nuestro ordenamiento democrático”, V. MU-SACCHIO, op. cit., p. 63.

que su imposición y efectividad dependa de una decisión libre y arbitraria del juzgador¹³³. Ello se plasma, en lo relativo a la duración de pena, en la obligación que tiene el legislador de fijar su cuantía mínima y máxima¹³⁴. En concreto, el TC indica que la falta de un límite superior, así como la ausencia de mecanismos para ajustar la pena a la gravedad del hecho, condicionan la imprevisibilidad de la sanción y su eventual desproporción¹³⁵, y abre la posibilidad de imponer arbitrariamente la pena¹³⁶. Así, la regla n.º 5 de la Recomendación R (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de octubre de 1992 prohíbe expresamente la sanciones y las medidas de seguridad indeterminadas (“No community sanction or measure shall be of indeterminate duration”)¹³⁷.

En la prisión perpetua el límite superior coincide con la muerte del recluso. Es un límite incierto ya que no se sabe cuándo se va a producir este hecho. Tal circunstancia conduce a la infracción del mandato de determinación¹³⁸.

(2) La prisión perpetua revisable intenta superar esta crítica reforzando el principio de seguridad jurídica pero sólo respecto a la revisión: se debe fijar un periodo a partir del cual se pueda realizar, los criterios que se van a tener en cuenta y un procedimiento¹³⁹. Sin embargo, como estas revisiones pueden tener un resultado negativo la pena sigue sin tener un límite superior. Esta indeterminación, que es el objetivo expresamente perseguido por el legislador¹⁴⁰, y que se demanda para poder adaptar la pena a la peligrosidad del recluso¹⁴¹, infringe el principio de legalidad¹⁴². En este sentido, el Consejo de Estado en su dictamen del 2013¹⁴³ indica que no

133 Véase SSTC 105/1988; 89/1993; 34/1996

134 Véase SSTC 29/1989; 207/1990; 25/2002; 129/2006. Véase también Informe CGPJ, op. cit., p. 42; GEPC, op. cit., p. 28.

135 Véase SSTC 207/1990; 129/2006.

136 Véase SSTC 25/2002; 100/2003.

137 En el mismo sentido GEPC, op. cit., p. 28.

138 Así A. CUERDA RIEZU, op. cit., p. 83, 107; D. SERRANO TÁRRAGA, op. cit., p. 176; J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 160.

139 En este sentido las sentencia del BVerfGE del 21 de junio 1977 (1 BvL 14/76) y de 24 de abril 1986 (2 BvR 1146/85): debe existir una oportunidad “concreta” para alcanzar la libertad, el principio de seguridad jurídica exige determinar los requisitos y el proceso que se va a seguir. Véase supra n.º 11, 4.2 (g).

140 La propia exposición de motivos insiste en ese carácter indeterminado, PCP, p. 2. Para J. Ríos MARTÍN, op. cit., p. 159 esto ya implica el reconocimiento de la infracción del art. 25.1 CE.

141 Véase J. NISTAL BURÓN, op. cit., p. 37.

142 “Si es revisable, es imprecisa”, A. LASCURAIN SÁNCHEZ, op. cit. 2013, punto 2.B. Véase también M. GARCÍA ARÁN; D. LÓPEZ GARRIDO, op. cit.; C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2012, p. 150; T. GONZÁLEZ COLLANTES, op. cit., p. 17; L. MÁRTINEZ GARAY, op. cit., p. 64.

143 CONSEJO DE ESTADO, op. cit., séptimo (E).

hay una infracción del principio de legalidad porque la determinación de la cuantía máxima depende de la conducta del recluso (!): "...por otra parte, cabe afirmar que, a excepción del límite absoluto de cumplimiento máximo (que es, de por sí, lo suficientemente extenso como para que prácticamente no influya a estos efectos, y que no es aplicable en el caso de la prisión permanente revisable), el condenado a prisión permanente revisable puede conocer cuál es el tiempo que como máximo habrá de pasar en prisión con un grado de certeza semejante al condenado a cualquier otra pena de prisión, pues en ambos casos el acceso a los beneficios penitenciarios está subordinado a su colaboración y buen pronóstico".

5. ¡LA BOTELLA MEDIO VACIA! ¿QUÉ DUDAS CONCRETAS ARROJA LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE PROYECTADA?

El actual sistema penal español permite crear, de facto, condenas próximas a la prisión perpetua. Este modelo se completa en el proyecto con la introducción de la prisión permanente revisable. La existencia de una revisión trascurrido un periodo de tiempo concreto, mediante un procedimiento determinado, soslaya algunas críticas sobre su constitucionalidad, pero no consigue que el sistema sea finalmente compatible con la Constitución.

(1) Que la prisión permanente efectivamente vulnere los principios de humanidad de las penas y de resocialización depende de los requisitos de la revisión y de su modo de ejercicio:

(a) La excesiva duración del tiempo que tiene que trascurrir para poder acceder a la libertad condicional o al tercer grado puede condicionar su inconstitucionalidad:

(i) ¿Un periodo de tiempo tan amplio, en el que por motivos estrictamente retributivos y preventivo-generales no se puede acceder al tercer grado y a la libertad condicional (32 y 35 años respectivamente en el caso extremo) es realmente compatible con la revisión exigida por el TEDH y diversos Tribunales Constitucionales?¹⁴⁴ El espacio que deja a la finalidad resocializadora es mínimo, tan reducido como la esperanza real de liberación (humanizadora de la pena)¹⁴⁵.

144 Se plantea esta cuestión, respecto a todas las cuantías, C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2013, p. 10, que considera que no es compatible. Véase también de manera crítica M. ROIG TORRES, op. cit., p. 135, 137 y ss.

145 Véase críticamente M. ROIG TORRES, op. cit., p. 138; E. B. MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS; M. M. GONZÁLEZ TASCÓN, "Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP)", en ÁLVAREZ GARCÍA (dir): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal 2012*, Valencia, 2013, p. 204.

(ii) Aunque se prevé la posibilidad de tener acceso a permisos de salida y se podrá ascender en grado hay que plantearse: ¿la pena tendrá un sentido resocializador durante ese tiempo? ¿Se aplicaran programas de tratamiento?¹⁴⁶

(iii) ¿Qué medidas concretas se van a adoptar para evitar las importantes e irreparables consecuencias físicas y psíquicas que puede tener la privación de libertad durante el dilatado plazo mínimo que tiene que trascurrir para poder revisar la prisión permanente?¹⁴⁷

(iv) Estos dos últimos aspectos se vinculan con una cuestión lógica: ¿se dispone de voluntad y recursos económicos suficientes¹⁴⁸ para garantizar el cumplimiento de estas sentencias, desarrollar programas de tratamiento y adoptar medidas que eviten la asocialización?¹⁴⁹ Se debe pensar, por ejemplo, en que ello va a implicar un incremento de la población penitenciaria. Además, la sobrepoblación de las cárceles (ya existente) puede ser un motivo que justifique la infracción del principio de humanidad de las penas respecto al modo de cumplimiento.

(b) ¿Podrá conseguir un resultado positivo en la revisión el sujeto que se niegue a participar en los tratamientos sugeridos? Seguramente no. Al no poder renunciar al tratamiento o decidir no colaborar en su desarrollo habría en realidad una imposición forzosa (contraria al art. 4.1.d RP)

(c) ¿Se hará depender la concesión de cualquier beneficio de la evolución del recluso? En el proyecto se indica que para otorgar la libertad condicional se tendrán

146 C. JUANATEY DORADO (op. cit. 2012, n. 51; ídem, op. cit. 2013, p. 11) se pregunta: “¿Va el Estado a proporcionar, durante esos 25 años, la participación de los condenados en programas de rehabilitación específicos orientados a reducir su peligrosidad?”. La autora da una respuesta negativa.

147 Si bien el dictamen del CONSEJO DE ESTADO, op. cit., séptimo (E) señala que precisamente la larga duración de estos plazos está motivada por necesidades resocializadoras (!): “(...) resulta razonable pensar que el elevado “periodo de seguridad” o tiempo mínimo de cumplimiento efectivo previsto responde no sólo a una finalidad estrictamente punitiva ante delitos, como se ha visto, extremadamente graves y que presentan unas características peculiares, sino también al hecho incuestionable de que el plazo para la reeducación y reinserción social de los sujetos que cometen este tipo de infracciones será presumiblemente mucho más largo que el necesario para lograr una efectiva reeducación y reinserción social de otro tipo de delincuentes”.

148 “Hoy, una nueva plaza penitenciaria cuesta 90.000 euros y aproximadamente 1.500 euros mensuales su mantenimiento, a lo que se suma los costes de personal”, B. CRUZ MÁRQUEZ; J. ORTIZ GARCÍA, op. cit., p. 120. Crítico por la falta de análisis realista del impacto económico y presupuestario que tiene una prisión indeterminada la sentencia del TEDH 18/9/2012 James, Well y lee c. RU.

149 Véase C. JUANATEY DORADO, op. cit. 2012, p. 151; ídem, op. cit. 2013, p. 10; J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 49, 166.

en cuenta las circunstancias del delito cometido (art. 92.1 PCP)¹⁵⁰. Es un elemento objetivo que no existe en la regulación actual y que permite denegar la suspensión por la gravedad del delito (que ya se tuvo en cuenta al establecer la sanción). Así mismo, en la medida en que el Tribunal, según el art. 91.1 PCP va a determinar, con ello, “la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”, también permite no otorgar la suspensión por los motivos de alarma social y de necesidad de reproche social que haya suscitado el delito.

Otra cuestión todavía más importante: ¿Se puede afirmar en un 100% que el recluso no reincidirá? No parece posible¹⁵¹. ¿Los profesionales van a asumir el riesgo de sostener que esta probabilidad es muy baja, especialmente cuando haya una importante presión social? ¿Los jueces concederán la libertad condicional con una probabilidad baja, que no sea nula, en semejantes circunstancias?¹⁵² ¿Asumirán el margen de error?

Por uno u otros motivos la concesión de estos beneficios será prácticamente imposible¹⁵³.

(d) ¿Se podrá revocar la suspensión de condena sin necesidad de cometer delito alguno? El art. 92.3 PCP no lo exige. Señala que se podrá hacer “cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”. ¿Cuándo se considera que hay una modificación lo suficientemente intensa? Aunque, a diferencia de lo que ocurre en el momento de conceder la suspensión, se realice una prognosis de falta de peligrosidad¹⁵⁴, parece evidente la inseguridad jurídica¹⁵⁵ que deja una puerta abierta a la satisfacción de presiones sociales.

(2) Se puede producir una infracción del principio de proporcionalidad y de legalidad¹⁵⁶ si no se aplica los mecanismos de modulación de la pena en fun-

150 Vuelve a insistir en ello más tarde: “En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) del apartado 1 se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto”, art. 92.1 PCP.

151 Véase L. MÁRTINEZ GARAY, op. cit., p. 64.

152 Véase L. MÁRTINEZ GARAY, op. cit., p. 64.

153 Véase J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 46 y ss.; F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, “La nueva reforma penal de 2013”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, 2014, p. 48; L. MÁRTINEZ GARAY, op. cit., p. 64.

154 Hay que fijarse en que para revocar la suspensión hay un cambio en la prognosis: se pasa del pronóstico favorable de reinserción social (art. 92.1 PCP), al de falta de peligrosidad (art. 92.3 PCP).

155 Véase al respecto críticamente L. MÁRTINEZ GARAY, op. cit., n. 184.

156 Véase J. RÍOS MARTÍN, op. cit., p. 160.

ción del grado de ejecución y de otras circunstancias que afectan al desvalor de la conducta o al grado de culpabilidad del autor.

(i) Se reconoce expresamente el grado inferior a la prisión permanente (art. 70.4 PCP: “La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años”). Al no indicar cómo se seguirán bajando grados se debería aplicar la regla general del art. 70 CP (20 a 10, 10 a 5 años).

(ii) No hay cambios en el art. 66 CP. ¿De qué modo puede tener en cuenta el juez aquellas combinaciones de circunstancias modificativas de la responsabilidad que no generan una bajada de grado, por ejemplo, cuando concurra una sola circunstancia atenuante no cualificada (art. 66.1.1 CP) o sean varias circunstancias agravantes y atenuantes sin existir un fundamento cualificado de atenuación (art. 66.1.7 CP)? Al no haber un marco penal (lo que de nuevo abunda en su indeterminación) debería interpretarse, a favor de reo, que siempre se debe bajar un grado.

(3) Es absolutamente incompatible con la dignidad de la persona y el principio de legalidad. La prisión permanente es una pena privativa de libertad perpetua.

(i) Cualquier privación absoluta de la libertad es incompatible con el contenido esencial de la dignidad. Su potencial recuperación no cambia el carácter de la pena: el Estado no tiene la obligación de liberar al recluso (peligroso).

(ii) Siempre vulnera el mandato de determinación. Únicamente se fija el mínimo de cumplimiento y los requisitos de la revisión pero no se establece la cuantía máxima de la pena. Requisito que no puede considerarse satisfecho, por la falta de certeza, con la fecha de la muerte del recluso.

Resumen:

El Proyecto de reforma del CP 2013 introduce la prisión permanente revisable dentro del sistema de penas. Se prevé, para evitar la infracción de los principios de humanidad de las penas y de resocialización, la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios trascurridos unos plazos mínimos de cumplimiento. No obstante, su extrema duración y los efectos que tendría la reclusión durante ese periodo ponen en cuestión que sean compatibles con dichos principios. En todo caso representa, en la medida en que puede denegarse indefinidamente la concesión de cualquier beneficio, una potencial privación de libertad permanente, contraria a la dignidad de la persona y al mandato de determinación de las sanciones.

Palabras Clave: Prisión permanente, resocialización, humanidad de las penas.

Abstract:

The ongoing reform of the Penal Code introduces the life imprisonment under revision after minimum years of imprisonment. This kind of revision should comply with the humanity of punishment and the goal of re-socialization. But the extreme duration of the imprisonment put some doubts on the respect

of the principle cited above. For all, the possibility of the denial of the revision will bring the fact a permanent imprisonment which is against human dignity and the clear taxation of penalties.

Keywords: *Life imprisonment, re-socialization, humanity of punishment*

Recibido: el 15 de mayo de 2014

Aceptado: el 1 de junio de 2014

TUTELA JUDICIAL, GARANTÍA PATRIMONIAL E INSOLVENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN: ACERCA DE LOS ASUNTOS DE LUCA C. ITALIA Y PENNINO C. ITALIA (SSTEDH DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2013)

DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO*

SUMARIO:

1. Introducción.
- 2- Las sentencias De Luca y Pennino de 24 de septiembre de 2013.
3. Jurisprudencia relacionada.
4. Valoración de las sentencias y de su impacto sobre el Derecho español.

1. INTRODUCCIÓN

Mediante sus sentencias de 24 de septiembre de 2013, la Sección Segunda del TEDH resuelve los recursos presentados contra la República de Italia por dos nacionales italianos, el Sr. Giovanni De Luca (demanda 43.870/2004) y el Sr. Ciro Pennino (demanda 43.892/2004). En ambos casos, los demandantes alegaban la vulneración de sus derechos a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH), a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) y al respeto de sus bienes (artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH), debido a la imposibilidad legal, según el ordenamiento italiano, de recuperar el importe de sus créditos ante el estado de insolvencia declarada de su deudor, el municipio de Benevento (Campania). El examen de la doctrina del TEDH recogida en ambos asuntos y de sus posibles repercusiones para el Derecho español exige realizar, en primer lugar, una aproximación a los hechos con cierto detenimiento, debido al peculiar contexto normativo que dio origen a ambas demandas, así como exponer de modo sucinto las alegaciones de las partes y la respuesta del Tribunal y su fundamentación (infra 2). A continuación se pone en

* Profesora Ayudante de Derecho Administrativo. Investigadora del Centro de Estudios Europeos. Universidad de Castilla-La Mancha.

relación esta jurisprudencia con la derivada de otros pronunciamientos anteriores del TEDH (infra 3). Por último se realiza una breve reflexión acerca de las implicaciones de la doctrina del TEDH recogida en los asuntos De Luca y Pennino, en particular desde la óptica del Derecho español (infra 4).

2. LAS SENTENCIAS DE LUCA Y PENNINO DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2013

2.1. Los hechos

En diciembre de 1993 el municipio de Benevento se declaró insolvente de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo nº 66 de 1989. En enero de 1994, la gestión financiera del municipio fue confiada a una comisión extraordinaria de liquidación («organo straordinario di liquidazione», en adelante OSL), encargada de la tramitación de un procedimiento de recuperación o reorganización que se articula como un procedimiento concursal ordinario. La finalidad de tal procedimiento radica en procurar la satisfacción proporcional y equitativa de los derechos de los acreedores de la entidad insolvente, así como la recuperación financiera de ésta. De conformidad con la normativa italiana, la OSL convive con los órganos ordinarios de la comunidad, limitándose su competencia a las deudas contraídas por el ente local hasta el 31 de diciembre del año previo a la declaración de insolvencia, sin extenderse a las transacciones financieras posteriores. Para acelerar el procedimiento, la OSL puede proponer a los acreedores del municipio un acuerdo amigable en contrapartida por una disminución del montante de su crédito. En caso de aceptarse la proposición, la suma es pagada inmediatamente al acreedor, que renuncia a toda pretensión ulterior. Si la propuesta es rechazada, la OSL procederá a un pago proporcional respetando el principio de trato equitativo de los distintos acreedores (principio «par condicio creditorum»).

Según la legislación italiana, a partir de la declaración de insolvencia de un municipio y hasta la aprobación de la rendición de cuentas se suspende la aplicación tanto de la tasa de interés legal como de la tasa de compensación a título de inflación respecto de los créditos incluidos en el pasivo por la OSL. Además, según el artículo 248.2 del Decreto Legislativo nº 267 de 2000, durante tal periodo no puede iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de ejecución relativo a los créditos recogidos en la lista de acreedores elaborada por la OSL. Esta última regla no resultaba aplicable, en principio, a los créditos contra el municipio reconocidos por una resolución judicial posterior a la fecha de declaración de insolvencia. Sin embargo, la

ulterior entrada en vigor de la Ley nº 140 de 2004 extendió también a este ámbito la aplicación de las reglas aludidas.

En los años 1987 y 1992, respectivamente, los señores Pennino y De Luca habían iniciado sendos procedimientos judiciales de reclamación de daños y perjuicios contra el municipio, después declarado insolvente. El Tribunal de Benevento, mediante sentencias de 21 de julio de 2002 (devenida definitiva el 22 de marzo de 2003) y de 18 de noviembre de 2003 (devenida definitiva el 9 de mayo de 2004), resolvió los citados recursos a favor de los actores, condenando al municipio al pago de una determinada cantidad a la que debían añadirse los intereses legales y una suma a título de compensación de la inflación. Los créditos reconocidos judicialmente en favor de los señores De Luca y Pennino fueron incluidos en la lista de acreedores por la OSL, deviniendo inejecutables a partir de la entrada en vigor de la Ley nº 140 de 2004. Entre los años 2005 y 2006, la OSL ofreció a cada uno de los demandantes un acuerdo amigable por valor del 80% de sus respectivos créditos, propuesta que fue rechazada por ambos.

2.2. Las alegaciones de las partes

Ante la situación descrita, tanto el Sr. De Luca como el Sr. Pennino alegaban en sus respectivas demandas que la entrada en vigor de la Ley nº 140 de 2004 tuvo por efecto aplazar *«sine die»* la posibilidad de recuperar sus créditos, lo que constituiría una vulneración del derecho al disfrute de los bienes recogido en el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio. Los demandantes alegaban que tal injerencia no podía calificarse como legal, porque habría impuesto sobre ellos la obligación de soportar una carga excesiva y exorbitante, derivada de la creación de una situación de incertidumbre respecto del cobro de sus créditos, de la eliminación de toda posibilidad de tutela jurisdiccional y de la privación de los intereses legales y de la suma a título de compensación de la inflación correspondientes a la duración del procedimiento de liquidación. Frente a ello, el Gobierno italiano alegaba que el procedimiento de recuperación subsiguiente a la declaración de insolvencia de un municipio está dirigido a lograr la liquidez necesaria para afrontar el pago de los créditos de la municipalidad, por lo que tal procedimiento no determina en modo alguno una imposibilidad de que los demandantes recobren el importe de sus créditos, ni una afección a la sustancia misma del derecho de aquéllos, sino tan sólo una ligera reducción del montante de sus créditos. Según el Gobierno, la situación de insolvencia del municipio era independiente de la voluntad del Estado, y la intervención de éste respondería a una razón de interés general, cifrada en la necesidad de garantizar a todos los acreedores la igualdad de tratamiento en el pago de sus créditos. Además, el Gobierno aducía que fueron los

propios demandantes quienes eligieron no recuperar su crédito al rechazar las respectivas propuestas de acuerdo amigable realizadas por la OSL.

De otro lado, en ambos asuntos los demandantes aducían que la imposibilidad de entablar un procedimiento de ejecución de las sentencias que declaraban sus créditos frente al municipio de Benevento hasta el restablecimiento de la situación financiera del municipio, y por tanto hasta una fecha impredecible, comportaba una violación de los artículos 6.1 y 13 CEDH. En ambos casos se alegaba además la existencia de un prolongado lapso temporal entre el momento de iniciación de los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios y la sentencia recaída en su favor (más de once años en el caso De Luca, y más de quince en el asunto Pennino). El Gobierno aducía, por su parte, que la admisión de acciones ejecutivas individuales durante la tramitación del procedimiento de reorganización financiera del municipio resulta por definición incompatible con la finalidad de tal procedimiento, al comprometer el respeto al principio de «par condicio creditorum».

2.3. La interpretación del TEDH

2.3.a) *Sobre la vulneración del derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1)*

A la hora de resolver sobre la denunciada infracción del artículo 1 del Protocolo núm. 1, el TEDH parte de la consideración de que, en la medida en que los respectivos demandantes eran titulares de un derecho de crédito establecido, líquido y exigible en virtud de sendas resoluciones judiciales del Tribunal de Benevento, resulta posible afirmar que ambos ostentaban un bien en el sentido del citado precepto¹. A tal efecto, el Tribunal se refiere a su reiterada jurisprudencia según la cual un crédito puede constituir un bien protegido por el artículo 1 del Protocolo si se encuentra lo suficientemente establecido como para resultar exigible («if it is sufficiently established to be enforceable»)².

1 De Luca, ap. 50-51; Pennino, ap. 54-55.

2 Además de la STEDH de 9 de diciembre de 1994 en el asunto Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grecia y de la STEDH de 7 de mayo de 2002 en el asunto Bourdov c. Rusia, citadas expresamente en De Luca y Pennino, vid. S. VAN DROOGHENBROECK, “The concept of ‘possessions’ within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *The European Legal Forum*, nº 7, 2000, p. 437 y ss.; T. ALLEN, “The Autonomous Meaning of ‘Possessions’ under the European Convention on Human Rights”, en E. Cooke (Ed.), *Modern Studies in Property Law* Volume 2, Hart Publishing,

Acto seguido, el TEDH afirma que existió una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes y, en particular, en la primera de las normas contenidas en el artículo 1 del Protocolo (esto es, la cláusula general de respeto al disfrute de los bienes), derivando tal infracción de tres hechos: (i) que el municipio deudor no había satisfecho el importe de los respectivos créditos, (ii) que los acreedores carecían de la posibilidad de establecer un procedimiento de ejecución de las sentencias que les favorecían, y (iii) que de haberse aceptado las ofertas de acuerdo amigable los demandantes habrían perdido el 20% del importe de su crédito y renunciado a los intereses legales y a la suma a título de compensación de la inflación sobre la cuantía debida por el municipio desde la fecha de declaración de insolvencia de éste³.

A continuación, el Tribunal pasa a examinar si la constatada injerencia puede ser considerada admisible a la luz de la primera norma del artículo 1 del Protocolo. Y frente a la postura del Gobierno, que aducía la existencia de una finalidad de interés general capaz de justificar las restricciones impuestas sobre los derechos de los demandantes, el TEDH afirma que “la falta de recursos de un municipio no puede justificar su exención de cumplir con las obligaciones declaradas en su contra en una sentencia definitiva”⁴. Tras afirmar, por tanto, que ni la insolvencia municipal ni la necesidad de garantizar el principio de «par condicio creditorum» constituyen una razón suficiente para justificar las injerencias nacionales en el derecho protegido por el artículo 1.1 del Protocolo, el Tribunal parece apuntar también de forma implícita a la existencia de una desproporción entre el objetivo perseguido con la medida y el perjuicio provocado por ella en el derecho de los demandantes. Así se deriva de la referencia que el Tribunal efectúa a su Sentencia en el asunto *Ambruosi c. Italia*⁵, donde afirmó que la normativa nacional enjuiciada en el caso concreto, que impedía a los demandantes llevar a ejecución las sentencias que les reconocían un crédito contra el poder público nacional, vulneraba el artículo 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1. Aunque en este caso el Tribunal no se apoyó en la inexistencia de un fin legitimador de la restricción, sino en la quiebra del necesario equilibrio que debe existir entre el respeto al derecho al disfrute de los bienes y las exigencias del interés público⁶.

Oxford, 2003, p. 57 y ss.; A. RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 2003, p. 144 y ss.

3 De Luca, ap. 52-53; Pennino, ap. 56-57.

4 De Luca, ap. 54; Pennino, ap. 58.

5 *Ibidem*.

6 STEDH de de 19 de octubre de 2000, ap. 34.

2.3.b) *Sobre la vulneración de los derechos a un proceso equitativo y a un recurso efectivo (artículos 6.1 y 13 CEDH)*

El TEDH comienza examinando el motivo a la luz del artículo 6.1 de la Convención, recordando que el derecho de acceso al proceso recogido en tal precepto está integrado, entre otros extremos, por el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales⁷. El Tribunal constata que por efecto del artículo 5.2 de la Ley nº 140 de 2004 los demandantes se encontraban ante la imposibilidad de obtener la ejecución de sus créditos, y que por tanto sufrieron una injerencia en el ejercicio de su derecho a un tribunal⁸.

A continuación, el TEDH recuerda que el derecho consagrado en el artículo 6.1 CEDH no reviste un carácter absoluto, sino que puede verse limitado de forma compatible con el Convenio siempre y cuando tales restricciones respondan a un fin legítimo, exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, y se respete la sustancia del derecho afectado⁹. El Tribunal considera que en este contexto, y a diferencia de lo que acababa de afirmar respecto del derecho de propiedad, el objetivo de asegurar la igualdad de trato entre los acreedores constituye una finalidad legítima susceptible en principio de justificar la limitación impugnada¹⁰. Sin embargo, la medida no supera, en opinión del TEDH, la exigencia de proporcionalidad entre fines y medios. A tal efecto, el Tribunal señala que la fecha futura hasta la que se extendía la restricción de la posibilidad de obtener la ejecución de las resoluciones judiciales revestía un carácter incierto y que escapaba completamente del control de los demandantes, apuntando además que hasta la fecha (2013) no se ha producido la rendición de cuentas, por lo que la injerencia se habría extendido durante un periodo de tiempo excesivamente prolongado. Por ello, el Tribunal afirma que no concurre la relación razonable de proporcionalidad que debe existir entre la finalidad perseguida con la medida y la restricción que ésta supone para el derecho de acceso a la justicia del artículo 6.1 CEDH, que ha devenido por lo tanto vulnerado, sin que resulte necesario pronunciarse acerca de si ha existido o no infracción del artículo 13 del Convenio¹¹.

3. JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los asuntos objeto de comentario no han sido los primeros en los que el TEDH se ha enfrentado, desde la óptica de los artículos 6.1 CEDH y 1 del Protocolo Adi-

7 De Luca, ap. 66; Pennino, ap. 70.

8 De Luca, ap. 67-68; Pennino, ap. 71-72.

9 De Luca, ap. 69; Pennino, ap. 73.

10 De Luca, ap. 70; Pennino, ap. 74.

11 De Luca, ap. 71-74; Pennino, ap. 75-78.

cional núm. 1, al enjuiciamiento de medidas estatales cifradas en la inejecución de un crédito judicialmente reconocido. Antes al contrario, existe una abundante jurisprudencia del Tribunal que muestra cómo en este tipo de contextos la disociación entre la vulneración de ambos preceptos resulta particularmente difícil. La ligazón entre la tutela de la propiedad y el derecho de acceso a la justicia ha sido expresamente subrayada por el TEDH, que tiene establecido que la protección europea del derecho de propiedad, aunque no contempla expresamente garantías procesales, sí que incluye la exigencia de que los interesados deban disponer de medios eficaces para hacer valer ante las autoridades internas las alegaciones que estimen pertinentes en defensa de sus intereses patrimoniales¹².

Así, en el asunto Matheus c. Francia (2005)¹³, el TEDH declaró que la falta de ejecución de una decisión jurisdiccional que ordenaba a un tercero el desalojo de una finca del demandante constitúa una injerencia estatal vulneradora de los artículos 6.1 CEDH y 1 del Protocolo, pues aun cuando la medida persiguiese objetivos legítimos de protección social de los sujetos afectados por el desahucio, se había prolongado por un periodo de tiempo excesivo (dieciséis años). En particular, el TEDH señaló en este caso que el ejercicio real y efectivo del derecho al disfrute de los bienes consagrado en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1 requiere no sólo la abstención de injerencias por parte de las autoridades estatales, sino también el ejercicio por su parte de medidas positivas de protección, entre las que puede encontrarse la obligación de ejecutar o hacer ejecutar una resolución judicial¹⁴.

En el caso Burea y otros c. Moldavia (2011)¹⁵, el Tribunal hubo de analizar la compatibilidad con el sistema del Convenio de la inejecución de varias resoluciones judiciales de los Tribunales moldavos que reconocían a los demandantes, entre otros extremos, el derecho a percibir de la Administración una indemnización por la confis-

12 Por todas, cfr. la STEDH de 25 de julio de 2002, Sovtransavto Holding c. Ucrania, ap. 96, y la STEDH de 16 de octubre de 2009, Zehentner c. Austria, ap. 73-75. Acerca de la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas al Artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1, véase J. BARCELONA LLOP, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2013, p. 22 y ss.; S. PRADUROUX, *The protection of property rights in comparative perspective: a study on the interaction between European human rights law and Italian and French property law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013, p. 63 y ss.; A. RIZA ÇOBAN, *op. cit.*, p. 164 y ss.

13 STEDH de 31 de marzo de 2005, ap. 54-60

14 STEDH de 31 de marzo de 2005, ap. 69-70.

15 STEDH de 13 de diciembre de 2011, ap. 32-33, citando a su vez las SSTEDH de 18 de mayo de 2004, Prodan c. Moldavia, ap. 56 y 62; de 15 de junio de 2004, Sîrbu y otros c. Moldavia, ap. 40; y de 21 de marzo de 2006, Lupacescu y otros c. Moldavia, ap. 24.

cación de sus bienes, acaecida décadas atrás. En su respuesta al caso, el TEDH señaló que la imposibilidad de que un acreedor pueda obtener la ejecución de las sentencias dictadas en su favor de una forma plena y en un plazo de tiempo razonable constituye una vulneración del derecho de acceso a la justicia (artículo 6.1 del Convenio) y del derecho al libre disfrute de sus bienes (artículo 1 del Protocolo núm. 1).

De particular interés resulta, para concluir esta apretada síntesis jurisprudencial, la sentencia dictada por el TEDH en el asunto Bourdov c. Rusia (2002)¹⁶, en la que se examinó la aptitud de las dificultades de tesorería experimentadas por la Administración condenada al pago de una cantidad líquida para justificar los retrasos en la ejecución de las correspondientes resoluciones judiciales en su contra. Según el TEDH, las autoridades de un Estado contratante no pueden escudarse en su carencia de recursos para dejar de satisfacer una deuda declarada en su contra por una resolución judicial. Tales circunstancias pueden servir para justificar una cierta demora en la ejecución de las sentencias concernidas, pero ello no puede tener como consecuencia un atentado a la sustancia misma del derecho de acceso a la justicia, como sucede cuando el lapso temporal durante el cual se extiende la injerencia es excesivamente prolongado. Por lo demás, según el Tribunal la falta de recursos de una entidad pública no puede, en ningún caso, justificar una vulneración del artículo 1.1 del Protocolo derivada de la falta de ejecución de los créditos reconocidos contra la Administración mediante una sentencia firme¹⁷.

4. VALORACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y DE SU IMPACTO SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

4.1. Principio «par condicio creditorum» y restricción de los derechos recogidos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

Las dos posiciones jurídicas cuya vulneración se alegaba en los asuntos De Luca y Pennino comparten una misma estructura normativa: ambas constituyen principios cuyas exigencias pueden verse cumplidas en mayor o menor medida dependiendo de las razones jurídicas que, en cada caso, se presenten como contrapuestas a aquellos. Al TEDH compete realizar un análisis de la adecuación al sistema del CEDH de las ponderaciones realizadas en cada caso por las autoridades nacionales cuando de ellas se derive una presunta infracción de alguno de los derechos consa-

16 STEDH de 7 de mayo de 2002, ap. 35-38.

17 *Ibidem*, ap. 41-42.

grados en el Convenio o sus Protocolos¹⁸. Aunque el Tribunal lo afirma expresamente en esta ocasión sólo respecto del derecho de acceso a la justicia, también en el caso del derecho de propiedad la compatibilidad de las medidas estatales con el sistema del CEDH depende de la satisfacción de un triple requisito: la presencia de una finalidad de interés público o general que legitime la injerencia estatal, la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre medios y fines y el respeto de la sustancia del derecho objeto de restricción¹⁹.

La jurisprudencia del TEDH se ha caracterizado en general por la flexibilidad a la hora de determinar las finalidades de interés público susceptibles de legitimar las injerencias nacionales en los derechos reconocidos en el sistema del Convenio, así como en la aplicación del test de proporcionalidad entre fines y medios. Esta flexibilidad trae su causa del reconocimiento a los Estados de un margen de apreciación en sendos ámbitos. La extensión del margen de apreciación estatal y la correlativa intensidad del control ejercitado por el TEDH se ha hecho depender en la jurisprudencia del Tribunal, entre otros extremos, del concreto derecho afectado y de la gravedad de la injerencia considerada en cada caso. En particular, en el contexto del derecho de propiedad la jurisprudencia del TEDH ha mostrado tradicionalmente una fuerte autocontención respecto del control del margen de apreciación que corresponde a los Estados a la hora de determinar qué intereses pueden constituir finalidades de interés público susceptibles de restringir el derecho de propiedad del artículo 1.1 del Protocolo, así como en cuanto al enjuiciamiento de la proporcionalidad entre fines y medios²⁰. Sin embargo, esta tendencia quiebra en casos como el presente, en que la finalidad aducida por el Estado para restringir el derecho de propiedad consiste en permitir la tutela equitativa de los acreedores de un ente público declarado insolvente. La posición adoptada por el Tribunal parece susceptible de valoración positiva si se tiene en cuenta que probablemente con ella haya pretendido impedirse que los Estados se escuden

18 Véase al respecto J. BRAGE CAMAZANO, “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *REDC*, nº 74, 2005, p. 121 y ss.

19 Véase en este sentido, entre otras, las STEDH de 29 de julio de 2004, Bäck c. Finlandia, ap. 59 y ss. En el caso del derecho de propiedad, sin embargo, el Tribunal suele omitir este último requisito, haciendo hincapié en su lugar en la exigencia de legalidad de la injerencia estatal. Véase al respecto D. POPOVIC, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2009, p. 52 y ss.

20 Al respecto, D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2011, p. 73 y ss.; Y. WINISDOERFFER, “Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1”, *Human Rights Law Journal*, nº 19, 1998, p. 18 y ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, p. 149 y ss.

en situaciones de insolvencia para incumplir de modo sistemático las obligaciones de tutela de la propiedad que les incumben en virtud del Protocolo Adicional núm. 1.

Sin embargo, lo que resulta difícilmente comprensible es la diferente valoración que en los asuntos De Luca y Pennino el Tribunal realiza de la aptitud del principio «par condicio creditorum» para justificar las restricciones nacionales a los derechos en función de la posición iusfundamental afectada en cada caso. Así, en el supuesto del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1) el Tribunal rechaza que la tutela equitativa de los créditos de los distintos acreedores de una entidad pública en estado de insolvencia pueda erigirse en finalidad de interés general suficiente para legitimar las restricciones nacionales al derecho en cuestión. Por el contrario, cuando lo que resulta afectado es el derecho de acceso a la justicia (artículo 6.1 CEDH), el Tribunal acepta sin más que ese mismo objetivo constituye una finalidad legítima capaz de justificar las restricciones sobre el derecho de acceso a la justicia; y ello aun cuando –conviene destacarlo– el propio Tribunal acababa de afirmar expresamente en relación con el derecho de propiedad que “la falta de recursos de un municipio no puede justificar su exención de cumplir con las obligaciones declaradas en su contra en una sentencia definitiva”.

Las razones que sustentan esta diferencia de criterio en función del derecho afectado no son objeto de motivación, sin embargo, por el TEDH, y dotan a su doctrina de una considerable dosis de incongruencia, si se tiene en cuenta que en ambos casos la medida enjuiciada es la misma (la prohibición nacional de entablar o proseguir procedimientos de ejecución de créditos judicialmente reconocidos contra un municipio declarado insolvente) y que responde a una idéntica finalidad (garantizar el trato equitativo de los acreedores del municipio deudor). Esta diferente valoración por parte del TEDH de los motivos aducidos por los Estados como justificación para restringir los derechos reconocidos en el artículo 6.1 CEDH y 1.1 del Protocolo se había plasmado ya, también sin justificación expresa, en el asunto Bourdov c. Rusia de 7 de mayo de 2002, antes citado, respecto de la alegación gubernamental de la falta de recursos de una Administración para hacer frente a las condenas pecuniarias dictadas por el poder judicial en su contra. Resulta difícilmente comprensible, y merecería ser objeto de justificación expresa por parte del Tribunal, el hecho de que el margen de apreciación reconocido a los Estados sea mayor en estos supuestos respecto del derecho de propiedad que respecto del derecho de acceso a la justicia. Y ello máxime si se tiene en cuenta que éste último puede entenderse aún más estrechamente conectado que aquél con la libertad y con el principio de Estado de Derecho, constituyendo la garantía última del resto de derechos y libertades.

Con independencia de ello, de la interpretación del TEDH en los dos asuntos comentados se deriva de forma expresa que el dato que excluye la capacidad del principio de trato equitativo de los acreedores para legitimar las restricciones nacionales al derecho de propiedad consiste en el carácter público del deudor declarado insolvente. El TEDH parece sentar así una presunción «iuris et de iure» de solvencia de las entidades públicas²¹, opción ésta que probablemente no carezca de sentido en la medida en que el Estado concernido disponga de margen para aumentar su capacidad presupuestaria, a cuyo fin resulta difícilmente imaginable una situación en que devenga imposible aumentar la presión fiscal sobre los contribuyentes. Ello permite distinguir a estos supuestos, por lo demás, de los que pueden plantearse en aplicación de las normativas nacionales que disciplinan el desarrollo de procedimientos concursales o de insolvencia referidos a deudores de carácter privado. En el contexto de este tipo de procedimientos, los acreedores se enfrentan de ordinario a una reducción del montante de su crédito (a través del pacto de quitas, de la suspensión de intereses desde la fecha de declaración del concurso y, en caso de liquidación, del impago total o parcial de sus créditos), así como a una demora en su satisfacción y a la imposibilidad de entablar acciones individuales de ejecución de sus créditos. La finalidad de este tipo de instrumentos normativos radica también en la protección equitativa de los distintos acreedores del deudor común, pero no por ello parece que quepan entenderse como incompatibles con los derechos protegidos por el artículo 6 del Convenio y 1 del Protocolo, siempre y cuando la restricción que supongan respecto de éstos satisfaga las exigencias derivadas del «test» de proporcionalidad entre fines y medios. Así lo ha señalado el propio TEDH expresamente en el asunto Bäck c. Finlandia²².

4.2. Ejecución de sentencias contra la Administración, garantía patrimonial y tutela judicial en el ordenamiento español

4.2.a) *Los límites a la ejecución de sentencias contra la Administración en el Derecho español*

El Derecho español no contempla la posibilidad de que los entes de Derecho público puedan ser objeto de una declaración de insolvencia formal, ni por tanto prohíbe la inter-

21 SSTEDH de 11 de enero de 2000, Almeida Garrett, Mascarenhas Falçao y otros c. Portugal, ap. 53, y de 29 de julio de 2004, Bäck c. Finlandia, ap. 59.

22 STEDH de 29 de julio de 2004, ap. 59: "...el Tribunal señala que algunos Estados Contratantes han establecido un marco legislativo para permitir el ajuste de las deudas de las personas físicas bajo ciertas condiciones. No tiene razón para dudar del criterio del legislativo de Finlandia de que, en el momento de los hechos, era de urgente y apremiante interés público permitir a los deudores la posibilidad de solicitar ajustes de las deudas en algunas situaciones concretas..."

posición de acciones de ejecución individuales contra la Administración por parte de los distintos acreedores. En efecto, el artículo 1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece en su primer apartado que “la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”, puntualizando en su tercer inciso que “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público”²³. Por tanto, el problema de la insolvencia concursal del deudor no se planteará cuando tal posición sea ocupada por un sujeto perteneciente a alguna de las tres categorías enumeradas en el artículo 1.3 LC. La primera de ellas (las “entidades que integran la organización territorial del Estado”) comprende las diferentes Administraciones públicas territoriales (artículo 2.1 LRJAP: Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y Entidades integrantes de la Administración local). Por su parte, por “organismos públicos” deben entenderse las entidades incluidas en el artículo 2.2 LRJAP, es decir, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquier Administración territorial (en el nivel estatal, organismos autónomos y entidades públicas empresariales). Por último, la mención genérica a los “demás entes de Derecho público” suele interpretarse como alusiva a las Corporaciones de Derecho Público, Universidades públicas y otros entes públicos de régimen singular²⁴. Por exclusión, se deduce que sí pueden ser declaradas en concurso las fundaciones públicas y las sociedades mercantiles públicas en la medida en que su forma de personificación jurídica es de Derecho privado, y por lo tanto difícilmente pueden entenderse incluidas en la alusión del art. 3.1 LC a los “demás entes de Derecho público”²⁵.

Sin perjuicio de que, según lo recién expuesto, no queda en el Derecho español vigente una situación como la planteada en los asuntos De Luca y Pennino, la doctrina vertida

23 Según J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (“Artículo 1.3. Presupuesto subjetivo”, en J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 91-92), la excepción formulada por el artículo 1.3 LC no es sino la plasmación de un principio general de paraconcursalidad de las Administraciones públicas contenido en una variedad de disposiciones legislativas: así, el artículo 23.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), y el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

24 M. M. Hernández Rodríguez y N. Orellana Cano, “Artículo 1. Presupuesto objetivo” en P. Prendes Carril (Dir.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2009, p. 79.

25 J. Sánchez-Calero Guilarte, *op. cit.*, p. 94. Véase también T. Vázquez Lepinette, “La disciplina de las empresas públicas por el Derecho concursal: posibilidad, realidad y consecuencias (breves notas sobre la diferencia entre el Derecho legislado y el Derecho aplicado)”, *RDCPC*, nº 8, 2008, p. 275-279, acerca del auxilio financiero que suelen prestar los accionistas públicos a sus participadas. Auxilio que, por cierto, plantea problemas desde el punto de vista de las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado; véase al respecto la STG de 20 de septiembre de 2012 en el asunto T-154/10.

por el TEDH a propósito de ambos, así como la reseñada en el epígrafe anterior de este comentario, puede resultar de interés para el intérprete interno si se repara en la existencia en nuestro Ordenamiento de otros mecanismos, distintos al concursal, limitativos de la posibilidad de obtener la ejecución de una resolución judicial condenatoria frente a la Administración. Se trata de las figuras de la imposibilidad material o legal de ejecución y de la expropiación de derechos reconocidos en una sentencia, en el caso de la ejecución de las condenas «*in natura*» contra la Administración, así como de la inembargabilidad de los bienes públicos, respecto de la ejecución de condenas de carácter pecuniario.

Así, por lo que hace a la ejecución de las sentencias que imponen sobre la Administración una obligación «*in natura*», el Derecho español recoge dos mecanismos que permiten excepcionar el cumplimiento de la resolución judicial en sus propios términos y sustituirlo por su equivalente económico: la inejecución debida a causas de imposibilidad material o legal (artículo 105.2 LJCA²⁶) y la expropiación de los derechos reconocidos contra la Administración en una sentencia (artículo 105.3 LJCA²⁷), ambos recogidos también en el artículo 18.2 LOPJ²⁸. A pesar de su deno-

26 Artículo 105.2 LJCA: “Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

27 Artículo 105.3 LJCA: “Son causas de utilidad pública o de interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. La declaración de la concurrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de la Nación; podrá también efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración de dicha Comunidad o de las Entidades locales de su territorio, así como de las Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de una y otras.

La declaración de concurrencia de alguna de las causas mencionadas en el párrafo anterior habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia. El Juez o Tribunal a quien competa la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente indemnización y, si la causa alegada fuera la de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo”.

28 Al respecto, véase M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 323 y ss., quien señala sin embargo que pese al tenor del artículo 18.2 LOPJ la única causa que puede constitucionalmente legitimar la

minación, ninguno de los dos mecanismos mencionados conlleva sin embargo una verdadera inejecución de las sentencias que condenan a la Administración a realizar una prestación no pecuniaria, en el sentido de que permitan a aquélla eximirse de toda obligación impuesta por la resolución judicial en cuestión. Antes bien, los instrumentos citados se limitan a permitir, ante la concurrencia de ciertos supuestos de carácter tasado y excepcional, la transformación del contenido del fallo en una suma dineraria equivalente al valor económico de la prestación «*in natura*» que resulta incumplida. Ello permite mantener, cuanto menos en línea de principio, su compatibilidad con los principios de garantía patrimonial (artículo 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1) y de tutela judicial efectiva (artículo 6.1 CEDH).

Por el contrario, el ordenamiento procesal español no ha previsto la posibilidad de que las resoluciones judiciales que imponen sobre la Administración una condena dineraria puedan quedar excepcionadas de la ejecución en sus propios términos. La única especialidad al respecto es la recogida en el artículo 106.4 LJCA²⁹, que permite modular la forma de cumplimiento de la sentencia cuando la misma pueda producir un trastorno grave a la Hacienda de la Administración condenada. Al margen de esta posibilidad, en defecto de cumplimiento voluntario por parte de la Administración obligada por el fallo el artículo 106.3 permite instar la ejecución forzosa de la sentencia, a cuyo efecto los artículos 108 y 112 LJCA posibilitan al órgano jurisdiccional el empleo de todas las medidas necesarias para lograr la eficacia de lo mandado, sin diferenciar en función del contenido de la prestación a que resulta condenada la Administración³⁰. Entre tales medidas se incluyen, según los artículos recién citados, tanto mecanismos de ejecución indirectos –imposición de multas coercitivas, exigencia de responsabilidad civil y penal– como medios de ejecución directos –la ejecución sustitutoria³¹. Esta última medida resulta, además, especialmente adecuada en el caso de las condenas de contenido pecuniario, dada su fungibilidad.

inejecución de una sentencia contra la Administración radica en la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

29 Artículo 106.4 LJCA: “Si la Administración condenada al pago de cantidad considerase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla”.

30 Con anterioridad a la promulgación de la vigente LJCA, la STC 67/1984, de 7 de junio, entre otras, se había referido a la aplicabilidad supletoria de las reglas sobre ejecución de sentencias contenidas en la LEC para dotar de efectividad a las condenas judiciales contra la Administración pública.

31 Sobre la ejecución forzosa directa de las sentencias de condena contra la Administración, véase entre otros M. BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, e I. MARTÍN DELGADO, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Iustel, Madrid, 2006.

Sin embargo, la operatividad de la ejecución sustitutoria como mecanismo de cumplimiento forzoso de las condenas pecuniarias impuestas a la Administración resulta seriamente matizada si se pone en relación con el límite que para su utilización supone la vigencia del privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos³². En efecto, el embargo y apremio judicial sobre los bienes y derechos de la Administración encuentra como barrera el carácter de inembargables que, partiendo del mandato del artículo 132.1 CE³³, la legislación vigente atribuye a algunos de los bienes de que son titulares las distintas Administraciones públicas. Ciertamente esa legislación ha matizado el alcance del privilegio que comentamos haciéndose eco de la doctrina recogida al respecto en la conocida STC 166/1998, de 15 de julio³⁴, que estableció la embargabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración local siempre que no se hallaren afectos a un uso o servicio público, pero que rechazó que el embargo y ejecución pudieran extenderse a los fondos de la Hacienda local, por entender que los recursos que la componen están preordenados en los presupuestos de la entidad a concretos fines de interés general. A raíz de ello, de los vigentes

32 Téngase en cuenta, sin embargo, que la inembargabilidad de los bienes públicos plantea restricciones a la efectividad del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales más allá del ámbito de las condenas dinerarias. Piénsese, por ejemplo, en el surgimiento de obligaciones dinerarias como consecuencia de un procedimiento de ejecución de una obligación «in natura». En este sentido, G. PÉREZ DEL BLANCO, *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo*, Del Blanco Editores, León, 2003, p. 340.

33 Artículo 132.1 CE: “La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”.

34 Sobre esta sentencia, véanse entre otros L. A. BALLESTEROS MOFFA, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)”, *RAP*, nº 148, 1999, p. 195 y ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un Comentario de urgencia a la STC 166/1998, de 15 de julio)”, *REALA*, nº 278, 1998, p. 11 y ss.; E. COLOM PIAZUELO, “Los bienes públicos y su estatuto jurídico: reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 de julio”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, 1998, p. 575 y ss.; A. FANLO LORAS, “El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: a propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio”, *Justicia Administrativa*, nº 3, 1999, p. 35 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, “La embargabilidad de los bienes patrimoniales de las corporaciones locales: Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio”, *Revista de Derecho Social*, nº 4, 1998, p. 129 y ss.; J. V. MOROTE SARRIÓN, “La embargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 15 de julio”, *REALA*, nº 280-281, 1999, p. 571 y ss.

artículos 173.2 TRLHL³⁵, 30.3 LPAP³⁶ y 23.1 LGP³⁷ se deriva que a la hora de ejecutar judicialmente un crédito contra la Administración únicamente serán susceptibles de embargo sus bienes patrimoniales, siempre y cuando los mismos no se encuentren materialmente afectos a un servicio público o a una función pública. Además, en el caso de la Administración estatal, los bienes patrimoniales sólo serán embargables si, además, (i) sus rendimientos o el producto de su enajenación no están legalmente afectos a fines determinados, y si (ii) no se trata de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Por lo tanto, se mantienen las restricciones a la embargabilidad de los bienes patrimoniales, fundadas en las exigencias de eficacia de la Administración y de continuidad en la prestación de los servicios públicos³⁸. Resulta cuestionable, no obstante, que tales motivos puedan servir de fundamento constitucional a la inembargabilidad del dinero público consagrada por las disposiciones legislativas recién citadas³⁹. La razón es que, como ha señalado la

35 Artículo 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: “Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”.

36 Artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: “Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general...”

37 Artículo 23.1 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: “Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

38 La STC 166/1998, de 15 de julio, y las que le siguieron (STC 201/1998, de 14 de octubre, STC 210/1998 de 27 de octubre y STC 228/1998, de 1 de diciembre) habían encontrado en ambos principios el fundamento de la inembargabilidad de los bienes públicos afectados a un uso o servicio público.

39 Por cierto que, contraviniendo el tenor literal de tales reglas, el Tribunal Supremo ha admitido en ocasiones el embargo de fondos y caudales públicos cuando la acreedora fuere otra Adminis-

doctrina, la premisa de la vinculación presupuestaria de los fondos públicos a concretos fines de interés general no se cohonesta con el principio presupuestario de no afectación de los ingresos a los gastos (artículo 27.3 LGP)⁴⁰. Tampoco el principio de legalidad presupuestaria constituye, según el parecer doctrinal predominante, una razón jurídica suficiente para limitar el principio constitucional de tutela judicial efectiva⁴¹. Por último, la aplicación del privilegio de inembargabilidad a los fondos de las entidades públicas se ve contradicha por la previsión contenida en los artículos 49 y 51 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, que permiten a los entes de la Administración local garantizar el pago de sus obligaciones derivadas de operaciones de crédito a corto plazo mediante la afectación al pago de la deuda de sus recursos tributarios.

En definitiva, según el ordenamiento español vigente la satisfacción de la legítima pretensión de un particular que ostenta un crédito judicialmente reconocido contra la Administración a ver ejecutado forzosamente su contenido, en defecto de cumplimiento voluntario, se encuentra condicionada a la existencia en el patrimonio de la Administración deudora de bienes patrimoniales no afectos directa ni indirectamente a la satisfacción de funciones públicas. De no existir tales bienes, y ante la imposibilidad de proceder al embargo de los fondos de la Administración obligada al pago, el órgano jurisdiccional sólo podrá emplear contra aquélla los medios de ejecución de carácter indirecto legalmente previstos (la imposición de multas coercitivas, la exacción de responsabilidad civil y penal), es decir, mecanismos que no garantizan la ejecución de lo mandado, sino que se limitan a constreñir la voluntad del sujeto obligado para que sea él quien ejecute la prestación debida⁴².

tración; así, el ATS de 24 de septiembre de 1999 [ROJ 391/1999] y la STS de 9 de febrero de 2005 [ROJ 729/2005]

40 Así, L. A. BALLESTEROS MOFFA, *op. cit.*, p. 215.

41 Véanse también las críticas a la inembargabilidad del dinero público contenidas en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”, *REDA*, nº 52, 1986, p. 500 y ss., y “Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, *DA*, nº 209, 1987, p. 7 y ss.; A. RUIZ OJEDA, *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero público*, Civitas / Universidad de Málaga, Madrid, 1993, p. 110 y ss., 248 y ss., y “La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo Contencioso y la Sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional”, *REDA*, nº 103, 1999, p. 423 y ss.

42 Según L.A. BALLESTEROS MOFFA, *op. cit.*, p. 216, “es el embargo, en definitiva, la única medida de ejecución forzosa de las condenas pecuniarias que puede garantizar verdaderamente su satisfacción efectiva”.

Por último, cabe también preguntarse acerca del impacto que sobre la ejecución de créditos judicialmente reconocidos contra la Administración pueda tener el nuevo artículo 135 CE, cuyo apartado tercero establece que el pago del capital y de los intereses de la deuda pública de las Administraciones gozará de prioridad absoluta. Esta cuestión requeriría de un análisis en profundidad y sólo puede, por ello, dejarse aquí apuntada.

4.2.b) Puesta en relación con la jurisprudencia del TEDH

La doctrina del TEDH en torno a la demora en la ejecución de créditos reconocidos judicialmente y su compatibilidad con los artículos 6 CEDH y 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1 ostenta una relevancia particular cuando se proyecta sobre una situación de crisis económica como la que atraviesa el Estado español desde hace algunos años. En un contexto como el presente, de acuciante falta de liquidez de las Administraciones públicas y de morosidad generalizada en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias⁴³, la configuración normativa de las posibilidades de embargo y ejecución de los bienes públicos adquiere la mayor de las relevancias. El hecho de que los límites legalmente impuestos a la ejecución forzosa de las sentencias pecuniarias contra la Administración respondan a una finalidad de interés público más o menos discutible, pero que sólo adquiere relevancia en situaciones de iliquidez de los entes públicos, no parece, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en la materia, que pueda servir de salvaguarda a largo plazo al Estado español frente a las exigencias derivadas de los artículos 6 CEDH y 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1.

En efecto, de la jurisprudencia del TEDH expuesta se deriva que en caso de inejecución de un crédito judicialmente reconocido debido a las dificultades de tesorería padecidas por la Administración deudora existirá, por definición, una violación del artículo 1.1 del Protocolo núm. 1, en tanto que la falta de recursos de un ente público no puede servir como justificación de las restricciones nacionales al derecho

43 Situación de la que se han hecho eco expreso, entre otras normas, el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos; el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales; y el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

de libre disfrute de los bienes. La relevancia de esta doctrina no precisa ser subrayada ante la previsible multiplicación de demandas contra el Estado español por demora en el pago de sus deudas debido a problemas de liquidez. Sin embargo, en este punto conviene recordar la todavía vigente reserva que España formuló en su momento al artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1⁴⁴. La posibilidad de activar la reserva persiste de manera formal, a pesar de la cuestionable relevancia práctica que aquélla ha ostentado hasta la fecha: téngase en cuenta que el propio TC ha utilizado el precepto objeto de reserva y la jurisprudencia que lo interpreta como canon hermenéutico del artículo 33 CE⁴⁵, y que además la reserva vino acompañada de una Declaración mediante la cual España reconocía «pro futuro» la jurisdicción del TEDH respecto del artículo 1 del Protocolo, habiendo sido condenada en varias ocasiones por la vulneración de éste⁴⁶.

Por el contrario, según la jurisprudencia de Estrasburgo la demora en la ejecución de créditos judicialmente reconocidos no conllevará de forma automática una vulneración del artículo 6.1 CEDH, puesto que la falta de solvencia de la Administración deudora sí es susceptible de operar como fundamento legítimo de la restricción del derecho de acceso a la justicia. En estos casos, el parámetro determinante de la compatibilidad de la medida con el artículo 6.1 CEDH vendrá dado por el respeto del principio de proporcionalidad y de la sustancia del derecho de acceso a la justicia, circunstancias ambas que el Tribunal hace girar en torno al dato del lapso temporal durante el cual se prolonga la injerencia. Aunque de la jurisprudencia del TEDH resulta difícil extraer criterios concluyentes en cuanto a la duración máxima a partir de la cual la injerencia se considera desproporcionada, sí conviene tener en cuenta que en los asuntos De Luca y Pennino el cómputo parece iniciarse desde el momento en que las respectivas resoluciones judiciales devinieron firmes. En los citados asuntos, el plazo que el Tribunal considera desproporcionado es de nueve y diez años, respectivamente; si bien que en otros casos se alcanza la misma conclusión ante una prolongación de la in ejecución durante

44 Vid. el Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional nº 1 por el Estado español (BOE nº 11, de 12 de enero de 1991).

45 Así, en la STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ. 4º.

46 Cfr. los asuntos Muñoz Díaz c. España (STEDH de 8 de diciembre de 2009), Tendam c. España (STEDH de 13 de julio de 2010) y Manzanas Martín c. España (STEDH de 3 de abril de 2012). También en los asuntos Aizpurua Ortiz y otros c. España (STEDH de 2 de febrero de 2010) y Rúspoli Morenés c. España (STEDH de 28 de junio de 2011) se examinaron sendas demandas contra el Estado español por supuesta infracción del derecho de propiedad del Protocolo nº 1, si bien en ambos casos el Tribunal concluyó que no había existido vulneración del artículo 1.

uno, dos o cuatro años⁴⁷. En cualquier caso, conviene tener en cuenta que para valorar la relevancia del retraso en cada supuesto concreto el TEDH ha hecho uso de ciertos criterios de carácter cualitativo que permiten modular el estrictamente cuantitativo. En concreto, el Tribunal ha señalado en varias ocasiones que para determinar si un retraso comporta una violación del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta la complejidad del respectivo procedimiento, el comportamiento de las partes intervenientes en el mismo y el objeto de la decisión a ejecutar⁴⁸. Que a través de estos elementos el TEDH esté dispuesto a introducir en su examen cierta deferencia hacia situaciones de profunda y excepcional crisis económica de los Estados demandados resulta sin embargo, a la luz de Pennino y De Luca, altamente cuestionable.

Resumen:

*En los asuntos *De Luca c. Italia* y *Pennino c. Italia* (2013), el TEDH examina la compatibilidad con el derecho de acceso a un tribunal (artículo 6.1 CEDH) y con el derecho al libre respeto de los bienes (artículo 1.1 del Protocolo Adicional núm. 1) de la normativa italiana que impide a los titulares de créditos reconocidos judicialmente contra una Administración declarada insolvente obtener su ejecución forzosa. El presente trabajo analiza la jurisprudencia del TEDH en estos y otros supuestos similares, y pone en conexión sus postulados con los límites que el Derecho español vigente impone a la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración.*

Palabras Clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derecho de propiedad, tutela jurisdiccional, ejecución de sentencias, insolvencia de la Administración.

Abstract:

*In *De Luca v. Italy* and *Pennino v. Italy* (2013), the ECHR examines the compatibility with the right of access to a court (article 6.1 of the Convention) and with the protection of property (article 1.1 of Protocol no. 1) of the Italian legislation which prevents applicants from having a final judgment enforced in order to recover money owed to them by an insolvent Administration. This paper analyzes the legal doctrine of the ECHR in those and in other related judgments, putting it in relation with the limits that the Spanish legal order imposes on the enforcement of judgments against public authorities.*

Keywords: European Court of Human Rights, protection of property, right of access to a court, enforcement of judgments, Administration's insolvency.

Recibido: 19 de diciembre de 2013

Aceptado: 15 de enero de 2014

47 Vid. el asunto *Burcov c. Rusia* (STEDH de 7 de mayo de 2002), ap. 36.

48 Por todos, vid. los asuntos *Kalinkin y otros c. Rusia* (STEDH de 17 de abril de 2012), ap. 42, y *Stoyanov y Tabakov c. Bulgaria* (STEDH de 26 de noviembre de 2013), ap. 78.

Legislación

CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN*

SUMARIO:

1. Decisión 2014/145/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.
 2. Reglamento (UE) n. 269/2014, del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.
 3. Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.
 4. Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.
 5. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.
 6. Reglamento (UE) n. 223/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014, relativo al fondo de ayuda europea para las personas más desfavorecidas.
 7. Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.
 8. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/UE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n. 1093/2010.
 9. Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
 10. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión.
- 1 DECISIÓN 2014/145/PESC DEL CONSEJO, DE 17 DE MARZO DE 2014, RELATIVA A MEDIDAS RESTRICTIVAS RESPECTO DE ACCIONES QUE MENOSCABAN O AMENAZAN LA INTEGRIDAD TERRITORIAL, LA SOBERANÍA Y LA INDEPENDENCIA DE UCRANIA

Con motivo de la situación política de Ucrania, se produce una reacción de la Unión Europea en el ámbito político, que pretende ser disuasoria para los responsa-

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

bles de las acciones que la han llevado a esa situación. Estas acciones se desenvuelven en un campo meramente diplomático y no parecen muy efectivas ni en su dimensión ni en el improbable impacto que pudieran llegar a tener. Se trata de hacer un llamamiento a la Federación de Rusia para que retire sus fuerzas armadas, y permita el acceso inmediato a los supervisores internacionales. La solución a este conflicto, pasa según la Unión, por la negociación entre Rusia y Ucrania, sin que tenga lugar el referéndum anunciado, por ser contrario a la Constitución de Ucrania.

Son medidas de presión que pretenden forzar decisiones, aunque no parece que vayan a hacer desistir a Rusia. La Unión adopta más un papel testimonial, que de verdadera oposición a las decisiones políticas en juego.

Se trata de medidas restrictivas de viaje e inmovilización de activos a aquellas personas responsables de acciones que menoscaben la integridad territorial, la soberanía e independencia de Ucrania, incluidas acciones sobre el futuro estatuto de cualquier parte del territorio que sean contrarias a la Constitución de Ucrania, y a personas, entidades u organismos de ella dependientes.

Los Estados, con este fin, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para impedir la entrada en su territorio de un listado de personas que figura en el Anexo, con su nombre, identificación, y motivos para la adopción de esa medida. Estos motivos son los actos concretos que cada una de estas personas ha realizado en la subversión del orden constitucional de Ucrania, ya sean acciones armadas, adopción de medidas en torno al referéndum, declaraciones públicas en torno a la anexión a Rusia, o las justificaciones de intervenciones militares.

En total veintiuna personas que se consideran hasta ese momento las que representan este tipo de actuaciones cuya penalización se pretende.

2. REGLAMENTO (UE) N. 269/2014, DEL CONSEJO, DE 17 DE MARZO DE 2014, RELATIVO A LA ADOPCION DE MEDIDAS RESTRICTIVAS RESPECTO DE ACCIONES QUE MENOSCABAN LA INTEGRIDAD TERRITORIAL, LA SOBERANIA Y LA INDEPENDENCIA DE UCRANIA

Al objeto de facilitar la aplicación uniforme por parte de todos los Estados miembros, se aprueba por el Consejo un Reglamento relativo a la adopción de esas medidas. Prevé la inmovilización de todos los fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas físicas o jurídicas que figuren asociados a quienes aparecen en el Anexo de la Decisión, reiterado ahora en el propio reglamento. Se excepcionan de la inmovilización los bienes mínimos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de estas personas y familiares a su

cargo, pago de honorarios profesionales, tasas y algún gasto extraordinario debidamente autorizado. Queda de cuenta de cada Estado la materialización de esas medidas, así como la forma de notificación de ellas, y la posible audiencia u oportunidad de formular alegaciones en el expediente que se tramite.

No parecen medidas muy efectivas, más allá de su formulación en un alcance político, por las dificultades intrínsecas a la situación misma, y también por las escasas posibilidades que parecen desprenderse de ellas. Con todo, y caso de darse la posibilidad, habría que decir que la naturaleza propia de la Decisión y del Reglamento, impiden una normativa sancionadora de esta naturaleza, que como mucho ha podido llegar a ser formulada, pero ni la tipificación de las conductas ni el proceso en sí, pueden abordarse en este tipo de normas.

3. DIRECTIVA 2014/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE LAS CONDICIONES DE ENTRADA Y ESTANCIA DE NACIONALES DE TERCEROS PAISES PARA FINES DE EMPLEO COMO TRABAJADORES TEMPOREROS

Esta Directiva parte de la necesidad de regular y racionalizar las condiciones de entrada y estancia de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros y definir sus derechos. Será de aplicación a cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión, para fines de empleo con carácter temporal.

El tiempo de estacionalidad se sitúa en algunos contratos para 90 días, y los requisitos de admisión son la existencia de un contrato de trabajo válido, o una oferta firme de trabajo temporero, la oferta de un alojamiento adecuado y de un seguro obligatorio de enfermedad. En los contratos superiores a 90 días, se endurecen los requisitos, debiendo acreditarse medios propios de subsistencia, comprobación de que el solicitante no presenta perfil de inmigrante ilegal, y que tiene intención de abandonar el territorio a más tardar en la fecha de caducidad del permiso de trabajo.

Los Estados miembros podrán denegar la autorización cuando se incumplan los requisitos de existencia del contrato o algunas de sus condiciones, la empresa sea insolvente, o el empresario haya sido sancionado por empleo no declarado o ilegal.

Los Estados podrán solicitar a estos efectos, la documentación necesaria, y poner a disposición de los solicitantes cuanta documentación tengan en relación con las condiciones de trabajo a que van a ser llamados. Igualmente, el Estado podrá sancionar a los empresarios que no cumplan las condiciones del contrato.

Se establecen garantías en orden a que las irregularidades administrativas no impliquen la obligación de dar por terminado el contrato, favoreciendo así la perma-

nencia de las personas solicitantes en el estado de prestación de los servicios, permitiendo la subsanación de errores o incluso la modificación necesaria de los contratos.

En relación con el alojamiento, se deberá comprobar por el Estado su existencia, y el cumplimiento de las condiciones adecuadas de vida .

Se exigirá la igualdad de trato entre los trabajadores temporeros y los nacionales en lo que se refiere al régimen de contratación, a los derechos sociales de huelga y sindicación, a los salarios, a las condiciones de seguridad, al acceso a bienes y servicios, a la educación y formación profesional, al asesoramiento y a los beneficios fiscales.

Se establecen algunas limitaciones, como las prestaciones por desempleo o prestaciones familiares.

Los servicios de la inspección de trabajo serán los encargados de controlar la correcta tramitación de los expedientes de denuncia contra incumplimientos por parte de las empresas de las condiciones legales y contractuales, y la recepción de la Directiva por parte de los Estados tiene establecido el plazo hasta 30 de septiembre de 2016.

4. DIRECTIVA 2014/50/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE ABRIL DE 2014, RELATIVA A LOS REQUISITOS MÍNIMOS PARA REFORZAR LA MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES ENTRE ESTADOS MIEMBROS MEDIANTE LA MEJORA DE LA ADQUISICIÓN Y EL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS COMPLEMENTARIOS DE PENSIÓN

Esta Directiva, también de naturaleza social, responde a un mandato del art. 46 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé la aprobación de Directivas comunitarias en orden a desarrollar el derecho de libre circulación de los trabajadores reconocido en el art. 45. Como una de las medidas establecidas para hacer efectivo este derecho, se aprueba ahora la mejora de la adquisición y mantenimiento de los derechos complementarios de pensión vinculados a una relación laboral.

Así, el art. 1 dispone el objeto que es el de establecer normas destinadas a facilitar el derecho de los trabajadores a la libre circulación entre los Estados miembros, reduciendo los obstáculos creados por determinadas normas relativas a los regímenes complementarios de pensión ligados a una relación laboral.

La finalidad de la Directiva es la de permitir la consolidación de los derechos derivados de una mejora de pensión. Y para ello se reconoce el derecho a que estos derechos se consoliden en el país del que sale la persona interesada, o en caso de no

estén aún consolidados los derechos, al reembolso de las cantidades abonadas, con arreglo al derecho nacional o a los Convenios Colectivos aplicables.

Esta Directiva tiene carácter de mínimos, de manera que los Estados no podrán regular condiciones por debajo de las aquí establecidas, pero sí podrán mejorarlas en su legislación competente. La fecha límite para la recepción será el 21 de mayo de 2018.

5. DIRECTIVA 2014/41/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 3 DE ABRIL DE 2014, RELATIVA A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACION EN MATERIA PENAL

De acuerdo con el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la cooperación judicial en materia penal se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, que por parte de la Unión se venía desarrollando progresivamente desde finales del pasado siglo.

Se responde así a la necesidad de ir poco a poco unificando sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros, para atender a la exigencia de un máximo aprovechamiento de las instituciones judiciales, y su colaboración en materia de búsqueda de pruebas, trasferencia a otros procesos, y sobre todo a la evitación de su destrucción, lo que hace especialmente importante la cooperación en materia de justicia de los Estados de la Unión.

Se define como orden europea de investigación la resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro, para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva.

Se podrá instar por la parte interesada en su defensa, ante la autoridad judicial que tenga la competencia, y para su ejecución por parte de quien conozca el proceso en el que se haya de probar el hecho o documento objeto de la petición.

El art. 5 regula los datos exigibles para la solicitud, establecida en el Anexo de la Directiva, y comprenden la necesidad de razonar acerca de la necesidad de su emisión, los datos incumbentes al procedimiento, y la descripción detallada de la prueba que se pretende.

Este orden se tramitará por la autoridad de emisión a la autoridad de ejecución, que podrá denegarla en los siguientes casos:

- Cuando exista inmunidad o privilegio en el derecho del Estado de ejecución que haga imposible la ejecución de la orden.
- Cuando se puedan lesionar intereses de la seguridad nacional.

- Cuando el objeto que figura en la solicitud de la orden no estuviera comprendido con arreglo al derecho interno del Estado de ejecución para un caso interno similar.
- Cuando la ejecución fuera contraria al principio «non bis in ídem».
- Cuando se refiera a un delito que se hubiera cometido fuera del territorio del Estado de emisión y total o parcialmente en el Estado de ejecución, y la conducta no sea motivo de delito en el Estado de ejecución.
- Cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida sea incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución.
- Cuando la conducta no sea constitutiva de delito en el Estado miembro de ejecución, y no esté recogida en la categoría de delitos, o en caso de serlo, no alcance el umbral de penas de un máximo de al menos tres años.
- Cuando el uso de la medida de investigación indicada en la orden esté limitado, con arreglo al derecho del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos, o bien a delitos castigados con penas a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden.

Se excepcionan algunas materias en relación con el derecho interno del Estado de ejecución, como las relacionadas con materias impositivas, fiscales o aduaneras.

El art. 12 regula los límites temporales en el reconocimiento de la orden y su ejecución. Se establecen unos plazos precisos que no deben superar los 30 días para el reconocimiento de la orden, a menos que exista un motivo de aplazamiento. La ejecución de la orden se realizará igualmente en un plazo máximo que se concreta en 90 días. Si no fuera posible el cumplimiento de estos plazos, la autoridad judicial debe informar al Estado interesado de los motivos de ese incumplimiento, pero la prórroga establecida en este caso, será de otros 30 días ya improporrogables.

Una vez realizadas las pruebas objeto de la orden, se trasladarán al Estado solicitante, y cuando se trate de documentos relevantes, o necesarios para otros procedimientos, se podrá solicitar la devolución al Estado de ejecución.

Todas las decisiones judiciales será susceptibles de los recursos legalmente establecidos en el derecho interno propio. Igualmente se garantizará la confidencialidad de los actos procesales, adoptando cada Estado las medidas necesarias para ello, y les será de aplicación la legislación sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de carácter personal.

En cuanto a los costes, serán asumidos por el Estado de ejecución, salvo que pudieran ser excepcionalmente elevados, en cuyo caso podrá consultar al Estado de emisión sobre la posibilidad de compartirlos.

A partir del art. 22 de la Directiva, se legisla sobre las disposiciones específicas de determinadas medidas de investigación. Se trata, en primer lugar, del traslado tempo-

ral de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo alguna investigación. En este caso, además de las exigencias propias de cualquier prueba, ha de contarse con el consentimiento del detenido, y considerar asimismo su circunstancia penitenciaria específica, al objeto de no dilatar la privación de libertad. Naturalmente, el tiempo de duración del traslado, se restará del de esa privación de libertad.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de ser oído por videoconferencia o cualquier otro medio de transmisión audiovisual. Esta situación está especialmente prevista para pruebas periciales o testificales. En este caso se exige igualmente la voluntad de la persona acusada o investigada, y que la ejecución de la medida no sea contraria a los principios fundamentales del Estado de ejecución.

Esta comparecencia por videoconferencia se debe ajustar a un procedimiento regulado en el art. 24: debe estar presente un representante del Estado de ejecución, se podrán adoptar medidas de seguridad en función de la persona que se proponga como perito o testigo, la posibilidad de utilizar intérprete, y estas personas podrán negarse a declarar, a cuyo fin, deberán ser informadas de esta posibilidad con antelación a la comparecencia. Finalmente, se prevé que se levante un acta de las manifestaciones llevadas a cabo, fecha y lugar de la comparecencia, circunstancias técnicas y cuantas incidencias haya habido en ella. Todas estas exigencias rigen para la conferencia telefónica, como sistema igualmente válido.

En tercer lugar, la información sobre operaciones bancarias y financieras, que debe efectuarse por un plazo concreto, y que tendrá como condición que tales medidas se prevean en el derecho interno del Estado de ejecución.

En cuarto lugar, las pruebas en tiempo real de manera continua y durante un periodo de tiempo cierto y determinado, que tendrá como límite igualmente la previsión de esta prueba en el derecho interno del Estado de ejecución, y la indicación precisa de su pertinencia en la solicitud de la orden.

En quinto lugar, las pruebas encubiertas por parte de las autoridades policiales de un Estado a otro. En este caso, deben detallarse en la solicitud las razones y condiciones del caso y su pertinencia en relación con el delito.

En sexto lugar, la intervención de las comunicaciones con asistencia técnica de otro Estado miembro. También aquí es necesaria una amplia justificación de las razones de la prueba así como de la necesidad de esa asistencia técnica y sus condiciones de ejecución de la prueba.

Finalmente debe destacarse la peculiaridad de las medidas cautelares en relación con la petición de estas pruebas. Se trata de situaciones en las que pueden destruirse pruebas, trasladarse o desplazarse, o enajenarse, haciendo estéril el procedimiento

penal. En estos casos, es importante el dialogo entre los dos Estados implicados en orden a establecer calendarios y medidas que eviten esta situación.

La trasposición de la Directiva se efectuará con anterioridad al día 22 de mayo de 2017.

6. REGLAMENTO (UE) N. 223/2014, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE MARZO DE 2104, RELATIVO AL FONDO DE AYUDA EUROPEA PARA LAS PERSONAS MÁS DESFAVORECIDAS

Dentro de las medidas legislativas en materia social, destaca en este semestre la relativa a este Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se regula el Fondo de Ayuda para los más desfavorecidos, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2020.

El reglamento contiene según expresa el art. 1 las condiciones de prestación de esa ayuda, objetivos del Fondo, ámbito de aplicación, recursos disponibles, asignación a cada Estado miembro y normas de garantía y eficacia en su aplicación.

El Fondo pretende la cohesión social, para lo que debe erradicarse la pobreza, reduciéndola en al menos 20 millones de personas en riesgo de exclusión social, prestando alimentos y asistencia social a estas personas y colaborando con los Estados miembros en esas medidas.

Para ello utilizará como medio las organizaciones asociadas designadas por los Estados miembros, financiará actividades de recogida de alimentos, transporte y almacenamiento, y otras medidas de acompañamiento.

Se trata de una gestión compartida con los Estados, en estrecha colaboración y regida por el principio de subsidiariedad.

Los Estados que pretendan acogerse a este Fondo deberán presentar un programa que necesariamente contendrá la identificación del tipo de ayuda material a realizar, un programa de ejecución nacional, el mecanismo por el que se llevará a cabo su ejecución, los criterios de selección de las asociaciones vinculadas a los programas, y un plan de financiación.

Todo esto acompañado de un plan de estrategia, mecanismos y financiación complementaria que por parte del Estado se pone en colaboración con este proyecto.

Por su parte la Comisión deberá ajustarse a algunos criterios en la valoración de las solicitudes de los Estados, como los avances presumibles de conseguir, la acciones que fomenten la igualdad de género, la metodología y los criterios de selección de las asociaciones, así como presentar observaciones que deberán ser tomadas en cuenta por los Estados.

Se prevén sistemas de evaluación anteriores y posteriores a la ejecución de los programas, así como un informe anual de cada Estado dando cuenta del grado de cumplimiento de los objetivos.

La tasa de cofinanciación a los Estados será del 85%, aunque en las medidas de asistencia técnica puede llegar al 100%.

Para las garantías de control y cumplimiento de los fines por parte de los Estados, se establece la figura de autoridad de gestión que cada Estado designará por medio de persona física u organismo público.

Hay una amplia regulación, que va desde el art. 48 al 61, de las exigencias de justificación de gasto, examen de cuentas, y reembolso en los casos en que proceda a la Unión de las cantidades que los Estados no justifiquen adecuadamente.

7. DIRECTIVA 2014/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES A LA CONCESIÓN DE LICENCIAS MULTITERRITORIALES DE DERECHOS SOBRE OBRAS MUSICALES PARA SU UTILIZACIÓN EN LÍNEA EN EL MERCADO INTERIOR

Se trata de una Directiva sobre la protección de los derechos de autor, que pretende que la innovación y la creación intelectual reviertan a la sociedad en forma de servicios y productos. Responde a un mandato del art. 167 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que ordena tener en cuenta la diversidad cultural de los Estados miembros, y contribuir a su desarrollo cultural.

El objeto de la Directiva se define en el art. 1 como el de regular los requisitos que garanticen el correcto funcionamiento de los derechos de autor y otros afines, por las entidades de gestión colectiva. Se aplicará a aquellas entidades de gestión colectiva, entendido este concepto como “organización autorizada por ley o mediante cesión, licencia o cualquier modo de acuerdo contractual para gestionar derechos de autor u otros afines, en beneficio colectivo de sus titulares”.

Se describen como derechos de los autores el de revocar las autorizaciones de gestión, la exigencia de que el consentimiento sea explícito y el de obtener información de las entidades de gestión en relación con sus obras objeto de cesión.

Se exigen también condiciones democráticas a las entidades de gestión, como la asamblea anual de miembros, que debe decidir el nombramiento de los directivos, modificaciones de sus estatutos, exigencias a los socios y remuneraciones y condiciones laborales.

Se impone a los Estados la obligación de supervisión y vigilancia de las entidades de gestión, la transparencia en la información a los autores y el establecimiento de medidas coercitivas en caso de incumplimiento.

La fecha límite para la trasposición de la Directiva será el 10 de abril de 2016.

8. DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 4 DE FEBRERO DE 2014 SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL Y POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS 2008/48/UE Y 2013/36/UE Y EL REGLAMENTO (UE) N. 1093/2010

En un intento de crear garantías para los consumidores en relación con las actividades financieras y su control, se aprueba esta Directiva, que pretende establecer un marco jurídico garante de los derechos de los consumidores.

Se trata de créditos al consumo u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, en la que se exige la evaluación de solvencia de los peticionarios.

Es una Directiva de mínimos, que no excluye la posibilidad de que los Estados establezcan un estándar mayor de control.

En relación con los consumidores, se debe potenciar por parte de los Estados una educación en el sentido de conocer con suficiente información las condiciones a que se ajustan los créditos, sobre todo si es la primera vez que se solicitan. Esta información ha de ser en todo caso gratuita.

Respecto de la actividad de las normas de conducta de los profesionales, se exige transparencia, honestidad, imparcialidad, y profesionalidad, teniendo en cuenta los derechos de las personas solicitantes. Para ello se han de dar dos condiciones: en primer lugar, la formación de los profesionales que prestan sus servicios en las entidades financieras, exigiéndoles un alto nivel de cualificación técnica, y, en segundo lugar, su remuneración no puede estar en relación con el resultado de la operación, con la finalidad de que no interfiera en la calidad de la operación.

En materia de comercialización y publicidad tiene que garantizarse que no sean engañosas. Establece una información básica que debe contener: la identidad del prestamista, las garantías concretas del crédito, el tipo deudor, si es fijo o variable, el importe total del crédito, el importe de los pagos a plazos y el número de pagos a plazos, y las advertencias de fluctuaciones del mercado.

Respecto de la evaluación de solvencia del consumidor, se exige a los Estados que adopten medidas que garanticen esta comprobación y que solo se ponga a disposición el crédito cuando esté acreditada esa solvencia.

Para ello ha de contarse con servicios de asesoramiento que deben comprobar estos datos y darles fiabilidad.

La Directiva se recepcionará con anterioridad al 21 de marzo de 2016.

9. DIRECTIVA 2014/52/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE ABRIL DE 2014, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2011/92/UE, RELATIVA A LA EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE DETERMINADOS PROYECTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

La Directiva pretende incrementar el nivel de protección del medio ambiente, mediante la introducción de una serie de requisitos mínimos, relacionados con el tipo de proyectos sometidos a evaluación, así como las obligaciones de los promotores y la responsabilidad de las autoridades competentes.

El dictamen que figure en el proyecto debe contener además las alternativas posibles o razonables que hagan más favorable el impacto ambiental, para lo que se exige que informen expertos competentes y eficaces.

Los efectos sobre los que debe girar el impacto ambiental serán, en todo caso, la población humana, la biodiversidad, la tierra, el suelo, el aire y el clima, y su interacción.

Los informes de impacto ambiental deberán contener al menos una descripción del proyecto con las medidas previstas para evitar, prevenir o reducir en su caso los efectos adversos en el medio ambiente.

El plazo de recepción de esta Directiva será a más tardar el 16 de mayo de 2014.

10. DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Esta Directiva se justifica en la exigencia del art. 53.1, 62 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y tiene como objetivo la regulación de las condiciones de adjudicación de los contratos de concesión.

Pretende salir al paso de la inseguridad jurídica que a veces contienen estos contratos y evitar la litigiosidad potencial en la interpretación de alguna cláusulas.

Exige por lo tanto normas sencillas, claras, que permitan esta seguridad jurídica en las contrataciones públicas.

El art. 6 define cuáles son las entidades adjudicadoras a efectos de esta ley: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho Público, y las asociaciones formadas por uno o varios de tales organismos o autoridades de derecho público distintos de aquellos que desarrollen las actividades recogidas en el Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de éstas.

Se exceptúan de las adjudicaciones algunas materias incumbentes a defensa y seguridad que los Estados consideren de necesario secreto.

La Directiva regula el procedimiento de adjudicación, obligando a las partes a la confidencialidad exigible sobre aquellas partes del contrato que lo exijan, y a la publicidad que estimule la libre concurrencia.

En este sentido, el inicio del expediente será un anuncio de la concesión que se deberá publicar en los medios de comunicación para que sea suficientemente conocido, y a continuación el procedimiento administrativo de la concesión, en el que debe figurar la documentación necesaria para que sea conocida por las empresas que pretendan licitar.

Se prevén medidas de lucha contra la corrupción y prevención de conflictos de intereses, que deberán poner en funcionamiento los Estados en caso de ser necesario. Una vez comprobados los datos se debe efectuar la evaluación de los candidatos excluyendo a aquellos que estén incursos en incapacidad por la ley y finalmente la ejecución de las concesiones se llevará a cabo asegurando el Estado que se cumplan las obligaciones establecidas en el contrato.

Resumen:

Este trabajo presenta la legislación más importante del primer semestre de 2014. Se ocupa de presentar medidas relativas a las tensiones en Ucrania, trabajadores temporeros, derechos complementarios de pensión, orden europea de investigación en materia penal, el fondo de ayuda para las personas más desfavorecidas, la gestión colectiva de derechos de autor, contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, medio ambiente, concesiones.

Palabras Clave: Legislación, directivas, Ucrania, trabajadores temporeros, derechos complementarios de pensión, orden europea de investigación en materia penal, el fondo de ayuda para las personas más desfavorecidas, la gestión colectiva de derechos de autor, contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, medio ambiente, concesiones.

Abstract:

This paper shows the most important legislation of the first semester of 2014. It covers the measures related to Ukraine, seasonal workers, supplementary pensions rights, European Investigation Order in criminal matters, Fund for European Aid to the Most Deprived, management of copyright, credits to consumers, environment, concession contracts.

Keywords: *Legislation, directives, regulations, Ukraine, seasonal workers, supplementary pensions rights, European Investigation Order in criminal matters, Fund for European Aid to the Most Deprived, management of copyright, credits to consumers, environment, concession contracts.*

Recibido: 31 de mayo de 2014

Aceptado: 5 de junio de 2014

Foro

LA REFORMA DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA COMO REACCIÓN A LA CRISIS

DIEGO LÓPEZ GARRIDO*

SUMARIO:

1. Países en riesgo de suspensión de pagos
2. Desequilibrios macroeconómicos y divergencia en política económica
3. Desequilibrios fiscales: déficit y deuda

La crisis significó tomar conciencia de los límites e insuficiencias del gobierno de la UEM, reducida a la gestión de una moneda desde Frankfurt, y con una Unión Económica mutilada.

Permítanme que haga una autocita de un artículo que publiqué el 22 de enero de 2010, al comienzo de la Presidencia española:

“La Unión Económica tenía que haber estado vigente mucho antes. La Unión Económica y Monetaria (UEM), según el Informe Delors, debía ser el “estadio final” de la integración económica. La filosofía que inspiró la UEM en Maastricht es que la Unión monetaria era solo la culminación de un proceso previo de convergencia de políticas económicas y de observancia de normas macroeconómicas mínimas. Sin embargo, este proceso se paralizó; la Unión Económica no vio la luz, mientras que lo que se desarrolló fue la política monetaria. Ahora es el momento, a través del Tratado de Lisboa, de recuperar la Unión Económica”¹.

Esto se escribió en enero de 2010. Días después estallaba la crisis griega. Grecia no se podía financiar ya en los mercados, y en abril de 2010, después de que Standard and Poor's hubiera degradado la nota griega al rango de bono basura (obligaciones especulativas) provocando ventas masivas, el gobierno heleno solicitó ayuda a la Unión Europea y al FMI. El problema, pues, no era ya solamente de deuda privada, sino directamente de deuda soberana, con amenaza de contagiar a toda la eurozona. En la agenda de la Unión avanzaba hacia el primer puesto la forma en que iba a darse respuesta inmediata a semejante emergencia. La Unión Económica podía esperar.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.

1 D. LÓPEZ GARRIDO, “España propone la Unión Económica”, *El País*, 22.1.2010.

Grecia puso en cuestión la gobernanza del euro. El gobierno de ese país había proporcionado datos falsos a la Unión sobre déficits, deuda, PIB. Y si Grecia había hecho eso, cualquier gobierno europeo era capaz de hacerlo. La desconfianza de los mercados ante los hasta entonces sacrosantos títulos de deuda pública estaba servida. El origen residía en la crisis financiera privada, pero el efecto lo sufrió el Estado, en forma de elevados intereses para financiarse. El acuerdo de Deauville entre Merkel y Sarkozy (octubre de 2010), de implicar al sector privado en la reestructuración de la deuda griega, terminó por extender el pánico entre los acreedores de deuda soberana sobre la seguridad de recuperar su inversión. La eurozona empezaba a no ser un lugar seguro.

Lo que había fallado era la arquitectura institucional del euro, desequilibrada, con una Unión Monetaria apátrida, *sui generis*, que no tiene la ayuda de una Unión Económica, pero que tampoco puede llevar a sus últimas consecuencias la potencia de un banco central y su capacidad de transmitir la política monetaria, porque el BCE no puede, con normalidad, comprar deuda soberana de los países de la moneda única.

Tampoco hay forma de evitar desequilibrios en la balanza de pagos, como los que había habido antes de la crisis. Alemania era acreedora frente al exterior por su superávit comercial. Mientras, Irlanda o Grecia, o España, habían coleccionado grandes dosis de deuda exterior, gracias al dinero abundante que llegaba de forma ininterrumpida en los felices años de las vacas gordas².

La crisis griega ponía de manifiesto lo que Abba llama “fragilidad estructural de la integración monetaria en Europa”. Expuso brutalmente la impotencia del gobierno del euro, de carácter meramente intergubernamental, sin procedimientos comunes de supervisión eficaces sobre las finanzas públicas y los servicios financieros privados, estos últimos sobreexpuestos al riesgo soberano en un bucle infernal: el Estado asume la enorme deuda privada con ayudas a la banca y, como inmediata consecuencia, el posible default de la deuda soberana incide a su vez sobre los activos de la banca que posee esa deuda. Y así sucesivamente, sin que haya una autoridad suprema que lo pueda impedir. Los mercados son la única fuente de financiación, y el juez último sobre el riesgo/país, por tanto.

El grave problema que golpea a la Unión es que los mercados, desde la crisis, ya no ven a la eurozona como una unidad monetaria, sino como un conjunto de economías, cada una por su lado, que no tienen la solidaridad asegurada si a alguna le va mal. De ahí que los mercados castigaran a unos países sí y a otros no, cuando la

2 G. AMATO y F. FORQUET, *Lezioni dalla crisi*, Laterza e RaiEduactional, cit., 2013, p. 60.

temperatura de la crisis subió hasta lo intolerable. Esto exigía una respuesta común e integrada que no llegó, salvo en la gobernanza, como veremos a continuación.

El punto de partida de la Unión para intentar encauzar la crisis desde la reforma de las instituciones y de la gobernanza económica europea está en el Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010. En esa reunión hay un debate sobre la Estrategia de Crecimiento y Empleo (Europa 2020)³, que luego se aprobará en junio, pero nada se decide sobre gobernanza, salvo el encargo al Presidente Van Rompuy de dirigir un grupo de trabajo para que, antes de finalizar el año 2010 (sería en octubre), entregara una propuesta dirigida a fortalecer los procedimientos de gestión de crisis y mejorar la disciplina presupuestaria.

Desde ese momento hasta el Consejo Europeo de octubre, la Unión se dedicará a pelearse con la crisis de deuda, como urgencia obvia. En octubre, la «taskforce» de Van Rompuy presentó el Informe, pero algunos elementos del mismo (semestre europeo, fondo de estabilidad) se adelantaron.

Después, y hasta el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011, la Comisión, muy activa, propondrá una serie de textos legislativos para potenciar la disciplina presupuestaria y el cumplimiento del PEC. Estos textos seguirán un proceso negociador hasta 2013.

Así pues, en el año que va de marzo de 2010 a marzo de 2011, la Unión desarrolló la respuesta a la crisis que tiene que ver con el gobierno económico y sus instrumentos institucionales, cuya patente debilidad había terminado por reconocer el Consejo Europeo de verano de 2010. Esta respuesta ha sido dispersa y desestructurada, porque no ha implicado una reforma en profundidad de los Tratados; pero ha producido algunos avances y ha dado a la Unión instrumentos de acción supervisora y coordinadora de los que carecía. Sin ellos, ni se puede atacar la crisis, ni prevenir otra u otras en el futuro.

Vamos a resumir a continuación los pilares de la reforma de una gobernanza a la que la crisis la había pasado por encima, arrasando y haciendo inútiles los dos mecanismos de incipiente gobierno económico que hay en el Tratado de Funcionamiento de la UE: la coordinación de políticas económicas, (art. 121) de acuerdo con las Orientaciones Generales de Política Económica (OGPE) que adopta el Consejo como recomendación, y la supervisión de las finanzas públicas (art. 126) para comprobar el cumplimiento de los criterios del PEC. El tsunami se dio en tres ámbitos: la existencia inesperada de países en riesgo de suspensión de pagos; los desequilibrios y divergencias macroeconómicas extraordinarias entre países, causantes de riesgos financieros agudos; y la ruptura del PEC otra vez y generalizada. Por tanto, la res-

3 Conclusiones del Consejo Europeo, 26.3.2010, EUCO 7/10, parágrafo 7.

puesta tuvo que darse en las tres materias, particularmente en los países miembros de la eurozona –lo que está previsto en el propio Tratado, en su artículo 136–, porque el euro se había convertido en un vehículo de contagio de la crisis.

1. PAÍSES EN RIESGO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

Ante la necesidad de Grecia de ser financiada a cortísimo plazo, el Presupuesto raquíntico de la UE era inútil. Hubo que ir a una financiación extrapresupuestaria, mediante una fórmula de préstamos bilaterales por importe de 110.000 millones de euros, proporcionados por los Estados de la UE y el FMI.

Pero después de Grecia vino Irlanda, y después Portugal. Por esa razón, en el trascendental ECOFIN de 9 de mayo de 2010, en base al artículo 122 TFUE, la Unión decidió crear dos instrumentos específicos: el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, con dinero sobrante del Presupuesto europeo; y la Facilidad Europea de Financiación y Estabilización, que toma financiación de los mercados internacionales. Ambos sirvieron para rescatar a Irlanda y Portugal.

Por último, ante la negra perspectiva que se veía en el horizonte (España, Italia) se decidió ir a un instrumento permanente de crisis, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que es operativo desde 2013 y que reemplaza a los otros mecanismos transitorios.

El MEDE puede conceder préstamos a los países de la eurozona en dificultad, de común acuerdo con el FMI, pero en régimen de estricta condicionalidad. Este ha sido el resorte a través del cual Bruselas ha introducido la receta de la austeridad y de reforma de las finanzas públicas.

El MEDE, normalmente, concederá préstamos, y, de forma extraordinaria podrá intervenir en el mercado de obligaciones. El MEDE se activa por unanimidad de los ministros de finanzas del euro y sólo cuando la estabilidad de éste se vea amenazada. El MEDE puede conceder préstamos hasta de 500.000 millones de euros, pudiendo contar con un capital de 700.000 millones, de los cuales 80.000 se desembolsan directamente por los países, según su cuota en el BCE, y los otros 620.000 se pueden activar mediante nuevo capital y garantías. Se prevé también (idea de Alemania) la implicación de los privados en caso de insolvencia de un país de la eurozona, decidido caso por caso.

El MEDE es una organización supranacional de derecho público, con base en Luxemburgo, establecida mediante un acuerdo intergubernamental entre los Estados miembros del Eurogrupo. Desde el 1 de julio de 2013, el MEDE goza del estatus de acreedor preferente, salvo en relación con el FMI.

El 11 de julio de 2011, los ministros de la eurozona firmaron el Tratado por el que se crea el MEDE. Diez días después, los gobiernos acordaron ampliar la capacidad del MEDE para financiar la recapitalización de las instituciones financieras mediante préstamos a los Gobiernos, incluso en países no sujetos a programas de rescate (España), e intervenir en los mercados secundarios sobre la base de los análisis del BCE.

La aprobación del MEDE exigió una decisión del Consejo Europeo para reformar el Tratado de Funcionamiento de la UE en su artículo 136. Se trataba de añadir, a petición de Alemania –por exigencias de su Constitución y su Tribunal Constitucional– el siguiente párrafo:

“Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad, que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”.

La creación del MEDE ha tenido que ser extramuros de los Tratados a 27, y fuera de los Presupuestos de la Unión, lo que introduce una dinámica nueva en el gobierno económico europeo, cada vez más focalizado hacia la zona euro. Además, esta gobernanza surge seriamente limitada por la inexistencia de una unión fiscal y de una unión bancaria y sin el apoyo de una mutualización de deuda, ante el veto, por ahora inamovible, del gobierno de Alemania. El voto se reitera cuando se sugiere ampliar el mandato del BCE para que pueda intervenir sin cortapisas en los mercados de deuda.

2. DESEQUILIBRIOS MACROECONÓMICOS Y DIVERGENCIA EN POLÍTICA ECONÓMICA

Este venía siendo otro de los pecados de la UE. Por eso, con motivo de la nueva estrategia de crecimiento Europa 2020, la Unión, a instancia de la Comisión, decidió poner en marcha el Semestre Europeo como instrumento de coordinación previa de las políticas económicas.

El objetivo es que los Estados elaboren y voten sus presupuestos en base a una estrategia común. Se trata de pasar revista, a lo largo de seis meses, a las políticas presupuestarias y estructurales nacionales, para evitar contradicciones y detectar desequilibrios. Y ello teniendo en cuenta que el Consejo Europeo aprueba en marzo de cada año, sobre la base de un informe de la Comisión (Análisis Anual de Crecimiento), las orientaciones generales sobre política económica. En abril, conjuntamente, los Estados presentan sus planes de estabilidad y sus

programas nacionales de reforma, así como sus previsiones presupuestarias. De este modo, en julio, el Consejo Europeo y el ECOFIN efectúan una evaluación y recomendación por cada país antes de que los presupuestos se voten en los Parlamentos. El primer Semestre Europeo comenzó en enero de 2011.

Como complemento al Semestre Europeo, aunque no formando parte de él, la Cumbre del Eurogrupo, extraordinaria, de 11 de marzo de 2010 aprobó el Pacto Euro Plus, que ratificó el Consejo Europeo de primavera. Forman parte de él los países de la UE (salvo Suecia, Chequia y Reino Unido), más Bulgaria, Dinamarca, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía. Es un conjunto de vagas recomendaciones en línea con la flexibilidad laboral («flexisecurity»), la adaptación de las pensiones a las características demográficas y la mejora del entorno económico de las PYMES.

Se trata de un documento político coherente con Europa 2020 cuyo mensaje es: mayor competitividad como forma de luchar contra la crisis. No obstante, carece de ejecutividad.

Lo anterior se intenta reafirmar legalmente a través de dos Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo, que forman parte del llamado «six pack»⁴. En ellos se establece una evaluación anual (preventiva o correctiva) de los eventuales desequilibrios y un mecanismo de ejecución en el que el protagonismo lo tiene la Comisión, a través de recomendaciones o de sanciones a proponer al Consejo para países de la Eurozona. No es un procedimiento fácil de aplicar, por lo genérico del concepto “desequilibrio” y por razones políticas obvias⁵.

4 Reglamento (UE) nº 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.

Reglamento (UE) Nº 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

5 Se establece un nuevo sistema de supervisión macroeconómica con un marco legal propio en línea con el PEC centrado en el presupuesto, sobre la base de que los desequilibrios macroeconómicos, incluidas las divergencias en materia de competitividad, son perjudiciales para la Unión y, en particular, para la Euro zona. Este procedimiento de supervisión complementario del PEC pretende dar respuesta, vigilar y corregir la potencial acumulación de desequilibrios macroeconómicos.

El procedimiento consta de dos partes, preventiva y correctiva. Primero, una valoración anual sobre riesgos de desequilibrios en el marco de los programas nacionales de reforma y de estabilidad y convergencia. Este análisis puede incluir misiones de supervisión de la Comisión con el BCE para la zona euro. En la parte correctiva, se establecería un marco de aplicación de medidas de corrección en caso de desequilibrios macroeconómicos perjudiciales.

3. DESEQUILIBRIOS FISCALES: DÉFICIT Y DEUDA

Ésta es la parte que más preocupaba a la Unión cuando en 2010 inició su cruzada contra la crisis en su vertiente menos comprometida, pero de más largo plazo, como es la gobernanza económica europea, que estamos examinando.

La Comisión presentó en septiembre de 2010 seis propuestas legislativas («six pack»), cuyas cuatro primeras van dirigidas a amparar jurídicamente una amplia reforma del PEC, con un sentido muy claro, que es fortalecer la disciplina fiscal de los Estados⁶.

Se añade al PEC, junto al criterio de déficit el de endeudamiento público, previendo sanciones semiautomáticas, a través de la conocida como “mayoría inversa”, por la cual la Comisión activa la sanción a menos que el Consejo decida de otro modo por mayoría⁷.

El mecanismo de supervisión preventivo se basa en alertas tempranas detectadas a través de un cuadro transparente de indicadores económicos relevantes, simples, medibles y disponibles, con una serie de techos, combinado con un juicio económico, que tendrá en cuenta la convergencia real y nominal dentro y fuera de la Zona Euro. La lista de indicadores será diferente entre EEMM de fuera y dentro de la Zona Euro si está justificado; la lista de indicadores la preparará la Comisión pero el Consejo deberá respaldarla y actualizarla cuando sea apropiado.

Cuando las políticas económicas de los EEMM no sean consistentes con los objetivos del Tratado o pongan en peligro el funcionamiento adecuado de la UEM, la Comisión podrá hacer una advertencia al EEMM y, si hay desequilibrios serios, el Consejo podrá decidir poner a ese EEMM en situación de “desequilibrio excesivo” –desencadenándose la parte correctiva del marco de supervisión– y se le dirigirán recomendaciones para corregir la situación (los Consejos Competitividad y EPSCO estarán involucrados en la elaboración de estas recomendaciones en las cuestiones que sean de su competencia).

La Comisión monitorizará la aplicación de las recomendaciones –incluso con misiones sobre el terreno si resulta apropiado– y si las recomendaciones no se cumplen las conclusiones de la misión de la Comisión se harán públicas y habrá un informe del Consejo Europeo. Para los EEMM del euro, se establecen sanciones (multas, incluso anuales) en caso de incumplimiento reiterado.

6 Reglamento (UE) nº 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

Reglamento (UE) nº 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

Reglamento (UE) nº 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

7 Refuerzo de la disciplina fiscal a través de: I) la definición de un nuevo principio de política fiscal prudente: La reforma pretende hacer operativo el objetivo de convergencia anual del 0,5 % del

La vigilancia de la disciplina fiscal prescrita en el «six pack» se complementará, cuando se apruebe definitivamente, con los Reglamentos incluidos en el llamado «two pack», propuesto por la Comisión, que incide en el control presupuestario de países del euro con Procedimientos de Déficit Excesivo (PDE) abiertos, y en los programas de ajuste macroeconómico de Estados de la eurozona con dificultades financieras.

Éste es el balance de la primera reacción de la Unión Europea a la crisis de deuda soberana que aterrorizó a los Gobiernos, principalmente en la eurozona, tras los hundimientos de Grecia, Irlanda y Portugal. Ha iniciado el camino, hasta ahora inexplorado, de una gobernanza del euro y de la economía. Pero no podemos hablar de gobierno económico. No hay un gobierno económico europeo. Lo que se

PIB hacia el objetivo a medio plazo, con la definición de un nuevo principio de política fiscal prudente, de manera que el crecimiento anual del gasto público no exceda de una tasa de crecimiento a largo plazo que se considere “prudente” salvo que el país cumpla sobradamente con sus objetivos. La intención es que los excesos no se dediquen a incrementar el gasto sino a la reducción de la deuda pública. II) Re-fuerzo del criterio de la deuda: En la parte preventiva del PEC y para los Estados con niveles de deuda elevados: una senda de ajuste más rápido hacia los objetivos a medio plazo. En la parte correctiva y para los EEMM con una deuda por encima del 60% del PIB: se les podrá abrir un PDE si la reducción de la deuda en el período previo no es satisfactoria, incluso aunque tengan un déficit por debajo del 3%. III) Para mejorar el cumplimiento del PEC, se introduce un nuevo sistema de sanciones financieras y se mejora su efectividad, introduciéndolas antes en el procedimiento, tanto en la parte preventiva como en la parte correctiva del Pacto. Para la zona euro, las nuevas sanciones en la parte preventiva afectan a los EEMM que, aún con un déficit por debajo del 3% no sigan una senda adecuada de ajuste y no corrigan la desviación. Para el establecimiento de la sanción, se acuerda un procedimiento en varias etapas:

a) Se inicia con un “earlywarning” de la Comisión tras el cual el Consejo tiene un mes para adoptar una recomendación de aplicación de medidas de ajuste.

b) Si en 5 meses el EEMM no adopta medidas apropiadas, el Consejo puede adoptar, por mayoría cualificada una recomendación de no actuación, con imposición, al mismo tiempo, en base a una propuesta de la Comisión, de un depósito remunerado por la regla de 1 mayoría inversa (se considera adoptada la propuesta de la Comisión salvo que el Consejo por mayoría cualificada se pronuncie en contra en el plazo de 10 días).

En la parte correctiva, si existe una situación seria de incumplimiento de recomendaciones o si se abre a un EEMM un Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE), se establece un depósito no remunerado (o se transforma el existente de la fase preventiva). Si, además, no hay adopción de medidas efectivas de acuerdo con las recomendaciones del Consejo, se aplica una multa por mayoría inversa. Los procedimientos pueden acelerarse –reduciendo los plazos- si la situación es preocupante. Los importes de los depósitos remunerados y no remunerados se establecerán de manera que se asegure una graduación de las sanciones y que ofrezcan incentivos suficientes para cumplir con los objetivos fiscales (el 0,2% del PIB del año precedente). Igualmente, se establece un vínculo entre las sanciones y el presupuesto comunitario que facilitaría el paso a un sistema de sanciones basado en el presupuesto.

hizo entre 2010 y junio de 2011, durante la Presidencia Trío de España, Bulgaria y Hungría, fue un paso –serio– hacia la coordinación económica. Hasta ese momento había brillado por su ausencia, a pesar del proclamado glamour de la autodenominada Unión Económica y Monetaria, que solo ahora empezó a abordarse –aunque a medio y largo plazo– en el nuevo informe encargado a Van Rompuy sobre una “auténtica UEM” (Consejo Europeo de junio de 2012).

El acercamiento al gobierno económico se hizo entre 2010 y 2011 desde una perspectiva indisimulada, que era la de la disciplina presupuestaria y el cumplimiento del PEC. Era lo que verdaderamente preocupaba al Consejo Europeo, que, en la estrategia contra la crisis, ha adquirido un poder netamente superior a cualquier otra institución de la Unión, y a cualquier otro gobierno o parlamento nacional, exceptuando el «Bundestag».

En la orientación hacia la gobernanza o supervisión (“formal”) de la eurozona, ya se vislumbraba la política económica (“material”) en la que el Consejo Europeo sumergió a la Unión bajo la dirección e influencia de Alemania, el país con mayor margen de maniobra. Esa política era la del equilibrio presupuestario rígido e implacable, y la austeridad como guía económica y hasta moral.

No puede extrañar que la primera forma de reacción a la crisis, que he situado entre enero de 2010 y junio de 2011, aproximadamente, culminara con un texto legal que ha sido presentado como un elemento de gobernanza más, pero que forma parte más bien de una política económica.

Me refiero al Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (TECG), que entró en vigor el 1 de enero de 2013, cuyo núcleo y razón de ser está en la “regla de oro” del equilibrio presupuestario⁸, y que se firmó al margen de los Tratados fundamentales. Un Tratado que contrasta con la Estrategia Europa 2020, que con tanta satisfacción la Presidencia española pudo patrocinar y aprobar en junio de 2010, y que llevaba en su seno el impulso al crecimiento y el empleo. Éstos desaparecieron de la escena y no volvieron.

Resumen:

El trabajo presenta los pilares de la reforma de una gobernanza que había quedado muy afectada por la crisis, arrasada y haciendo inútiles los dos mecanismos de incipiente gobierno económico que hay en el Tratado de Funcionamiento de la UE. El tsunami se dio en tres ámbitos: la existencia inesperada de países en riesgo de suspensión de pagos; los desequilibrios y divergencias macroeconómicas extraordinarias entre países, causantes de riesgos financieros agudos; y la ruptura del PEC otra vez, y generalizada.

8 El TECG fue firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 países de la Unión y pretende ser incluido en los Tratados de la UE existentes en un plazo de 5 años.

Por tanto, el trabajo presenta la respuesta que tuvo que darse en las tres materias, particularmente en los países miembros de la eurozona.

Palabras Clave: Crisis económica, Unión Europea, gobernanza, eurozona

Abstract:

This paper presents the pillars of the reform of the economic governance, that was broken a pieces during the crisis, which sterilized the mechanism of an incipient economic governance set by the Lisbon Treaty. The tsunami covered three areas: the risk of some countries to incur in default, the big macroeconomic divergences between countries and the general breaking of the Stability Pact. Therefore, the paper develop the answers in these three areas.

Keywords: Economic crisis, European Union, governance, eurozone

Recibido: 14 de marzo de 2014

Aceptado: 14 de abril de 2014

Noticias de libros

NOTICIA DE LIBRO: L'UNITÀ DELLA COSTITUZIONE. SCRITTI SCELTI DI KONRAD HESSE, EDITORIAL SCIENTIFICA, EDITADO POR ALESSANDRA DI MARTINO E GIORGIO REPETTO, CON PRÓLOGO DE PETER HÄBERLE

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ*

Este libro recoge la obra principal del profesor Konrad Hesse. Se organiza en dos partes, la primera de las cuales aborda las cuestiones relativas al concepto de Constitución, interpretación constitucional y derechos fundamentales, mientras que la segunda trata el asunto medular de la separación entre Estado y Sociedad, así como el concepto de Estado de derecho y el Estado federal unitario. Todos estos trabajos tienen ya traducción al español, sin embargo, son otras dos las razones que en mi opinión motivan su noticia: de un lado, los textos que los acompañan, de otro, una reflexión general sobre la renovada influencia del pensamiento de Konrad Hesse.

Esta cuidada edición, en verdad, compone dos libros en uno. Están los textos de Hesse, de los que algo se dirá a continuación, pero también tres escritos valiosísimos. Un prólogo de su discípulo, Peter Häberle, que retrata las claves personales de Konrad Hesse, destacando su singular perfil de docente, investigador y juez constitucional. Junto a este trabajo, encontramos los ensayos de Giorgio Repetto y Alessandra Di Martino, dos jóvenes y pujantes académicos italianos, de la escuela del profesor Paolo Ridola, en la que el propio Peter Häberle ha tenido una incidencia decisiva. Giorgio Repetto revisa la importancia de Konrad Hesse en el debate alemán sobre los derechos fundamentales y la interpretación constitucional. En definitiva, nos recuerda que la teoría constitucional de aquel país se ha construido primordialmente girando sobre estas dos categorías, que de una u otra manera han caminado unidas. Alessandra Di Martino, en cambio, prefiere atender al modo en el que Konrad Hesse se introdujo en la dogmática alemana recuperando un debate clásico, el de las relaciones entre Estado y Sociedad. La autora señala la influencia de Herman Heller y

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

Rudolf Smend sobre Konrad Hesse y, por encima de todo, explica cómo de la divisoria entre Estado y Sociedad surge una matriz desde la que comprender los rasgos esenciales del Estado: democracia, sujeción al derecho, federalismo y procura social.

Tan sólo tres años separan esta versión de la segunda edición de los *Escritos de Derecho Constitucional*, editados por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, bajo la responsabilidad de Pedro Cruz Villalón y de quien escribe estas páginas. A mi parecer, de estos caminos paralelos emerge un interrogante fundamental: ¿por qué este nuevo interés por la obra de Konrad Hesse? Existe seguramente un primer motivo de naturaleza personal. Pedro Cruz Villalón se formó en parte con Konrad Hesse, y Paolo Ridola, mentor de los editores italianos, ha pasado largas temporadas de estudio con Peter Häberle. Pero esta razón, obviamente, es insuficiente, porque en nada explica esta coincidencia en el tiempo, más aún cuando en España la primera edición es bien temprana (1983). Una causa más poderosa seguramente tiene que ver con el lugar central que el principio democrático ocupa en la obra de Konrad Hesse. Se entendería así su preponderancia frente a otros destacadísimos académicos alemanes, anclados en una dogmática donde el Estado se antepone lógicamente a la Constitución. Para Hesse hay, sin embargo, tanto Estado como dispone la norma suprema, y no hay lugar a reconocer poderes extraños al derecho, que puedan intervenir en la vida del Estado. Así las cosas, la obra de Konrad Hesse sería exportable por encima de otras elaboraciones de corte ontológico, especialmente a aquellos países que saliendo de una época dictatorial estarían necesitados de una profunda renovación democrática, tarea en la que el pensamiento de Konrad Hesse encaja de maravilla. Ahora bien, también esta razón sería insuficiente para justificar un renacimiento de su obra en esta momento, donde España e Italia son democracias constitucionales ortodoxas (con sus virtudes y sus insuficiencias). Creo, finalmente, que el argumento conclusivo radica más bien en el inmejorable contraste que la obra de Konrad Hesse ofrece ante las turbulencias contemporáneas. ¿Estamos ante un fin de ciclo? ¿Nos encontramos delante de un periodo de cambio?¹ La respuesta solo pasa por retornar a los fundamentos y en este sentido los trabajos de Konrad Hesse son esenciales. En definitiva, la perspectiva que se tome ante los acontecimientos actuales exige volver a situar en el centro el clásico dilema entre deber ser y ser, y sobre él pensar de nuevo la función de la Constitución en la construcción de la unidad política, teniendo siempre en cuenta que todos esos problemas encierran uno anterior: el sentido de la libertad humana. Y en esto, la biografía y la bibliografía de Konrad Hesse continúa siendo un hito clave.

1 Véase al respecto mi epílogo a la edición española y la extraordinaria recensión de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez en el número 100 (2014) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

**NOTICIA DE LIBRO: LAS PROPIEDADES
PARADÓJICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.
RICARDO MARTÍN MORALES. CIVITAS.
MADRID. 2013.**

TOMÁS REQUENA LÓPEZ*

Creo que las impresiones no son exactamente prejuicios ni son necesariamente el fruto de éstos. No es que la experiencia no juegue en ellas (de hecho les da forma), pero me parecen más el resultado de la corrección incesante de los prejuicios en el devenir de la experiencia. Son, en su resultado final, como una imagen repentina que inunda nuestra visión sobre un objeto dado, pero que a diferencia de los prejuicios (necesarios por lo demás, pero que deben controlarse), no quieren arrastrarlo. En mi opinión, las impresiones se forjan con la experiencia, y serán mejores cuanta más sabiduría encierre quien las tenga (no que acumule, eso queda para el conocimiento), porque esa sabiduría será la que haya permitido corregir los prejuicios cuando sean inexactos para pensar al ser humano en sociedad.

Desde luego, no parece que el libro del profesor Martín Morales esté lleno de prejuicios. Es el producto de una meditación continua y el fruto de una corrección constante y, por ende, inacabada (no olvidemos que también las reflexiones y los argumentos pueden estar dominados por los prejuicios, si no se ha sido capaz de corregirlos). Puede que no sea un libro de impresiones, aunque cada apartado, parco, falsamente sobrio, nos deje una impresión. Tampoco lo es de aforismos.

El libro parece mostrar un conjunto de «pensées», pero no lapidarios, no pascaorianos, y no es un libro de conocimiento, aunque éste sea su presupuesto implícito; lleno de ráfagas que nos hacen reflexionar sobre el significado y la función del Derecho Constitucional, sobre si se hace lo adecuado, sobre el tipo de juristas que somos, si es que merecemos tal nombre, sobre la utilidad de los conceptos, la dogmática. No se olvide, como dijo Hannah Arendt, que la manifestación del viento del pensar no es el conocimiento, sino el juicio, la capacidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo.

* Doctor en derecho. Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía.

Lo que sigue sí son, en gran parte, impresiones; quisiera que no prejuicios.

Una impresión que depara la lectura del libro es, parafraseando a Popper (recordado por el autor) su a científicidad, pues su contenido es imposible de refutar. Pero al margen de que el autor no parece querer engrosar el ya nutrido grupo de obras con pretensiones (confesas o implícitas) de científicidad, se pregunta “¿el Derecho Constitucional es una ciencia?” (en realidad se podría preguntar si el Derecho, en general, es una ciencia). El autor mismo viene a decir a lo largo de los diferentes apartados del libro, aparte del homónimo referido, que no se trata solo de ciencia, sino de soñar, no solo de compendiar, acumular, dar pasos cautelosos, sino de crear, algo tan caro a las ciencias sociales actuales, como Wolin certeramente afirmó en su particular estudio de Hobbes. Y de pequeñas y luminosas visiones está poblado el libro. Si antes he hablado de sabiduría, esa concepción tiene que ver justamente con la inteligencia social (y no fisiológica) que toda sabiduría aglutina.

A pesar del título (y del homónimo apartado que contiene), quien se acerque a la obra del profesor Martín Morales no encontrará las “supuestas” y, desde otra perspectiva, obvias “propiedades paradójicas del Derecho Constitucional”, en el sentido de que éste nos sumerja en algo irreal, irreconocible; no hay nada real que no sea en verdad paradójico. Es más, diría que la constatación de la existencia de este adjetivo constituye el test de la realidad. Pero, reconociendo este presupuesto, lo verdaderamente paradójico en el libro, si nos atenemos a lo que en él se refleja de pretensión del autor, estriba en las imágenes deseadas que nos ofrece y los empeños de la realidad por desdibujarlas o, quizás mejor, en el potencial de los conceptos, principios e instituciones jurídicas, y también los riesgos que conllevaría un entendimiento inadecuado de ellos. El autor nos muestra qué es para él el Derecho Constitucional y cómo, por tanto, se debería afrontar, frente a los obstáculos de la realidad o para abordar éstos.

No sé si el libro del profesor Ricardo Martín Morales contiene algunos miembros para una nueva aproximación al Derecho Constitucional. Una reflexión más seria que la que se contiene en esta mera noticia sería precisa para llegar a formular un juicio sobre ello, aunque en todo caso se trataría de un juicio insuficiente y no definitivo, porque no creo que nos sea dado conocer de antemano el desenvolvimiento de un sistema (y más aún si tan solo está esbozado o apuntado) y su transformación en otro, sino solo cuando el cambio se ha producido. Pero sí hay en el libro como un aliento porque lo normativo se enriquezca con exigencias menos normativas, pero derivadas del significado del Derecho Constitucional, que parece querer algo más que el examen dogmático de fuentes, instituciones y derechos. Creo que ahí, en ese hábito, se pueden encontrar materiales para ello.

El libro, en otra luz que arroja, pone de relieve una evidencia que, curiosamente, es, si no olvidada sistemáticamente sí al menos no suficientemente subrayada, y es que la esencia del constitucionalismo son los derechos fundamentales (es justamente el primero de los apartados del libro), que “toda Constitución es un Tratado sobre la libertad” (punto 97), expresión máxima de la limitación del poder en que aquella se cifra, como Kriele -propedéuticamente para Europa- mostró. No es la articulación territorial esa esencia (hay países centralizados políticamente y son constitucionales), por más que éste sea un problema que el Derecho constitucional haya de abordar, sino los derechos fundamentales. Porque sin éstos no hay Constitución, pero sin pluralismo territorial sí pueda haberla.

Puede haber Constitución sin imponer su dominio. Puede haberla y languidecer. Solo la cultura constitucional, la interiorización de su sentido, la asunción y comunión de los valores que la sustentan puede hacerla plena de vitalidad; claro que el camino probablemente sea a la inversa (como MacPherson apuntó). Y es de esto de lo que el libro del profesor Martín Morales rezuma en cada página. Hay personalidades políticas diversas, pero la que permite afianzar una Constitución tiene que ver con los valores compartidos y asumidos por una comunidad que se hace así política. “No hay nada más peligroso para el poder económico que un pueblo que sepa quién es”, dice el autor. El libro pone el dedo en la llaga (o mejor, un dedo en una llaga) cuando viene a proclamar el sometimiento de lo económico a lo político (no al partidismo, claro), sino a la conformación social. En una época de contables y otros (que mejor no calificar), no es evocación baladí. “Sólo un pueblo que sabe quién es puede controlar su poder”. Se trata, en otra expresión, de la personalidad de un país, de la personalidad de sus gobernantes, del sentido (que no de la razón) de Estado.

La libertad es, pues, el hilo conductor. Pero la libertad constitucional requiere de una teoría constitucional. La libertad no tiene límites mientras el poder no los tenga (afirma el autor); la libertad constitucional sí supone límites para la libertad humana, como el poder constitucional sí supone límites para el poder en bruto.

Para el constitucionalista es necesario (aunque parezca no serlo, porque sencillamente es algo que no se entiende) saber cuándo una actuación, una práctica, una decisión o una sentencia de implicaciones constitucionales es o no constitucionalmente correcta, al margen de que políticamente le guste o no. Ese instrumento de juicio solo lo puede proporcionar una teoría constitucional y para ello es imprescindible conocer el significado de los derechos.

Sobre esto, nutrido por el significado del constitucionalismo, el libro confiesa la utilidad de principios, de la dogmática, de los conceptos que la alimentan, pero parece apuntar su insuficiencia tal y como son generalmente tratados, mostrando

que hay algo más en ellos, como sería el caso, por ejemplo, el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales.

Quizás este concepto, que en realidad en nuestra Constitución (aunque en la alemana sea otra cosa) no debería ser (so pena de generar más que de solucionar problemas) sino el contenido constitucional, sea un llamamiento en busca de ese significado que nos permita constatar qué decisión es la constitucionalmente correcta, pues tanto aquella que suponga una ampliación de ese contenido, sin afectarlo, como la que suponga una restricción de ampliaciones del contenido que se han ido sumando a ese significado, sin afectar a éste, serán constitucionalmente correctas (parafraseando a Rubenfeld), aunque políticamente nos incomoden (o no).

Se me ocurre, con la lectura del libro del profesor Martín Morales, que algo que el constitucionalismo necesita hacer, si quiere que las libertades (porque son éstas las que integran nuestro sistema de derechos y no la libertad) cumplan el papel para el que fueron ideadas es, en primer lugar, la identificación precisamente de ese rol, algo que tiene que ver mucho con ese contenido esencial, pues eso va a permitir definir su significado inmutable (se podrá ampliar el espacio, el objeto, sobre el que se proyecta, pero no ese significado); y en segundo lugar el escrutinio de si la realidad social, económica y política permite la efectiva puesta en escena de tales derechos, pues forma parte de cada libertad la exigencia de la existencia de condiciones para hacerlos efectivos, ya que en otro caso serían papel mojado.

No se trata solo de poner en activo al artículo 9.2 de la Constitución, aunque sean esas “condiciones” a las que alude las que permitirán la realidad y efectividad de los derechos y libertades; condiciones que son (por utilizar las palabras de la Constitución aunque no vayan referidas a las condiciones sino a los ámbitos de participación de los ciudadano, pero invirtiendo su orden), económicas, sociales, culturales y políticas. Y no se trata de eso, porque entonces el parámetro de constitucionalidad se empobrece sobremanera, pues el mismo vendría determinado por ese precepto y no por cada uno de los que reconoce y garantiza un derecho.

En fin, toda lectura supone una interpretación de lo leído. Esta noticia es fruto, pues, de una interpretación. Lo mejor para soslayarla es no leerla (aunque esta advertencia llegue intencionadamente tarde), sino leer el libro del profesor Martín Morales.

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.

