

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

[NÚMERO 40 | JULIO-DICIEMBRE 2023]

III ARANZADI



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

40

Año 20, número 40, Julio-Diciembre de 2023

Unión Europea: salir, permanecer, volver

III ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López, Juan Francisco Sánchez Barrilao

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao
Adoración Galera Victoria
Augusto Aguilar Calahorra

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Pérez Miras
Miguel Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Eloísa Pérez Conchillo
Daniela Dobre
María Dolores Requena de la Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar
SECCIÓN DE LEGISLACIÓN
María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José María Porras Ramírez
Agustín Ruiz Robledo
Antonio de Cabo de la Vega
José Manuel Martínez Sierra

José A. Marín Gámez
Baldomero Oliver León
Concepción Pérez Villalobos
Ramón Orza Linares
María Dolores Martínez Cuevas

Francisco J. Durán Ruiz
Susana Ruiz Tarriás
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
(1943/2020)
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vázquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcuera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofre Sirvent
Ricardo Chueca Rodríguez

Antonio D'Atena
Francesc De Carreras Serra
Francisco del Río Muñoz
Teresa Freixes Sanjuán
Miguel Ángel García Herrera
Manuel Gerpe Landín
José Joaquim Gomes Canotilho
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Liñán Nogueiras
Juan Fernando López Aguilar
Alberto López Basaguren
Antonio López Castillo
Francisco López Menuedo

Antonio López Pina
Jörg Luther
Gonzalo Maestro Buelga
Stelio Mangiameli
Miguel Martínez Cuadrado
Didier Maus
Gilmar Ferreira Mendes
Roberto Miccù
Lothar Michael
Lucía Millán Moro
Martin Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Liaño
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina
José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
(1946/2019)
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Ferriz
Sixto Sánchez Lorenzo
Ingo W. Sarlet
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Virgala Foruria
Gustavo Zagrebelsky



Gestió de Publicacions en matèria
de Administracions Públiques

Dirección postal y electrónica

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

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

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

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL

Editorial Aranzadi, S.A.U.

31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 20, número 40, Julio-Diciembre de 2023

Unión Europea: salir, permanecer, volver

SUMARIO

PRESENTACIÓN

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

ESTUDIOS

La «supercláusula europea» del artículo 11 de la Constitución italiana y la evaluación de la hipótesis del «Italexit».....	19
NICOLA LUPO	
El artículo 11 de la Constitución italiana: la fuerza del texto y la volubilidad de los deseos	45
ROBERTO BIN	
Las hipótesis de reforma del artículo 11 de la Constitución, entre su mantenimiento y la subversión constitucional.....	55
PIETRO FARAGUNA	
El artículo 11 de la Constitución como fundamento de la integración Europea desde 1948 hasta hoy	73
YLENIA MARIA CITINO	
Origen y efectos de las recientes «cláusulas europeas» introducidas en la Constitución.....	107
LUCA BARTOLUCCI	
El desafío de algunos estados miembros de la UE a los «valores comunes» y las respuestas de las instituciones europeas.....	127
CESARE PINELLI	

Brexit: un análisis de los aspectos clave para el Derecho Constitucional Europeo en perspectiva de futuro.....	145
NÚRIA SAURA-FREIXES	
Salida de la Unión Europea. Derecho constitucional y la aplicación del artículo 50 del TUE.....	175
THOMAS BEUKERS	
Vittorio Frosini jurisconsulto y humanista	201
TOMMASO EDOARDO FROSINI	
Problemas relativos al control de la constitucionalidad de las normas de incorporación de los tratados internacionales	215
ANTONIO D'ATENA	
Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mira hacia otro lado.....	251
LAURENCE BURGORGUE-LARSEN	
Crónica de la legislación europea. Segundo semestre de 2023.....	261
MARÍA LUISA BALAGUER	
Sobre el futuro constitucional de Europa.....	271
VASCO PEREIRA DA SILVA	

NOTICIAS DE LIBROS

Verdad e interpretación en la sociedad digital, Francisco Balaguer Callejón; María Luisa Balaguer Callejón, Aranzadi, Pamplona, 2023, 154 páginas.....	291
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ	
Recuperemos el periodismo. Ideas para regenerar la profesión periodística, AA. VV., Ignacio Bel Mallen (coord.), Gestión 2000, 2023, 442 páginas.....	297
REMEDIÓ SÁNCHEZ FÉRRIZ	
La libertad del artista, Víctor Vázquez, Athenaica 2023, 260 páginas	309
GERMÁN M. TERUEL LOZANO	
Writing Constitutions. Volume I: Institutions, Wolfgang Babeck y Albrecht Weber, Springer, 2022, 615 páginas.....	317
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	

Presentación

I

Este número de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* tiene su origen en la *Giornata di studi per i venti anni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, que bajo el título: «Le dimensioni del diritto costituzionale europeo tra integrazione e sovranismi» se celebró en Nápoles el 18 de noviembre de 2022 en la Fondazione Banco di Napoli. Los amigos Lorenzo Chieffi, Alberto Lucarelli y Andrea Patroni Griffi, directores de la revista, me hicieron allí el encargo de preparar el número 2 de la *Rassegna di diritto pubblico europeo*, correspondiente a los meses julio a diciembre de 2023. Un encargo del que me sentí muy honrado y que acepté con mucho gusto. El resultado ha sido el número que bajo el título «*Unione Europea: Uscire, rimanere, ritornare*» se acaba de publicar en Italia¹.

Más o menos por la misma época del encuentro de Nápoles recibí una invitación de Nicola Lupo para participar en el Seminario «*Clausole europee e trasformazioni costituzionali*» que tendría lugar el 3 de febrero de 2023 en la LUISS, en Roma. La propuesta de Nicola era extraordinariamente sugerente. Se trataba de analizar si se podían determinar límites a la salida de la Unión Europea derivados de condiciones constitucionales internas a los Estados. De esa reflexión proceden la mayor parte de los textos que se contienen tanto en el núm. 2 ya mencionado de la *Rassegna di diritto pubblico europeo*, como en el presente número de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

La propuesta de Nicola Lupo abría reflexiones muy importantes: desde los límites a la reforma a constitucional derivados de la existencia del derecho europeo, hasta los límites a las políticas estatales y a la acción estatal en general derivados, no del

1 «Unione Europea: Uscire, rimanere, ritornare» a cura di Francisco Balaguer Callejón, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Anno XXII - Numero 2 luglio-dicembre 2023, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

derecho de la Unión como tal, sino de la interacción entre el derecho de la Unión y el derecho constitucional interno. A ellas había que sumar la específica cuestión del Euro, que plantea sus propios interrogantes por lo que se refiere a una desvinculación definitiva de la UE de los Estados de la zona Euro.

La primera cuestión, la de los límites a la reforma constitucional derivados del derecho europeo, la había tratado yo hace algunos años, en el Libro Homenaje a Francisco Rubio Llorente, con desarrollos posteriores en otras publicaciones en México, Brasil, Francia, Alemania e Italia². Desde mi perspectiva, la vinculación europea de los Estados genera una fragmentación del poder constituyente que, entre otros efectos, da lugar a límites a la reforma constitucional y debilita la diferenciación entre las categorías tradicionales de poder constituyente originario y poder de revisión o de reforma constitucional.

La segunda cuestión, la de los límites constitucionales internos a la salida de la UE, es especialmente interesante, no porque vayan a impedir una voluntad decidida de abandonar la UE por parte de un Estado miembro. Al fin y al cabo, estos límites a la reforma son una técnica propia del Estado nacional que tiene difícil traslado a las cuestiones supranacionales, a pesar de la doctrina establecida por el TCFA en relación con la posible transformación en sentido federal de la UE, que me parece profundamente equivocada³. Lo interesante es la reflexión misma sobre la interac-

2 F. Balaguer Callejón, «El *status* constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente», en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 99-130; F. Balaguer Callejón, «La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008; F. Balaguer Callejón, «Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado autonómico integrado na União Européia», *Direitos Fundamentais & Justiça*, núm. 6, Jan./Mar. 2009, Porto Alegre, pp. 100-130; F. Balaguer Callejón, «La fragmentation du pouvoir constituant» en *Le pouvoir constituant au XXI^e siècle*, Sous la direction scientifique de Francisco Balaguer Callejón, Stéphane Pinon et Alexandre Viala, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2017; F. Balaguer Callejón, «European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform», en Rainer Arnold (Editor) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016, pp. 15-25 y F. Balaguer Callejón, «Potere costituyente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna», *Nomos | Le attualità nel diritto*, Anticipazioni n. 2, 2016.

3 Si la lógica de la constitución alemana no permite llegar a lo menos (un Europa Federal) sin un proceso constituyente, no se entiende cómo se aceptó que sí llegara a lo más: la transformación del propio *sujeto constituyente alemán* sin un proceso constituyente, como ocurrió con la integración de la antigua DDR. Cfr. F. Balaguer Callejón, «Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola», en A. Bernardi (cur.), *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 132-133.

ción entre el derecho europeo y el derecho interno, una perspectiva muy häberliana que encuentra en la propuesta de Nicola Lupo un campo de acción relevante.

Del mismo modo que el derecho de la Unión ha alcanzado una dimensión constitucional propia a partir de las tradiciones constitucionales comunes, el grado de penetración del derecho de la Unión en el derecho interno define una específica densidad europea del derecho constitucional nacional. Analizar el alcance de esa densidad resulta fundamental para comprender la naturaleza del proyecto de integración y del papel que juegan las constituciones nacionales en ese proyecto.

Junto a la cuestión de la salida de la Unión y de sus posibles límites constitucionales se plantea también la cuestión de permanecer la Unión en aquellos supuestos en los que son los propios Estados los que han configurado un entorno constitucional y político incompatible con los valores y principios que inspiran el proyecto de integración. En estos casos, es la Unión Europea la que está operando como límite constitucional, aunque el rechazo a la terminología «constitucional» de la UE le hace negar esa condición a los valores y principios constitucionales, que son definidos simplemente como «europeos» en los documentos de la UE⁴.

Este planteamiento debilita la construcción de una identidad europea, que sólo puede ser una identidad constitucional, y fortalece a los gobiernos iliberales porque sitúa el terreno de la legitimidad constitucional en el terreno exclusivo de los Estados, dificultando así la actuación europea en favor de la democracia y del Estado de Derecho. La idea de que la democracia y el Estado de Derecho se puedan desvincular de la constitución no tiene ningún sentido, es sencillamente una de las «realidades alternativas» en las que el proyecto de integración se está basando y que distorsionan su auténtico significado, obstaculizando la construcción de una identidad europea.

Una última cuestión que se aborda en este número de la revista es la de la posibilidad de retornar a la Unión Europea una vez que se ha abandonado, como es el caso del Reino Unido. La salida de la Unión Europea se produjo mediante un proceso refrendatario de cuya limpieza cabe tener dudas muy razonables, teniendo en cuenta, entre otros factores, la intervención de Cambridge Analytica con sus operaciones de manipulación electoral. Por lo demás, el resultado a favor de la salida de la Unión fue muy escaso, lo que también genera dudas respecto de que una decisión de este alcance «constitucional» pueda ser adoptada con un margen de votos tan reducido.

4 Cfr. F. Balaguer Callejón, «Lo Stato di diritto in Spagna. Una declinazione assente nell'Unione Europea», en T. E. Frosini (a cura di) *Rule of Law come costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 2023. Cfr. igualmente, F. Balaguer Callejón, «Democracia y Estado de Derecho en Europa», *La cittadinanza europea*, n. 2, 2020, pp. 33-60.

La evolución del sistema político del Reino Unido desde entonces ha sido un tanto caótica, mientras que su rendimiento económico no se corresponde con las promesas que habían realizado los partidarios de la salida de la Unión Europea una vez que se recuperara la «soberanía». Ciertamente, ningún Estado tiene la posibilidad de recuperar la «soberanía» real en el marco de la globalización. En el caso de los Estados europeos, el ejercicio de poder político más allá de las limitadas opciones que les ofrece la globalización pasa necesariamente por la integración supranacional para ganar magnitud y poder hacer frente a los grandes agentes globales a través de las instituciones supranacionales.

Pese a que la opinión pública del Reino Unido parece haber cambiado bastante su posición respecto de la Unión Europea, es difícil imaginar que el reingreso sea una opción política viable a corto y medio plazo. Pero es algo que se puede plantear en el futuro y, por tanto, una cuestión que nos interesa desde la perspectiva del derecho de la Unión.

II

Por lo que se refiere a la cuestión de los límites constitucionales a la salida de la Unión Europea, el planteamiento que marca la configuración de este número de la revista se contiene esencialmente en el artículo de Nicola Lupo: «La “super cláusula europea” del artículo 11 de la Constitución italiana y la evaluación de la hipótesis de un “Italexit”». Sigue a este texto el de Roberto Bin, cuyo título es ya expresivo de su posición en relación con el debate central que planteamos: “El artículo 11 de la Constitución: la fuerza del texto y la volubilidad de los deseos”».

A continuación, dentro de este mismo debate, se han incluido los textos de Pietro Faraguna: «La hipótesis de la reforma del artículo 11 de la Constitución, entre mantenimiento y subversión constitucional» y de Ylenia Maria Citino «El artículo 11 de la constitución como fundamento de la integración europea desde 1948 hasta hoy».

Un planteamiento más genérico sobre las cláusulas europeas, se contiene en el trabajo de Luca Bartolucci «Origen y efectos de las recientes “cláusulas europeas” introducidas en la Constitución».

El trabajo de Cesare Pinelli sobre «El desafío de algunos Estados miembros a los valores comunes de la Unión y la respuesta de las instituciones europeas » se centra ya en otra temática, la de aquéllos Estados que permanecen dentro de la Unión Europea sin respetar sus valores fundamentales, afectando así, tanto a la identidad nacional como a la identidad de la UE: «Los valores del artículo 2 (...) afectan tanto

a la identidad nacional como a la identidad de la Unión, con la consecuencia de que cuando se ven amenazados a nivel nacional, también lo están a nivel de la UE».

El posible retorno a la Unión Europea se aborda por Nuria Saura Freixes en su artículo titulado «Brexit: Un análisis de los aspectos clave para el Derecho Constitucional Europeo en perspectiva de futuro», en el que se sugiere «la necesidad de revertir este proceso de desconexión que ha roto vínculos económicos, sociales y culturales entre el Reino Unido y la UE, con un efecto desfavorable que todavía puede ser peor en los próximos años».

Por último, también con carácter genérico se aborda la cuestión de la retirada de la Unión Europea por Thomas Beukers en su texto «Withdrawal from the European Union: Constitutional Law and Practice of Article 50 TEU».

III

El debate central sobre los límites constitucionales a la salida de la Unión Europea se refleja en dos posiciones contrapuestas, centradas en el ordenamiento constitucional italiano. Por un lado, la Roberto Bin, que entiende que es posible salir de la UE solamente con una decisión de naturaleza legal. Para Roberto Bin, «si Italia ha entrado en la organización europea sin tocar la Constitución, y la Constitución ha sido varias veces revisada sin nunca introducir un vínculo de adhesión a la organización europea, me parece inevitable concluir que para salir debería ser suficiente con que la ley formal derogue la orden de ejecución y haga cesar las obligaciones consiguientes.».

Por otro lado, la de Nicola Lupo que considera que no es posible salir de la UE ni siquiera a través de una reforma constitucional, de tal manera que sería necesario aprobar una nueva constitución para salir de la UE. Para Nicola Lupo, «cualquier hipótesis de salida de Italia de la Unión Europea entra en conflicto con los principios supremos del orden constitucional vigente y que, por lo tanto, dicha salida, al ser incompatible con el “núcleo duro” de la Constitución vigente, no puede tener lugar ni obviamente mediante una ley ordinaria, ni siquiera mediante una revisión de la Constitución de 1948. En otras palabras, esta opción, de llevarse a cabo, implicaría la necesidad de una nueva Constitución, radicalmente distinta de la actual.» Obvio es decir que caben posiciones intermedias como la de quienes piensan que es posible salir de la UE mediante una reforma constitucional.

Por lo que se refiere a los otros planteamientos incluidos en este número de la revista, el de Pietro Faraguna se mantiene en la línea de una incompatibilidad entre la salida de la Unión Europea y una identidad nacional que se ha construido sobre

la base del principio de apertura del artículo 11 de la Constitución italiana, lo que supone excluir la legitimidad de reformas constitucionales que pretendan negar ese principio de apertura. Desde la perspectiva de la posible salida de la UE, esta sería necesaria si la UE dejara de respetar las condiciones del artículo 11 (así, la paridad con los otros Estados y la justicia y la paz entre naciones como objetivo). Pero, sin una justificación de esta naturaleza, la salida de la UE podría considerarse contraria al principio de apertura y al artículo 11.

Sobre esta cuestión se pronuncia también Luca Bartolucci entendiendo que el artículo 11 forma parte del bloque de constitucionalidad euro-nacional, que se vería lesionado en el caso de una salida de la Unión Europea, por afectar a los principios supremos del ordenamiento y a la identidad constitucional italiana.

Por su parte, Ylenia Citino, si bien señala la dificultad de establecer jurídicamente un límite a la revisión del artículo 11, entiende que existe una dimensión persuasiva que dificulta, desde el punto de vista constitucional, la desviación de los objetivos señalados en este precepto. Por tanto, si no supone un obstáculo frontal, al menos sí una mayor resistencia a la revisión.

IV

En el caso de España, la cuestión de los límites sustanciales a la reforma se plantea de otro modo, porque la Constitución Española no tiene, a diferencia de otras constituciones, cláusulas de intangibilidad (cláusulas de eternidad) que salvaguarden jurídicamente una parte de su Constitución frente a posibles reformas. Por el contrario, la Constitución preve *la posibilidad de revisión total, esto es, la actuación de un poder materialmente constituyente que sólo estaría limitado desde el punto de vista formal, en lo que se refiere al procedimiento de reforma. Un procedimiento agravado, difícil de llevar a cabo en la práctica por la necesidad de disolver el Parlamento para proceder a la elección de un nuevo Parlamento que culminaría la reforma con una mayoría muy reforzada.*

Es evidente, sin embargo, que mientras España forme parte de la Unión Europea, una posible revisión total no permitiría la intervención de un poder constituyente sin límites materiales, si tenemos en cuenta los límites a la reforma derivados de la integración en la Unión Europea⁵. Por otro lado, en la hipótesis de una salida

5 Cfr. F. Balaguer Callejón, «Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna», en Fulco Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 85-112.

de la Unión Europea, una reforma constitucional sería necesaria, en cualquier caso, para eliminar la vinculación al derecho europeo prevista en el artículo 135 CE⁶.

Más allá del análisis dogmático de los límites constitucionales en cualquier Estado miembro, se plantean otros problemas que tienen que ver con la evolución del derecho constitucional en este siglo XXI y con el papel que el derecho europeo ha adquirido en relación con los ordenamientos internos.

Así, si aceptamos que la integración europea forma parte de los principios fundamentales de la constitución interna ¿sería también una parte de la identidad constitucional nacional? Como es conocido, el TCFA vinculó la identidad constitucional con las disposiciones intangibles, algo que es más que discutible, entre otros motivos porque dejaría sin identidad constitucional a países que no carecen de estas «cláusulas de eternidad».

Pero, en todo caso, la cuestión es que si la integración europea forma parte de ese núcleo intangible podría considerarse también, de acuerdo con ese criterio, que es parte igualmente de la identidad constitucional (así lo estiman, con diversas formulaciones, Pietro Faraguna y Luca Bartolucci en sus trabajos). Esto puede generar una tensión interna en la constitución entre la identidad constitucional como *frontera* (contralímite) frente al derecho europeo y la función de la identidad constitucional como *punte* (confluencia) con el derecho europeo⁷.

Esta integración de la vertiente europea añadiría más complejidad a la identidad constitucional, por cuanto situaría a una parte de ella fuera de la constitución. Es decir, la identidad constitucional estaría integrada también por la dimensión europea del orden constitucional. Algo que supone reconocer la incidencia que el derecho europeo está teniendo como manifestación de una parte de nuestra realidad constitucional, que ya no está solamente en el texto de la Constitución sino que está en parte en la Unión Europea, de acuerdo con los postulados de Peter Häberle en relación con la metodología del Derecho constitucional europeo⁸.

6 Así, en su apartado 2: «El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros» o en el tercer párrafo del apartado 3: «El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

7 Cfr. F. Balaguer Callejón, «The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law», *UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, núm. 3, May 2017, pp. 10-24.

8 Cfr. F. Balaguer Callejón, «Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo», *La cittadinanza europea*, núm. 1/2015, pp. 39-62.

Esta estrecha vinculación entre el derecho europeo y el interno en relación con la identidad constitucional es destacada por Cesare Pinelli respecto de la identidad europea cuando señala el grave error político que supone la débil respuesta europea al desafío de los gobiernos iliberales: «Dado que los “valores comunes” son también aquellos en los que “se funda la Unión”, una violación prolongada de los mismos provoca (...) una herida que no puede cicatrizar fácilmente en el proceso de conformación de su identidad constitucional».

V

Que el derecho europeo es un factor constituyente en relación con el derecho constitucional interno es algo que parece indudable. Lo es en el plano formal en cuanto límite al ejercicio del poder de reforma y del poder constituyente, que deben respetar las limitaciones derivadas de la pertenencia a la UE. También lo es en el plano sustancial de su capacidad de incidencia sobre la estructura constitucional de los Estados miembros, si tenemos en cuenta, entre otras, las transformaciones materiales que se produjeron en los ordenamientos constitucionales de algunos de ellos con motivo de las políticas de austeridad promovidas por la UE durante la crisis financiera⁹.

La cuestión de si el derecho europeo puede ser también un factor constituyente «interiorizado» en el propio ordenamiento constitucional nacional y configurado como un límite a la salida de la Unión Europea es el objeto de este número de la revista. Planteado desde Italia a través de los autores que aquí se incluyen y de otros muchos que se mencionan en sus textos, refleja el dinamismo de la doctrina italiana y señala un camino que deberá ser seguido en algún momento por las comunidades jurídicas de otros países.

Cada una de esas comunidades tendrá que dar una respuesta basada en el derecho positivo, en las propias reglas constitucionales, como se hace en este número en relación con Italia. La cuestión es, sin embargo, si la evolución del proceso de integración no supone una cierta homogeneidad de los Estados miembros más allá de la interpretación de las cláusulas constitucionales propias. Esto es, hasta qué punto los Estados miembros pueden seguir considerando que la posible salida de la UE sea una cuestión estrictamente constitucional «interna» sin tener en cuenta la creciente densidad europea de sus constituciones.

9 Cfr. F. Balaguer Callejón, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa» en *KorEuropa*, núm. 1/2012. Cfr. igualmente, F. Balaguer Callejón, «Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello», *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2016.

VI

Junto a los textos anteriormente mencionados y en conexión con la temática que en ellos se aborda, en el Foro se trata la cuestión de una posible ordenación multinivel de Europa que permita armonizar las actuales diferencias en la propuesta de Vasco Pereira da Silva «Sobre el futuro constitucional de Europa». Por su parte, la sección Perfiles está dedicada al insigne académico italiano Vittorio Frosini, con un perfil titulado «Vittorio Frosini jurista y humanista» que ha realizado Tommaso Edoardo Frosini. Ya habíamos publicado en el núm. 28 de la revista un texto clásico de Vittorio Frosini: «El horizonte jurídico de Internet» y ahora nos resulta muy grato publicar este magnífico perfil elaborado por quien mejor podía hacerlo.

En la sección dedicada a los Textos Clásicos se publica el trabajo de Antonio D'Atena «Problemas relativos al control de constitucionalidad de las normas de incorporación los tratados internacionales», que apareció inicialmente en 1967 en *Giurisprudenza Costituzionale*. La sección de Jurisprudencia incorpora el estudio de Laurence Burgogue-Larsen «Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mira hacia otro lado. El caso Alonso Saura vs. Spain». La de Legislación, dirigida por María Luisa Balaguer Callejón, incluye diversas referencias entre las que destaca la propuesta de reforma de la Directiva relativa la Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

Por lo que se refiere a las noticias de libros, en este número se publican cuatro, la de Enrique Guillén López sobre *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, de Francisco Balaguer Callejón y María Luisa Balaguer Callejón, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; la de Remedios Sánchez Ferriz sobre el libro coordinado por Ignacio Bel Mallen, *Recuperemos el periodismo. Ideas para regenerar la profesión periodística*, Gestión 2000, Barcelona, 2023; la de Germán M. Teruel Lozano sobre el libro *La libertad del artista*, Athenaica, Sevilla, 2023, de Víctor J. Vázquez Alonso y la de Miguel Azpitarte Sánchez sobre Wolfgang Babeck y Albrecht Weber *Writing Constitutions. Volume I: Institutions*, Springer, 2022.

VII

El segundo semestre de 2023 ha sido especialmente propicio en el ámbito académico para las personas que formamos el equipo de esta revista. En el mes de septiembre accedieron a la condición de Catedráticos de la Universidad de Granada Enrique Guillén López, Juan Francisco Sánchez Barrilao y Miguel Azpitarte Sánchez. En ese mismo mes, en Italia, accedería a la condición de Professore ordinario Fausto Vecchio. En el mes de octubre accedió a la condición de Profesor Titular de

la Universidad de Granada Augusto Aguilar Calahorro. También en octubre defendieron su Tesis Doctoral Daniela Dobre y Dolores Requena de Torre. Además, a lo largo de ese semestre, obtuvieron Becas de investigación y contratos Eloísa Pérez Conchillo (Juan de la Cierva, UNED), Marta Lucena Pérez (Formación del Profesorado Universitario, FPU) Amalia Lozano España (Fundación Ramón Areces), Rosa Iannaccone (Contrato Postdoctoral, La Sapienza Università, Roma) y Giacomo Palombino (Investigador García Pelayo en el CEPC). Finalmente, se produjo también el nombramiento de Gregorio Cámara Villar como Profesor Emérito de la Universidad de Granada, un broche de oro para él y para nuestro grupo académico.

Hay que felicitar a todos y a todas por estos éxitos, que son una alegría también para las demás personas que elaboramos la revista. En las diversas generaciones que se pueden apreciar en esa larga relación de nombres hay una ilusión compartida que, entre otras muchas cosas, se manifiesta cada seis meses en la cita con nuestros lectores y nuestras lectoras. Nada mejor que estas magníficas noticias para celebrar los veinte años de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, que vamos a cumplir en el año 2024.

En el apartado de agradecimientos comenzamos por la editorial Thomson Reuters y la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional es obligada la referencia al Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 «La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución». En el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet «*ad personam*» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, al Proyecto Jean Monnet «The constitutional bases of Europe: building a *common European constitutional culture*» y a la Cátedra Jean Monnet «Integration of asylum-seekers and refugees in the European Unión».

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional.
Catedrático Jean Monnet ad personam.

Estudios

LA «SUPERCLÁUSULA EUROPEA» DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA EVALUACIÓN DE LA HIPÓTESIS DEL «ITALEXIT»

The «super European clause» of article 11 of the italian Constitution and the assessment of the «Italexit» hypothesis

NICOLA LUPO

*Profesor ordinario de Derecho Público en
la LUISS Guido Carli di Roma*

Traducido del italiano por Marta Lucena Pérez

SUMARIO:

1. Prólogo. Siempre sobre el artículo 11 de la Constitución, con una aportación de «tesis».
2. Los orígenes del artículo 11 de la Constitución: las Naciones Unidas, pero también la integración europea.
3. La utilización del artículo 11 de la Constitución como «cláusula supereuropea» por los órganos políticos y el Tribunal Constitucional.
4. El carácter «abierto» de la cláusula del artículo 11 de la Constitución.
5. El debate sobre las hipótesis del «Italexit» en relación con la Constitución actual.
6. El lugar de Italia en la Unión Europea como principio supremo.
7. Conclusiones. Algunas notas sobre los enredos de la interpretación constitucional.

1. PRÓLOGO. SIEMPRE SOBRE EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN, CON UNA APORTACIÓN DE «TESIS»

Con mucho gusto volveré aquí sobre la relevancia y el contenido del artículo 11 de la Constitución italiana para dar respuesta a la pregunta que se nos ha planteado, a saber, qué límites constitucionales encontraría en Italia una hipotética salida de ese país de la Unión Europea, al hilo de lo que le ocurrió al Reino Unido con el «Brexit». Huelga decir, o casi, que se trata de una cuestión abstracta y puramente académica, ya que actualmente no existen tales intenciones en ninguna de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento¹.

¹ La presencia, en las elecciones generales de septiembre de 2022, de una formación política llamada «Italexit» (posteriormente rebautizada como *Per l'Italia con Paragone*), que obtuvo algo más

Por el contrario, los primeros meses de actividad del Gobierno Meloni han mostrado a todos, por si aún fuera necesario, el carácter propiamente constitucional de las limitaciones derivadas de la pertenencia a la UE. En el delicado relevo entre el Gobierno Draghi y el Gobierno Meloni, tras las elecciones de septiembre de 2022, el ordenamiento de la Unión Europea parecía capaz de ofrecer un marco institucional, de valores y financiero común y estable —según algunos, también identificable como una especie de dirección político-constitucional o una «dirección político-sistémica»²— dentro del cual cada Gobierno italiano está «constitucionalmente» obligado a moverse, insertándose plenamente en él, junto con los de los demás Estados miembros, y conformando así su orientación política³. Como es natural, los condicionantes constitucionales lo son precisamente en la medida en que son capaces de imponerse —mientras estén vigentes y no cambien, por supuesto— a todos los sujetos políticos que actúan en un determinado sistema, incluso con independencia de sus opciones óptimas de partida, y son especialmente vinculantes sobre todo cuando estos sujetos políticos están llamados a asumir roles institucionales de primer orden. De este modo, las normas y principios constitucionales pueden desempeñar una importante función de complemento y garantía de la resistencia general del sistema en su conjunto.

de 500.000 votos (equivalentes aproximadamente al 1,9% de los votos válidos), sin obtener por tanto representación en el Parlamento, no me parece que altere el panorama anterior.

2 Para esta última noción, como «estrategia social y geopolítica de la República», véase A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Mucchi, Módena, 2020, p. 32 y ss. (quien lo relaciona con los artículos 139, 11 y 3 de la Constitución). Más desarrollos también en Id., *I ruoli di chi guida il nostro Paese*, en *Corriere della Sera*, 15 de noviembre de 2021, e Id., «L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR», en *www.federalismi.it*, 2022, núm. 19, pp. 146-152, esp. 150 y ss. Para una relación con la noción, debida como es sabido a Paolo Barile, de «dirección política constitucional», véase R. BIFULCO, «Recensione ad A. Manzella, Elogio dell'Assemblea, tuttavia», en *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online* 2021, núm. 2, pp. 226-231, spec. 230: «si la directriz política constitucional pretendía dar fuerza y autonomía al Presidente de la República y al Tribunal Constitucional respecto a la centralidad del parlamento (la centralidad de la primera vía), ahora la directriz política sistémica parece implicar directamente al parlamento, si no para vincularlo, ciertamente para encauzarlo en opciones fundamentales y, en cierto modo, irreversibles».

3 Sobre la fase de transición entre el Gobierno Draghi y el Gobierno Meloni, véase P. ARMAROLI, «Le anomalie di una crisi di Governo», en *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2022, n. 2, spec. p. 11 s. e D. Cabras, «La prorogatio degli organi di indirizzo politico, dal Governo Ciampi al Governo Draghi», en *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, p. 937 s.; Sobre las primeras semanas de este último, véase C. CURTI GIALDINO, «Il Governo Meloni e l'Unione Europea: gli esordi del nuovo Esecutivo», en *www.federalismi.it*, 7 de diciembre de 2022.

No obstante, la cuestión planteada me parece digna de ser abordada, obviamente en clave puramente hipotética y también a la luz de la comparación con los límites constitucionales vigentes en otros Estados miembros de la Unión, si bien en la variedad de Constituciones nacionales y sus «cláusulas europeas»⁴. De hecho, es precisamente la retirada del tema de una hipotética «Italexit» de los focos políticos —donde había aparecido fugazmente en la primera parte de la XVIII legislatura, especialmente con ocasión del lanzamiento del Gobierno Conte 1— debería facilitar una discusión serena entre los académicos, que hasta ahora han expresado opiniones muy variadas, e incluso radicalmente opuestas, en sus respuestas a la pregunta antes mencionada sobre la identificación de los límites constitucionales a una posible salida italiana de la Unión Europea.

También en este sentido, el presente artículo surge como una contribución «de tesis», es decir, destinada esencialmente a proponer una determinada respuesta a la cuestión planteada⁵: en el sentido de sostener que cualquier hipótesis de salida de

4 Sobre lo cual véase, entre otros, M. CLAES, «Le “clausole europeee” nelle Costituzioni nazionali» en *Quaderni costituzionali*, 2005, núm. 2, p. 283 y ss.; L.F.M. BESSELINK, M. CLAES, Š. IMAMOVIĆ, J.H. REESTMAN, «Vías constitucionales nacionales para una mayor integración en la UE». Estudio, Parlamento Europeo, Bruselas, 2014; A. ALBI, S. BARDUTZKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports*, Asser-Springer Open, La Haya-Berlín, 2019; A. GUZZAROTTI «Legalità senza legittimazione? Le “clausole europeee” nelle costituzioni degli Stati membri dell’UE e l’eccezione italiana», en www.costituzionalismo.it, 2019, núm. 3, pp. 1-41; N. LUPO, «Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana» en www.federalismi.it, 2022, núm. 4, pp. 483-500; Y. CITINO, «European Membership Clauses and Constitutional Hurdles to Withdrawal», en *European Journal of Law Reform*, 2022, núm. 2, pp. 195-217.

5 Una tesis que, por otra parte, he anticipado, aunque desde ángulos diferentes y de forma menos específica, en otras ocasiones: véase N. LUPO, «L’influenza dell’Alleanza atlantica nell’interpretazione della Costituzione economica», en *NATO e Costituzione. La rinascita dell’Italia tra difesa e sviluppo economico*, por S. LA PORTA, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 71-102 (anticipada con el título «L’influenza dell’Alleanza atlantica nell’interpretazione della Costituzione economica: ovvero, sulla centralità dei principi dell’art. 11 Cost.»), en *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, 2020, n. 3, pp. 425-463; Id., «L’art. 11 come “chiave di volta” della Costituzione vigente», en *Rassegna parlamentare*, 2020, n. 3, pp. 379-419; Id., *Sull’art. 11 Cost. come «chiave di volta» della Costituzione vigente e sull’illegittimità costituzionale di ogni ipotesi di «Italexit»*, en *L’Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco*, por P. CARNEVALE, E. CASTORINA, G. GRASSO y R. MANFRELLOTTI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 573-594; Id., «L’art. 11 della Costituzione e l’appartenenza dell’Italia all’Alleanza atlantica», en *Il Filangieri. Quaderno 2022. Costituzione e relazioni internazionali*, por V. LIPPOLIS y R. IBRIDO, Napoli, Jovene, 2023, pp. 19-36.

Italia de la Unión Europea entra en conflicto con los principios supremos del orden constitucional vigente y que, por lo tanto, dicha salida, al ser incompatible con el «núcleo duro» de la Constitución vigente, no puede tener lugar ni obviamente mediante una ley ordinaria, ni siquiera mediante una revisión de la Constitución de 1948. En otras palabras, esta opción, de llevarse a cabo, implicaría la necesidad de una nueva Constitución, radicalmente distinta de la actual.

Para ello, el artículo parte de algunas consideraciones en torno al artículo 11 de la Constitución, es decir, en torno a la disposición constitucional que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, ha funcionado como la «clave de bóveda» del ordenamiento jurídico vigente⁶ precisamente porque, actuando como una cláusula europea implícita y general —podríamos decir una especie de «supercláusula europea»— formulada en términos muy abiertos y flexibles, ha «amparado» y permitido una profunda y muy densa «integración dinámica» entre el ordenamiento jurídico italiano y el europeo. En particular, basándonos en los trabajos de la Asamblea Constituyente, aportaremos una serie de elementos fácticos útiles, por una parte, para refutar la interpretación bastante extendida según la cual el artículo 11 de la Constitución fue concebido en su origen exclusivamente para garantizar la pertenencia de Italia a la ONU y, por otra, para rebatir la afirmación de que la extensión de este artículo a la integración europea fue el resultado de una opción hecha por la (única) jurisprudencia constitucional.

Posteriormente, tras destacar algunas de las características estructurales del artículo 11 de la Constitución como «supercláusula europea», se resumirá el debate sobre la configuración de la hipótesis «Italexit» en relación con la Constitución vigente y se aportarán algunos argumentos para sostener que el lugar de Italia en la Unión Europea representa un «principio supremo» de la Constitución actual. En conclusión, se intentará abordar una cuestión más general y extremadamente delicada, que la tesis aquí argumentada plantea: a la cuestión del peso que la aplicación concreta de la Constitución, es decir, la experiencia concreta vivida del orden constitucional, ejerce sobre la interpretación de la Carta Constitucional y la identificación de su contenido, a partir de lo que se consideran sus «principios supremos». Un tema

6 Cfr. Auto n. 24 de 2017 sobre el llamado «caso Taricco», en el que el Tribunal señaló cómo este artículo representa el fruto de la «convicción de que el objetivo de la unidad, dentro de un orden que garantice la paz y la justicia entre las naciones, justifica una renuncia a espacios de soberanía, incluso definidos por normas constitucionales». Para una apreciación de estas afirmaciones véase R. MASTROIANNI, «L'art. 11 Cost. preso sul serio», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, núm. 3, 5 ss. Sobre la centralidad del art. 11 Const. véase también A. MANZELLA, «La Costituzione italiana come Costituzione "europea": 70 anni dopo», en *Nuova Antologia*, 2018, n. 2287, p. 40 ss.

que obviamente no puede agotarse aquí, pero que vale la pena al menos recordar, precisamente para concluir, dado que inevitablemente la variedad de tesis que se han sostenido en la doctrina sobre la conformidad a la Constitución de un hipotético «Italexit» parece reflejar una perceptible diversidad de ideas, quizás no sólo y no tanto sobre lo que es la Constitución, sino sobre todo sobre los métodos con los que debe ser interpretada.

2. LOS ORÍGENES DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN: LAS NACIONES UNIDAS, PERO TAMBIÉN LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Es muy común la lectura según la cual el artículo 11 de la Constitución pretendía originalmente «cubrir» sólo la pertenencia de Italia a la ONU, pero no las organizaciones internacionales que hubieran resultado de los procesos de integración europea. Una interpretación que deriva de la afirmación de que la extensión del ámbito de aplicación de este artículo a las Comunidades Europeas y luego a la Unión Europea proviene de una opción interpretativa llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia a partir de mediados de los años sesenta. Tanto la lectura que acabamos de citar como la afirmación que a menudo la complementa carecen efectivamente de fundamento, como se señala en este párrafo y en el siguiente.

Por lo que se refiere al sentido original del artículo 11 de la Constitución, de los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente se desprende que es cierto que los constituyentes se negaron a incluir en la Carta, y concretamente en esta disposición, una referencia explícita a la integración europea, pero también que decidieron optar, desde el principio, por una formulación muy amplia por lo que se refiere a las organizaciones internacionales a las que debía estar abierto el orden republicano. En otras palabras, una formulación deliberadamente diseñada para incluir dentro de este artículo no solo a las nacientes Naciones Unidas, o cualquier otra forma de organización internacional a escala mundial surgida de los acuerdos de posguerra, sino también a aquellas que hubieran sido el resultado de los procesos de integración europea entonces en ciernes, y que, aunque sus lugares de aterrizaje jurídico e institucional estuvieran aún por definir en aquel momento, estaban muy presentes en la mente de los constituyentes. En un mundo azotado por la experiencia de las dos guerras mundiales, y que en esos mismos meses se dividía en dos bloques, se optó por evitar cualquier referencia geográfica o estratégica, también porque tales referencias habrían sido inevitablemente divisorias entre las fuerzas políticas que

componían la Asamblea Constituyente⁷. Como de hecho las vías parlamentarias de ratificación tanto del Tratado de Paz, por la propia Asamblea Constituyente⁸, como del Tratado de la OTAN, por las Cámaras de la primera legislatura republicana⁹, fueron no poco divisivas y dolorosas.

La opción de incluir la integración europea en la disposición constitucional en cuestión, aunque sin mencionarla explícitamente, se desprende claramente tanto de los trabajos de la Comisión de la Constitución (la llamada «Comisión de los 75») como de los trabajos de la Asamblea Plenaria¹⁰.

7 Véase brevemente P. FARAGUNA «Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale», en *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, editado por F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, FRANCOANGELI, Milán, 2018, p. 63 y ss., espec. 66 y ss., quien señala que en este caso «el consenso unánime se pagó al precio de mantener los principios internacionales de la Constitución en un nivel de abstracción tal que permitiera a todos los actores implicados leer sus visiones divergentes sobre política exterior y relaciones internacionales potencialmente conciliables con la nueva vocación internacional de la Constitución».

8 Véase la Ley núm. 811 de 2 de agosto de 1947 (Autorización al Gobierno de la República para ratificar el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas e Italia), cuya aprobación en la Asamblea Constituyente tuvo lugar el 31 de julio de 1947, tras el rechazo, por pocos votos, de una moción para aplazar el examen hasta septiembre. La propia firma del tratado suscitó no pocos problemas, dadas las reticencias del Jefe de Estado provisional, Enrico De Nicola. Véase, para todos, S. LORENZINI, *L'Italia e il trattato di pace del 1947*, Il mulino, Bolonia, 2007, spec. p. 116 y ss.

9 Véase la Ley núm. 465 de 1 de agosto de 1949 (Ratificación y ejecución del Tratado del Atlántico Norte firmado en Washington el 4 de abril de 1949), aprobada por la Cámara de Diputados el 21 de julio de 1949 y por el Senado el 29 de julio siguiente. Sobre la «elección internacional» que tuvo lugar, en esta fase, «no sin esfuerzo», véase M. DEL PERO, «L'Italia e la comunità atlantica, en La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni», editado por U. DE SIERVO, S. GUERRIERI, A. VARSORI, I. CAROCCI, Roma, 2004, p. 207 y ss. y A. Varsori, *La cenerentola d'Europa? L'Italia e l'integrazione europea dal 1947 a oggi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, spec. p. 72 f.

10 Sobre los trabajos preparatorios del artículo 11 de la Constitución, véase ampliamente M. CARTABIA, L. CHIEFFI, «Art. 11», in *Commentario alla Costituzione*, editado por R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Turín, 2006, I, p. 263 y ss., espec. p. 266 y ss, que concluyen en el sentido de que «la falta de referencias textuales a la unificación europea nunca tuvo el sabor de una cerrazón hacia los proyectos de integración que maduraban entretanto», de modo que sólo se debió al «temor de poner en peligro los delicados equilibrios internacionales de la época». En el mismo sentido, véase A. CASSESE, «Art. 11», en *Commentario della Costituzione*, editado por G. BRANCA, Zanichelli-Il foro italiano, Bolonia-Roma, 1975, p. 565 y ss., espec. p. 577 y ss. Pero también, más concretamente, con una aguda lectura integrada entre los acontecimientos constituyentes y los internacionales ocurridos en aquellos mismos días, L. GIANNITI, «I costituenti e l'Europa», en www.federalismi.it, 2018, n. 16,

En la Comisión del 75, cabe recordar en particular la intervención de Aldo Moro, quien, el 24 de enero de 1947, en respuesta a la enmienda presentada por Emilio Lussu (destinada a sustituir la expresión «organización internacional» por la otra «organización europea e internacional»), declaró que las organizaciones internacionales a las que se refería el entonces artículo 4 del proyecto incluían también una posible organización federalista de Europa¹¹. Sin embargo, a Lussu no le convenció del todo la intervención de Moro y, basándose también en un paralelismo con el preámbulo de la Constitución francesa (un país donde, según Lussu, «no existen corrientes federalistas»), mantuvo su enmienda, que fue rechazada por la Comisión¹².

En el debate posterior en la Asamblea Constituyente, cabe destacar la intervención del ponente, Meuccio Ruini, en la sesión de la Asamblea del 24 de marzo de 1947, que obtuvo la retirada de la enmienda presentada por el democristiano Celeste Bastianetto (destinada a insertar, tras las palabras «necesarias limitaciones de la soberanía», lo siguiente: «a la unidad de Europa o»), basándose en que el texto propuesto por la Comisión del 75 «no excluye la formación de relaciones más estrechas en el ámbito europeo». Por otra parte, como señaló el propio Ruini, la redacción de la propuesta de Bastianetto «no podía tener unanimidad de votos» (es decir, habría sido bastante divisiva)¹³.

p. 2 s. Para una amplia reconstrucción de los trabajos preparatorios del artículo 11 de la Constitución y para referencias específicas a las iniciativas a favor de la integración europea, ampliamente presentes en aquella Asamblea, cf. G. LEVI, *L'europeismo ai tempi dell'Assemblea Costituente*, Cedam, Padua, 2020, espec. p. 83 ss. En el sentido de que el tema de la integración europea estaba bien presente en el debate político, aunque como una posibilidad abstracta, y que sólo se convirtió en una prioridad en la agenda política a partir del verano de 1948, como sucedió también para los demás países europeos, en el marco de las alianzas internacionales que se habían definido entretanto, cf. G. D'OTTAVIO, «Il discorso politico sull'Europa nell'immediato dopoguerra (1945-1947)», en *L'età costituyente. Italia 1945-1948*, editado por G. BERNARDINI, M. CAU, G. D'OTTAVIO, C. NUBOLA, Il mulino, Bolonia, 2017, p. 397 y ss. Véase también la contribución de Y.M. CITINO, en esta Revista.

11 El artículo 4 del proyecto era del siguiente tenor: «Italia renuncia a la guerra como instrumento de conquista y ofensa a la libertad de otros pueblos y admite, a condición de reciprocidad e igualdad, las limitaciones de soberanía necesarias para una organización internacional que asegure la paz y la justicia entre los pueblos» (cf. lo ya citado en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., p. 166).

12 Véase la sesión plenaria de la Comisión para la Constitución, 24 de enero de 1947, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma, 1970, VI, p. 166 y ss.

13 Véase la sesión vespertina de la Asamblea del 24 de marzo de 1947, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., I, p. 609 y ss. Nótese también la decla-

Así, la Constitución italiana evitó tomar una postura específica con respecto a las diversas organizaciones internacionales posibles que se estaban creando en aquel momento, sino que se limitó a estipular como requisitos vinculantes que debían ser organizaciones internacionales establecidas «en pie de igualdad con otros Estados» y destinadas a «garantizar la paz y la justicia entre las naciones».

En cuanto a las organizaciones internacionales que cumplen estos requisitos, la Constitución no solo autoriza, sino que obliga al recién nacido orden republicano a garantizar potencialmente todo lo necesario, en el ámbito de lo que obviamente dispone el propio ordenamiento. La redacción es, en efecto, muy amplia, prefigurando una limitación del poder soberano, es decir, aquel del que la propia Constitución, como expresión del poder constituyente, representa el ejercicio. Se trata, al fin y al cabo, de la misma noción de soberanía que la Constitución evoca explícitamente en (solo) otros dos artículos: en el artículo 1, para atribuirle al pueblo, en coherencia con la naturaleza democrática del sistema, pero al mismo tiempo también para precisar, en nombre de los valores básicos del constitucionalismo y del Estado de Derecho, que esta soberanía popular también está sometida a la Constitución, para ser ejercida «en las formas y dentro de los límites» previstos en la misma; y luego en el artículo 7, para afirmar el carácter de independencia y soberanía no solo del Estado sino también de la Iglesia católica, «cada uno en su orden», identificando un punto de equilibrio, como sabemos, de crucial importancia a la luz de las características del proceso de unificación de Italia y del papel desempeñado históricamente por el Estado Pontificio.

El artículo 11 de la Constitución tiene, pues, de acuerdo con su ubicación, todos los visos de una disposición de principio, que afirma, a la vez, los principios internacionalista y pacifista¹⁴. Y lo hace mediante una cláusula muy «abierta»: dispuesta a introducir, como límites al poder soberano, lo que sea necesario para evitar que se repitan las tragedias de las guerras mundiales; sin afirmar al mismo tiempo

ración del diputado accionista Alberto Cianca, que declaró que votaría a favor «del artículo que incluye idealmente la enmienda a la que renunció el Sr. Bastianetto» (valorado también por L. Gianniti, *I costituenti e l'Europa*, cit., p. 8).

14 Cf., por ejemplo, M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1955, espec. p. 1 y ss., quien señala que el artículo 11 de la Constitución se encuentra «entre las no pocas disposiciones de principio» a las que «hay que reconocer un sentido unívoco y que no son fruto de un compromiso o de un acuerdo simulado, sino de la adhesión bastante sincera de todos los sectores de la Asamblea Constituyente a determinadas proposiciones éticas y normativas». Para una crítica de esta lectura, véase L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Liguori, Nápoles, 1990, p. 61 y ss.

explícitamente «contralímites», aparte de los —que acabamos de mencionar— de la puesta a punto de las organizaciones en cuestión a los valores de paz y justicia entre las naciones y a la igualdad de condiciones entre los Estados miembros.

Por supuesto, no tiene sentido esconderse, ni llevarnos a engaño: en la afirmación de los principios internacionalistas y pacifistas dentro de la carta constitucional, que Italia estuviera entre las potencias que salieron derrotadas de la Segunda Guerra Mundial fue determinante. Una posición que ciertamente salió atenuada como consecuencia de la vía de la Resistencia y de la puesta en común de los valores del antifascismo por parte de todas las fuerzas políticas que participaron en la Asamblea Constituyente, pero que unió a Italia con Alemania, Japón y, en cierta medida, incluso Francia (que, aunque perteneciente a las potencias vencedoras, había pasado por la experiencia del régimen de Vichy). No es casualidad que, poco después de la Constitución italiana, las de Japón y Alemania Occidental incluyeran también cláusulas pacifistas algo similares: como se señala en un reciente y autorizado estudio dedicado a ellas, «después de la guerra, el recuerdo aún vivo de las catástrofes y la abrumadora presencia de las tropas de ocupación aliadas hicieron que los artículos pacifistas de las tres constituciones fueran no sólo políticamente aceptables, sino también practicables, aunque no faltaron posturas críticas con la limitación de soberanía que imponían»¹⁵. Además, como ya se ha dicho, una formulación muy similar había aparecido, incluso antes de la Constitución italiana, en el preámbulo de la Constitución francesa de la IV República (la aprobada por referéndum popular el 13 de octubre de 1946), a la que también se hace referencia en la Constitución del 1958¹⁶.

3. La utilización del artículo 11 de la Constitución como «cláusula supereuropea» por los órganos políticos y el Tribunal Constitucional

En cuanto a la aplicación de las limitaciones de la soberanía del artículo 11 de la Constitución a las Comunidades Europeas —como ya hemos visto que se consideró

15 Así M.G. LOSANO, L., *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Instituto Max Planck de Historia Jurídica Europea, Fráncfort del Meno, 2020, p. 169 y ss. Para una comparación rápida pero eficaz véase también L. BONANATE, *Costituzione italiana: art. 11*, Carocci, Roma, 2018, p. 10 y ss.

16 En el preámbulo de la Constitución de la IV República Francesa contiene las siguientes afirmaciones (que corresponden esencialmente en su finalidad a los artículos 10 y 11 de la Constitución italiana): «La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se ajusta a las normas del derecho internacional público. No emprenderá ninguna guerra con fines de conquista y nunca empleará sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo. A condición de reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz».

en la Asamblea Constituyente, aunque en un plano potencial y abstracto—, debe señalarse que no se derivó únicamente de una elección del Tribunal Constitucional, que de hecho estableció esta conexión ya en la sentencia núm. 14 de 1964 y luego la mantuvo firme a lo largo de toda su jurisprudencia en materia europea. Incluso antes, el vínculo con las limitaciones de la soberanía prefiguradas por el artículo 11 de la Constitución deriva de una clara opción en este sentido realizada, en la década anterior, por el Gobierno y el Parlamento: es decir, desde la presentación primero y la aprobación después del proyecto de ley por el que se autorizaba la ratificación del Tratado CECA (Ley núm. 766 de 25 de junio de 1952)¹⁷.

Ya en el curso del examen en primera lectura en el Senado, el ponente, el democristiano Stefano Jacini hijo, que había sido Ministro de la Guerra en el gobierno Parri (junio-diciembre de 1945), invocó, en su informe a la Asamblea, las limitaciones de la soberanía establecidas en el artículo 11 de la Constitución para apoyar la legitimidad constitucional del proyecto de ley que autorizaba la ratificación del Tratado CECA: alegando que las condiciones de igualdad con los demás Estados a las que el artículo 11 de la Constitución subordina «las limitaciones de soberanía necesarias para un régimen ordenado que asegure la paz y la justicia entre las naciones» estaban, en dicho tratado, plenamente alcanzadas y garantizadas¹⁸. Esta tesis fue inmediatamente criticada por la oposición, que negó que existiera igualdad de condiciones entre los Estados y argumentó que las limitaciones de soberanía en cuestión no podían promulgarse por ley ordinaria, sino que requerían una ley constitucional¹⁹.

La misma tesis sostenida por Jacini fue retomada y mejor argumentada por el Primer Ministro Alcide De Gasperi, quien, durante su réplica en la Asamblea del Senado, señaló que el Tratado CECA, lejos de derogar la Constitución como argumentaba la oposición, tenía por objeto aplicar el artículo 11 de la Constitución. En particu-

17 El debate parlamentario está bien reconstruido por S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il mulino, Bolonia, 2004, p. 276 s.

18 Véase el informe oral del Senador Stefano Jacini (en A.S., I legislatura, res. sten., 15 de marzo de 1952, p. 31754), en el que señalaba cómo la ratificación entraba «perfectamente dentro de la competencia de los órganos constitucionales normales y corresponde ciertamente a los términos del artículo 11 de la Constitución. Éste, como es sabido, subordina “las limitaciones de soberanía necesarias para un orden que asegure la paz y la justicia entre las naciones” a la condición de igualdad con los demás Estados. Ahora esa paridad me parece plenamente alcanzada y garantizada».

19 Véase, en particular, al ponente de la minoría, el senador Ottavio Pastore, comunista, que negó que existiera igualdad de condiciones entre los Estados miembros de la CECA y también que las limitaciones de soberanía exigidas por este Tratado pudieran ser ordenadas por el derecho común (*ibid.*, p. 31766).

lar, tras situar el artículo 11 de la Constitución en su contexto histórico-comparativo (recordando cómo, entre los seis Estados fundadores, «los Estados más pequeños, los que tienen una Constitución creada entre 1930 y 1948, no tienen nada parecido»), el Primer Ministro argumentó que la intervención del Derecho constitucional sólo sería necesaria cuando se creara una verdadera federación a escala europea. Por lo tanto, «mientras estemos hablando de limitaciones de la soberanía que dejan la mayor parte de la soberanía a los Estados individuales, nos detenemos en el ámbito del artículo 11» de la Constitución; por el contrario, en perspectiva, «cuando vayamos más lejos, es decir, hacia el Estado federal, entonces será necesaria una nueva norma constitucional». Por lo tanto, en última instancia, según De Gasperi, «al ratificar el Acuerdo no estamos haciendo otra cosa que una verdadera ley de aplicación constitucional que, como tal, no hace otra cosa que traducir en hechos y sólo parcialmente lo establecido por el artículo 11». A continuación, concluyó, en coherencia con esta reconstrucción y en respuesta a las objeciones de la oposición, que «no hay necesidad de revisión constitucional; se trata de modificar la Constitución, no de promulgarla»²⁰.

Este punto se debatió con más detenimiento durante la segunda lectura del proyecto de ley en la Cámara. El informe de Gaspare Ambrosini abordó esta cuestión, reiterando la posición expresada por De Gasperi y subrayando cómo el Tratado fundacional de la CECA cumplía las dos condiciones establecidas en el artículo 11 de la Constitución (igualdad de condiciones con los demás Estados; objetivo de garantizar la paz y la justicia entre las naciones)²¹; y se produjo entonces un animado y específico debate en la Asamblea sobre una cuestión prejudicial de constitucionalidad firmada por el diputado comunista Guido Martuscelli, que fue rechazada²².

20 Para la intervención de De Gasperi, cf. *ibíd.*, p. 31780 y s., esp. 31782 s.

21 Véase A.C., Primera Legislatura, núm. 2603-A, informe de los Sres. Ambrosini y Quarello, 26 de mayo de 1952, p. 6 y ss. Evidentemente, en esta fase y no sólo, fue crucial el papel desempeñado por Gaspare Ambrosini, antiguo constituyente (y miembro de la comisión de redacción de la Constitución), aquí ponente (y presidente de la 3ª Comisión de Asuntos Exteriores). Baste recordar que también había sido ponente del proyecto de ley por el que se autorizaba la ratificación del Tratado de la OTAN, apoyando también en este caso su coherencia con el artículo 11 de la Constitución (cf. A.C., I legislatura, proyecto de ley núm. 608-A, de 8 de julio de 1949); y luego, sobre todo —como A. GUZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le «clausole europee» nelle costituzioni degli Stati membri dell'UE e l'eccezione italiana*, cit. p. 26 s.— Presidente del Tribunal Constitucional en la sala que adoptó la sentencia núm. 1 de 1964. Sobre la figura de Ambrosini, pero con especial atención a su actividad en la Asamblea Constituyente, véase N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (eds.), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Il mulino, Bolonia, 1998.

22 Véase A.C., I legislatura, sten. res., 12 de junio de 1952, p. 38744 y s., espec. 38770. Al

Del debate parlamentario referido hasta ahora, y de los que tuvieron lugar cinco años más tarde sobre el único proyecto de ley que autorizaba la ratificación de los tratados CEE y Euratom (Ley 1203 de 14 de octubre de 1957), se desprende claramente que el Gobierno y la mayoría parlamentaria interpretaron el artículo 11 de la Constitución «como una cláusula de autorización, si no como un verdadero mandato para promover organizaciones supranacionales» capaces de perseguir los fines indicados en el mismo, que debían leerse «en términos extensivos», es decir, incluyendo las «instituciones de cooperación económica de dimensión europea»²³. Por consiguiente, cuando el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia núm. 14 de 1964, se basó en el artículo 11 de la Constitución para apoyar en esta disposición las relaciones entre el sistema comunitario y el sistema interno, no hizo más que refrendar y precisar mejor una opción que ya había sido claramente perfilada por las instancias políticas²⁴.

Ciertamente, incluso en este caso, no puede negarse que, dada la importancia de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y la amplitud de las reservas de soberanía que de ellos se derivan, en términos abstractos habría sido decididamente más apropiado desarrollar estos Tratados mediante una norma constitucional: para, entre otras cosas, hacer aún más explícita la opción a favor de la integración europea y estabilizarla respecto de cualquier replanteamiento más o menos voluntario que pudiera tener lugar por parte del (futuro) legislador ordinario.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, por un lado, que los demás Estados fundadores también evitaron recurrir a revisiones constitucionales, al menos en una primera fase, y, por otro y sobre todo, que en los años cincuenta no se daban en Italia las condiciones políticas para la aprobación de una ley constitucional favorable a la integración europea²⁵. De hecho, a falta de una ley ordinaria de aplicación de los referendos, se

rechazo de este prejuicio se refiere también T. Perassi, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milán, 1952, p. 11.

23 Así, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 282 y ss. (donde también hay una reconstrucción de los debates sobre la ratificación de los Tratados CEE y Euratom).

24 En cambio, considera que la «invención» (ultra tenorem litterae y probablemente también ultra rationem) de la autorización concedida por el artículo 11 de la Constitución al legislador ordinario para derogar los artículos 138 y 139 de la Constitución debe atribuirse a la jurisprudencia constitucional». M. Esposito, «L'Unione Europea: dal miraggio della federazione a fini perequativi al consolidamento dell'egemonia dei «più uguali»», en *DPCE Online*, 2020, núm. 2 (<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1051>), p. 2767.

25 Véase, entre otros, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, en *Enciclo-*

solía sostener que la aprobación de las leyes de revisión constitucional sólo podía tener lugar por mayoría de dos tercios de los miembros de la Cámara y del Senado²⁶. Y tal mayoría era evidentemente imposible de alcanzar teniendo en cuenta la oposición del Partido Comunista Italiano y la fuerte perplejidad del Partido Socialista Italiano hacia las Comunidades Europeas, vistas en aquel momento principalmente como el reflejo económico, en el continente europeo, de la Alianza Atlántica. Posiciones que, como es bien sabido, ambos partidos revisaron radicalmente en las décadas posteriores²⁷, pero que entonces estaban bien asentadas y eran tales que impedían la aprobación de cualquier intervención de rango constitucional de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 138, párrafo tercero, de la Constitución.

4. EL CARÁCTER «ABIERTO» DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN

Esta utilización del art. 11 Const. como una «supercláusula europea» de carácter implícito y general, que ha permanecido inalterada en su redacción desde su

pedia del diritto. Anali, VIII, Giuffrè, Milán, 2015, p. 263 y ss, spec. 352; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Il mulino, Bologna, 2015, p. 235 f.; N. LUPO, G. PICCIRILLI, «Conclusion: "Silent" Constitutional Transformations: the Italian Way of Adapting to the European Union», en *The Italian Parliament in the European Union*, editado por N. LUPO, G. PICCIRILLI, Hart, Oxford, 2017, p. 317 f., spec. 325.

26 El punto, curiosamente, no es analizado por gran parte de la doctrina que se ha ocupado del procedimiento de revisión de la Constitución italiana. Para una explicación del mismo, véase, sin embargo, G.C. PERONE, «L'iter legislativo: l'esame delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, en Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure», Camera dei deputati, Roma, 1968, p. 535 y ss., espec. 348; y C. Fusaro, Italia, en *How Constitutions Change. A Comparative Study*, editado por C. FUSARO, D. OLIVER, Hart, Oxford, 2011, p. 211 s., spec. 218.

27 Una señal temprana de ello fue la abstención de los socialistas en la ratificación y aplicación de los tratados CEE y Euratom (cf. A.C., 2ª legislatura, sten. res., 30 de julio de 1957, p. 34840). En el espacio de un par de décadas, de una clara hostilidad a la integración europea, vista como una continuación del Plan Marshall y como una acentuación de la división del mundo en dos bloques, el partido socialista y más tarde, a partir de los años setenta, también el partido comunista llegaron no solo a aceptar, sino incluso a convertirse en partidarios convencidos de la integración europea: véase, entre otros, M. MAGGIORANI, *L'Europa degli altri. Comunisti italiani e integrazione europea (1957-1969)*, Carocci, Roma, 1998, esp. p. 17 y ss.; V. Guizzi, «Il difficile rapporto del Parlamento italiano con la Comunità europea», en *L'Europa in Parlamento (1948-1979)*, editado por V. GUIZZI, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. V s., esp. XIII s., y, también en clave comparada, D. Sassoon, *La sinistra, l'Europa, il PCI, en Il PCI nell'Italia repubblicana (1943-1991)*, editado por R. GUALTIERI, Carocci, Roma, 2001, p. 223 ss.

creación, confiere un protagonismo considerable a sus peculiaridades estructurales: tanto en lo que respecta a la redacción de las «cláusulas europeas» que aparecieron posteriormente en muchas otras Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, que son más explícitas, pero también más específicas y más prudentes a la hora de prefigurar las limitaciones de la soberanía de estos Estados miembros²⁸; tanto en lo que se refiere a la tendencia, sobre todo en las cartas constitucionales recientes o muy recientes, a incluir disposiciones destinadas específicamente a incitar al Estado en cuestión a adherirse a la Unión Europea o a vincular sus futuras alianzas a nivel internacional²⁹.

En el caso del artículo 11 de la Constitución, en cambio, la cláusula era y sigue siendo estructuralmente indefinida en su contenido y, por tanto, abierta a «amparar» y hasta cierto punto constitucionalizar las opciones que se han determinado concretamente, tras la aprobación de la Constitución, como consecuencia de la redefinición de los equilibrios internacionales que siguió al final de la Segunda Guerra Mundial y, dentro de estos equilibrios, como consecuencia de la actuación de los órganos políticos mediante la firma, ratificación y ejecución de los tratados constitutivos de las correspondientes organizaciones internacionales.

Es, al fin y al cabo, esta característica la que justifica la gran importancia que necesariamente ha de concederse a la aplicación concreta que recibe el artículo 11 de la Constitución, que, como acertadamente se ha señalado³⁰, contiene (también) una

28 Véase la doctrina citada anteriormente, en la nota 4, así como, por supuesto, las demás contribuciones publicadas en *este número*.

29 Véase, por ejemplo, la modificación de la Constitución ucraniana (de 1996) aprobada por la Ley núm. 2680-VIII, de 7 de febrero de 2019, que incluyó tanto, en el preámbulo, la voluntad de confirmar «la identidad europea del pueblo ucraniano y la irreversibilidad del rumbo europeo y euroatlántico de Ucrania», como, en los arts. 85, 102 y 116 de la Constitución, la facultad de los órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado y Gobierno, respectivamente) de perseguir y llevar a la práctica una «pertenencia de pleno derecho de Ucrania a la Unión Europea y a la Organización del Tratado del Atlántico Norte». Sobre esta revisión constitucional, véase J. FROSINI, V. LAPA, *Mere Aspirations of a Country at War? Le disposizioni euro-atlantiche nella Costituzione dell'Ucraina*, en *Quaderni costituzionali*, 2022, núm. 3, p. 614 y ss. (recordando, entre otras cosas, que «pueden encontrarse disposiciones similares en las Constituciones de Georgia, Montenegro y Kosovo»). Véase también, con un enfoque más general, R. IBRIDO, «I “fattori costituzionali condizionanti” della politica estera tra diritto e geopolitica», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, núm. 2, pp. 343-378.

30 Subraya, entre otros, el carácter del artículo 11 Const. «como norma sobre la producción (de normas)» A. GUZZAROTTI, «Articolo 11», en *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, editado por F. CLEMENTI, F. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, 2ª ed., Il mulino, Bolonia, 2021, p. 87 y ss., espec. 89 y ss.

norma «sobre» la producción: una norma de principio cuyo objetivo declarado era garantizar que Italia estuviera y permaneciera plenamente integrada en la evolución que la comunidad internacional y el continente europeo estaban a punto de emprender tras la Segunda Guerra Mundial. Y, por tanto, estructuralmente diseñado para alentar —y en cierto modo incluso obligar, como ya se ha dicho— a los órganos de dirección política a adherirse a cualquier forma de integración supranacional que pueda interesar a Italia, siempre que esté encaminada a perseguir el objetivo de garantizar la paz y la justicia entre las naciones.

Es esencialmente por estas razones por lo que cualquier intento de revisar el artículo 11 de la Constitución debe considerarse con cautela, cuando no con absoluta sospecha, incluso cuando se dirija —quizá sobre la base de una sincera inspiración proeuropea— a explicitar el hecho de que las limitaciones de la soberanía previstas en él son (también) en beneficio de la Unión Europea o de otras formas de integración supranacional que se han desarrollado en el continente europeo. Cualquier modificación de esta disposición, aunque pueda parecer insignificante, cuando no irrelevante³¹, toca claramente un punto neurálgico del actual sistema constitucional: lo que el Tribunal Constitucional no por casualidad ha calificado de «piedra angular» del actual ordenamiento jurídico, tal como ha evolucionado a lo largo de más de 75 años de experiencia constitucional.

Los intentos de modificar el artículo 11 de la Constitución se sucedieron, a partir de hipótesis doctrinales o propuestas de fuerzas políticas, sobre todo a partir de la última década del siglo XX, tras la caída del Muro de Berlín y después de que el referéndum consultivo de 1989 mostrara una opinión pública decididamente favorable al desarrollo de la integración europea en formas sustancialmente federales, y —sobre todo— cuando se percibía claramente que, con la realización del mercado único y la creación de la Unión Económica y Monetaria, se daba un salto cualitativo

31 Por ejemplo, no se puede sino estar de acuerdo con M. DANI, A. GUAZZAROTTI, «Quel pasticciaccio brutto della riforma degli artt. 11 e 117 Cost.», en www.lacostituzione.info, 14 de agosto de 2022, al observar que la propuesta de revisión del artículo 11 de la Constitución presentada por *Fratelli d'Italia* al comienzo de la XVII legislatura parece mucho menos perturbadora que las presentadas en varias ocasiones por la Liga Norte (más tarde Liga por Salvini Premier), encaminadas a dificultar en extremo la ratificación de los tratados europeos, subordinándola (como ocurre en Irlanda y otros Estados miembros) a un referéndum popular obligatorio, con la carga añadida de un quórum de participación. Revisando las diversas propuestas, observando entre otras cosas cómo ninguna altera la disposición existente, pretendiendo más bien añadir una o más disposiciones, N. Ronzitti, «Conclusioni: la permanente validità dell'articolo 11 della Costituzione», en Id. (ed.), *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2013, p. 200 y ss.

en el proceso de integración europea. En este contexto, en línea con las indicaciones prospectivas esbozadas por De Gasperi en el curso del proyecto de ley de ratificación del Tratado CECA, así como con las modificaciones introducidas en otras cartas constitucionales³², se señaló en muchos ámbitos que la cobertura asegurada por el artículo 11 de la Constitución ya no podía considerarse adecuada a tal fin³³ y que también era necesario que Italia reconociera la necesidad de «garantizar al “pueblo soberano” una participación más significativa en la decisión sobre la transferencia de nuevas cuotas de “soberanía”»³⁴.

El debate sobre las revisiones constitucionales en la segunda mitad de los años 90, en el seno de la Comisión D'Alema, se orientó en la misma dirección, en este caso, sin embargo, sin tocar el artículo 11 de la Constitución, ya que sólo se actuaba sobre la segunda parte de la Constitución: previendo, entre otras cosas, la necesidad de leyes con mayoría absoluta (y con un posible referéndum) en caso de nuevas limitaciones de la soberanía³⁵.

Tras una pausa que coincidió, no por casualidad, con el fracaso de los referendos en Francia y los Países Bajos sobre el Tratado Constitucional, la cuestión resurgió tímidamente en la XVIII legislatura, en la que varias iniciativas propusieron, en un

32 Véanse, entre otros, P.F. LOTITO, «Integrazione comunitaria e regole costituzionali: gli esempi di Francia, Germania e Spagna» en *Quaderni costituzionali*, 1993, núm. 1, p. 155 y ss.; L.F.M. BESSELINK y otros, National Constitutional Avenues for Further EU Integration, cit. p. 24 y ss.

33 Véase, por ejemplo, también sobre la base del camino seguido, en esos mismos años, por la jurisprudencia constitucional alemana, M. LUCIANI, «La Costituzione e gli ostacoli all'integrazione europea», en *Politica del diritto*, 1992, n. 4, p. 589 ss. y G.U. RESCIGNO, «Il tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, n. 2, p. 3119 ss. Para una relectura reciente, véase Y.M. CITINO, «I tentativi di revisione delle modalità di partecipazione dell'Italia all'Unione Europea nella XVIII legislatura: un bilancio costituzionale», en *www.rivistaic.it*, 2022, núm. 3, p. 166 y ss.

34 Así, M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, cit., p. 304, donde se subraya que actualmente, con el art. 11 de la Constitución inalterado, «lo que está vedado a la ley ordinaria, es decir, la alteración de los valores fundamentales, no estaría permitido ni siquiera a la revisión constitucional o a un pronunciamiento directo del pueblo».

35 Véase, a este respecto, el debate introducido por F. SORRENTINO, sobre «La partecipazione dell'Italia all'Unione europea», en S. PANUNZIO (ed.), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 315 y ss., C. CURTI GIALDINO, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della Bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1998, spec. p. 23 y ss., A. LA PERGOLA, «Quale Europa-Artikel per l'Italia?» en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II. Scritti sull'Unione europea*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 537 y ss., y A. GUAZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione?*, cit. p. 28 y ss.

caso, la supresión de toda referencia a la Unión Europea en la carta constitucional, y, en el otro, la adición de una frase al artículo 11 de la Constitución, para precisar que «Las normas de los Tratados y los demás actos de la Unión Europea son aplicables en pie de igualdad y sólo en la medida en que sean compatibles con los principios de soberanía, democracia y subsidiariedad, así como con los demás principios de la Constitución italiana»³⁶.

En este sentido, las lecturas de estas innovaciones potenciales han sido discordantes. Según algunos, en particular, esta última enmienda no sólo no preludiaba «derivadas antieuropeas», sino que, «quizás con independencia de las verdaderas intenciones de sus autores», iría «en el sentido contrario de consolidar más que de cuestionar la pertenencia de Italia a la Unión Europea», ya que introduciría una «limitación constitucional a la aplicación del Derecho comunitario, por tanto, una limitación a la pertenencia al orden europeo»³⁷.

Por el contrario, otros autores han valorado estas propuestas como muy peligrosas: señalan que prefiguran un «primer caso expreso de soberanismo jurídico»³⁸; argumentando que, mediante la supresión de partes de normas constitucionales o mediante la especificación de la cláusula del artículo 11 de la Constitución, pretenden provocar un «efecto de desvinculación de las obligaciones europeas, tanto en el ámbito legislativo como en el económico-financiero»³⁹; e incluso observando cómo esbozan «una operación de anulación de la cultura de alcance más bien radical: dirigida a romper aquellas conexiones constitucionales entre el orden italiano y el orden europeo que legitiman los poderes de garantía del “sistema” del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Presidente de la República»⁴⁰.

Como ya se ha dicho, este segundo orden de argumentación parece mucho más cercano a la tesis que aquí se defiende: si se argumenta, como se acaba de hacer, que

36 Véanse, respectivamente, A.C. XVIII Legislatura, 298 y núm. 291, ambas presentadas el 23 de marzo de 2018.

37 Véanse, respectivamente, A.C. XVIII Legislatura, 298 y núm. 291, ambas presentadas el 23 de marzo de 2018.

38 Así, en referencia a la primera propuesta, L. BARTOLUCCI, «Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle “clausole europee” dalla Costituzione», en www.osservatoriosullefonti.it, 2018, núm. 3, p. 1 s.

39 En estos términos Y.M. CITINO, «I tentativi di revisione delle modalità di partecipazione dell'Italia all'Unione Europea nella XVIII legislatura: un bilancio costituzionale», en www.rivistaiaic.it, 2022, núm. 3, p. 162 y s., espec. p. 173 y s.

40 Así A. MANZELLA, «Il diritto europeo e la Costituzione», en *Corriere della sera*, 26 de septiembre de 2022, p. 46.

la vinculación al ordenamiento europeo ya se ha realizado al amparo de la actual cláusula del artículo 11 de la Constitución. y que este artículo lo impone también en el futuro, es evidente que cualquier modificación dirigida a precisar y restringir el contenido de esta cláusula acaba determinando un efecto que va en la dirección de fijar límites o, si se quiere, «contralímites» explícitos y adicionales, respecto de los ya identificados por la jurisprudencia constitucional, respecto de las limitaciones de soberanía que ya se han producido y pueden seguir produciéndose con la Constitución en vigor⁴¹.

5. EL DEBATE SOBRE LAS HIPÓTESIS DEL «ITALEXIT» EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN ACTUAL

La cuestión de los límites constitucionales que cabe identificar respecto de una eventual salida italiana de la Unión Europea ha recibido, como se ha dicho, respuestas variadas e incluso diametralmente opuestas en la doctrina constitucionalista. A menudo estas respuestas se han inspirado, de forma más o menos explícita, en opciones políticas en sentido euroescéptico, pero en este rápido repaso, en línea con los objetivos de la contribución, intentaremos prescindir de estas inspiraciones, para centrarnos sobre todo en el perfil jurídico-formal de las tesis expuestas hasta ahora.

Por otra parte, también parece necesaria una valoración jurídico-formal del contenido de la Constitución italiana a la vista del planteamiento adoptado por el artículo 50 TUE en la medida en que remite íntegramente a las normas constitucionales de cada Estado miembro la regulación de la decisión por la que decide retirarse de la Unión. Como establece el apartado 1, «cualquier Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión». Excepto, en los apartados siguientes, para establecer algunas normas relativas a la parte europea de este procedimiento. El procedimiento de retirada es, por tanto, un «procedimiento euro-nacional» clásico, caracterizado, como tal, por dos elementos: a) debe desarrollarse de conformidad tanto con el Derecho de la Unión como con el

41 La bibliografía sobre los «contralímites» es interminable: baste recordar aquí a M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 97 y ss., P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milán, 2015, espec. p. 72 s., y las numerosas contribuciones recogidas en A. BERNARDI (ed.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2017; así como C. AMALFITANO (ed.), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milán, 2018.

de cada Estado miembro; b) requiere la participación tanto de las instituciones de la Unión como de las de sus Estados miembros⁴².

Este carácter euro-nacional del procedimiento de retirada fue confirmado por la sentencia *Whitman* del Tribunal de Justicia de la Unión de 10 de diciembre de 2018 en el asunto C-621/18. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia subrayó la dimensión nacional de la opción de retirada, por considerarla un ejercicio de soberanía nacional⁴³, y dictaminó, entre otras cosas, que un Estado miembro que desee reconsiderar su decisión de retirarse de la Unión «está facultado para retirar dicha notificación hasta la entrada en vigor de un acuerdo de retirada celebrado entre dicho Estado miembro y la Unión o, a falta de tal acuerdo, hasta que expire el plazo previsto en el artículo 50 TUE, apartado 3, prorrogable con arreglo a esta última disposición». Como se ha señalado, el derecho unilateral de retirada se configura así como un derecho soberano que, desde la perspectiva del Derecho europeo, no está sujeto a condición alguna⁴⁴.

Por lo tanto, corresponde al sistema constitucional italiano, así como al de cada uno de los Estados miembros, prefigurar las formas y los límites dentro de los cuales puede decidirse (y, en su caso, también revocarse) la retirada. En cuanto a lo que el ordenamiento constitucional italiano prescribe realmente a este respecto, las opiniones, como ya se ha dicho, son muy variadas.

En un extremo se sitúan los autores que consideran suficiente, para iniciar un procedimiento de «salida» de Italia de la Unión Europea, que se apruebe una ley formal que, de forma simétrica a lo que ocurrió —como ya se ha dicho— en el momento de la adhesión de Italia a las Comunidades Europeas, derogue la orden de ejecución y ponga fin a las obligaciones que de ella se derivan. Una decisión que se tomaría, por tanto, sólo con «las garantías inherentes al procedimiento legislativo ordinario y nada más»⁴⁵.

42 Véase A. MANZELLA, «Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema», en *www.rivistaaic.it*, 2015, núm. 1, espec. p. 4 y ss.; y N. Lupo, «Il Parlamento italiano nel calendario comune di bilancio», en *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2020, núm. 9, p. 1 y ss.

43 Y excluyendo así un control del Tribunal de Justicia de la Unión sobre el cumplimiento efectivo de las exigencias constitucionales fijadas por cada Estado miembro, que había sido prefigurado por una parte de la doctrina: véase, por ejemplo, en vísperas de la celebración del referéndum sobre el Brexit, M.E. Bartoloni, «La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spingite "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste" » en *www.rivistaaic.it*, 2016, núm. 2, p. 5 y ss.

44 Así, G. MARTINICO, A. SIMONCINI, «Wightman and the Perils of Britain's Withdrawal», en *German Law Journal*, 2020, pp. 799-814, esp. 800 y 811, señalando que «las exigencias constitucionales de los Estados son las únicas condiciones jurídicas vinculadas al ejercicio de tal derecho».

45 Así, R. BIN, «? Come si potrebbe fare (se si può fare)», en *Quaderni costituzionali*, en *Quader-*

Según otra lectura, en cambio, sería necesario intervenir «por vía constitucional debido a las limitaciones derivadas de los artículos 11 y 117.1 de la Constitución»⁴⁶. El procedimiento previsto en el artículo 138 de la Constitución para la aprobación de una ley constitucional también permitiría, en caso necesario, recurrir a un referéndum, de forma similar a lo ocurrido en el Reino Unido. En efecto, un referéndum abrogativo sobre la salida de la Unión Europea sería imposible de configurar en el ordenamiento jurídico italiano a la luz de la prohibición de celebrar este tipo de referéndum sobre leyes que autoricen la ratificación de tratados internacionales en virtud del artículo 75, párrafo segundo, de la Constitución y de su impacto sobre los derechos fundamentales⁴⁷. Por el contrario, el referéndum constitucional, previsto en el artículo 138 de la Constitución, bien podría celebrarse si la ley constitucional fuera aprobada por al menos una rama del Parlamento con una mayoría inferior a dos tercios de sus miembros (siempre que superara la mayoría absoluta), y la correspondiente solicitud fuera formulada oportunamente por 1/5 de los diputados o senadores, 500.000 electores o 5 consejos regionales.

Por último, cabe señalar, sobre la base del «precedente» sentado por el referéndum consultivo de 1989, que incluso un referéndum considerado orientativo o no vinculante —que, por otra parte, es altamente indeseable en esta materia, como demuestra la propia experiencia del Brexit— en el ordenamiento jurídico italiano debería estar previsto en todo caso por una ley constitucional especial⁴⁸.

ni costituzionali, 2008, núm. 4, p. 813 y ss., espec. p. 822 y ss., según el cual, puesto que «Italia entró en la organización europea sin tocar la Constitución, me parece que puede hacer lo mismo para salir de ella».

46 En estos términos, B. CARAVITA, «Brexit: keep calm and apply the European Constitution», en www.federalismi.it, 2016, núm. 13, p. 9. Esencialmente en la misma línea véase también F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Turín, II ed., 2019, p. 161 s., A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'UE», en www.federalismi.it, 2019, núm. 12, espec. p. 7 s. (a la luz de una crítica certera de las tesis en sentido contrario) y F. LOSURDO, «Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata», en *DPCE Online*, 2020, núm. 1, p. 355 ss., espec. 366 ss.

47 En este sentido, entre muchos, A. MIGLIO, *Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'UE*, cit., p. 17. Contra, cf. R. Bin, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, cit., p. 825 y ss., en cuya opinión una posible ley que autorizara al Gobierno a iniciar negociaciones para los procedimientos de salida de la Unión Europea no sería asimilable a una ley que autorizara la ratificación de tratados internacionales.

48 Véase A. MORELLI, «È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?», en www.osservatorioaic.it, 2016, núm. 2, espec. p. 11 y ss.

6. EL LUGAR DE ITALIA EN LA UNIÓN EUROPEA COMO PRINCIPIO SUPREMO

La tesis que aquí se argumenta va más allá de la última expresada y, como se ha dicho, va en el sentido de que la salida de la Unión Europea no puede producirse legítimamente ni siquiera por derecho constitucional, ya que la posición de Italia dentro de la Unión es uno de los principios supremos del ordenamiento jurídico. O, mejor dicho, entre aquellos «principios supremos» que —según la célebre sentencia núm. 1146 de 1988 del Tribunal Constitucional— «no pueden ser subvertidos ni modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales». Como aclaró la misma sentencia, «tales son tanto los principios que la propia Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (artículo 139 de la Constitución), como los principios que, aunque no se mencionen expresamente entre los que no pueden someterse al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos en los que se funda la Constitución italiana»⁴⁹.

De ser así, por tanto, la salida de Italia de la Unión Europea, en caso de producirse, supondría en sí misma el abandono del orden constitucional vigente; o, como se ha dicho con autoridad, una especie de «revisión constitucional total»⁵⁰.

Desde este punto de vista, también es muy dudoso que el problema pueda superarse mediante una revisión constitucional en dos fases, con dos aplicaciones separadas del artículo 138 de la Constitución: la primera de ellas destinada a reformar el artículo 11 de la Constitución. —y quizás también, añadiría yo, de los demás artículos que, modificados a partir de 1999, contienen referencias explícitas a la Unión Europea— el otro para permitir la salida de la Unión Europea⁵¹. La tesis, que evoca implícitamente los argumentos de una doctrina minoritaria según la cual incluso el límite explícito a la revisión constitucional establecido por el artículo 139

49 El fragmento contenido en la sentencia núm. 1146 de 1988 ha sido, obviamente, objeto de numerosas y reiteradas reflexiones en la doctrina (en Italia y en otros países): entre otros, véase P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., p. 63 y ss. y C. PINELLI, «Controlimiti e principi supremi», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, núm. 1, pp. 491-499.

50 En el sentido de que «la elección de la salida de un Estado de la Unión Europea tiene el rango de una elección de revisión constitucional total», véase B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, cit., p. 6.

51 Así, F. FABBRINI, *Brexit. Tra diritto e politica*, Il Mulino, Bolonia, 2021, p. 138 y ss.

de la Constitución con respecto a la forma republicana del Estado podría superarse mediante el denominado «doble grado de revisión»⁵², parece más bien formalista, dado que, como reconoce el autor que la propuso, ello daría lugar en todo caso, a nivel sustancial, a «un cambio radical de la Constitución italiana, con una verdadera y propia mutación de la forma de Estado»⁵³.

Por supuesto, una tesis como la que aquí se defiende puede argumentarse sobre la base de vías diferentes, no necesariamente alternativas.

Podría fundamentarse, en primer lugar, en la inclusión de los principios afirmados por el artículo 11 de la Constitución en la lista de «principios supremos», resistentes por tanto incluso respecto a las leyes de revisión constitucional. Una inclusión que a muchos⁵⁴ pareció natural, que evidentemente se ve reforzada pero ciertamente no justificada por la mera ubicación de la disposición en cuestión en los 12 primeros artículos de la carta constitucional⁵⁵, y que, sin embargo, se apoyó mayoritariamente en la referencia al principio pacifista y/o internacionalista. En tal caso, la calificación como principio supremo debería extenderse a la pertenencia a la Unión Europea: una especie de «principio europeísta», implícito en el artículo 11 de la Constitución, pero explicitado por el legislador ordinario, y luego también por el legislador constitucional con los cambios posteriores introducidos en la carta constitucional⁵⁶, que debería verse precisamente como una aplicación e integración, en cierto modo necesaria e irreversible, del principio pacifista y del principio internacionalista.

En esencia, apoyándose sobre todo en la «apertura internacional» como valor constitucional que sustenta la Constitución italiana, como «posttotalitaria» y «nacida

52 Véase, entre otros, S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Cedam, Padua, 1972, esp. p. 278 y ss.

53 Véase de nuevo F. FABBRINI, *Brexit. Tra diritto e politica*, cit., p. 138.

54 Véanse, entre otros, también para citas de obras más antiguas, L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 61 y ss.; L. CARLASSARE, «Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari», en *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, editado por N. RONZITTI, Giuffrè, Milán, 2000, p. 157 y ss., spec 163.

55 La cuestión se planteó con referencia a la Ley Constitucional núm. 1 de 2022, que por primera vez contiene una modificación textual de uno de los primeros artículos de la Constitución: véase, por todos, M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, núm. 1, pp. 127-164, esp. p. 142, según el cual «cualquier operación de asimilación dirigida a hacer coincidir, *sic et simpliciter*, las disposiciones sobre los “principios fundamentales” de los artículos 1-12 de la Constitución con los “principios supremos” a los que se refiere la mencionada sentencia del Juez de las Leyes debe considerarse decididamente errónea».

56 Véase la contribución de L. BARTOLUCCI, en *este número*.

de la Resistencia»⁵⁷ y en el hecho de que el orden comunitario también se fundamenta en el mismo marco de valores, y en particular en la negación de los nacionalismos que habían determinado las dos guerras mundiales, se puede argumentar que la salida de Italia de la Unión acabaría marcando una discontinuidad constitucional decisiva, que conduciría a un abandono de los principios supremos que inspiraron la carta constitucional republicana: tanto en sus intenciones originales como, *a fortiori*, en los significados que ha llegado a adquirir como resultado de su lectura integrada con los Tratados europeos.

Una segunda base para la tesis aquí argumentada se encuentra, de hecho, en la evolución constitucional que ha tenido lugar desde la entrada en vigor de la Constitución republicana hasta nuestros días. El artículo 11 de la Constitución ha permitido una evolución que en varios casos, actuando principalmente sobre la interpretación constitucional, ha llegado a producir un cambio constitucional que ahora no puede ser ignorado, ni fácilmente reversible, si no es a costa de dar lugar a una discontinuidad constitucional y legal muy honda. Una evolución que no es, en mi opinión, enteramente atribuible al plano fáctico, sino que ha afectado a la estructura profunda del orden constitucional, contribuyendo a modelar su evolución e imponiendo la prevalencia de unas interpretaciones sobre otras.

En otras palabras, también como consecuencia del artículo 11 de la Constitución, se ha producido una transformación constitucional que ahora no puede ser desautorizada *a posteriori*, como se ha intentado recientemente, en la medida en que se consideren inadecuados o defectuosos los fundamentos o argumentos sobre cuya base se generó inicialmente esa transformación⁵⁸.

57 Véase también P. CARROZZA, «Constitutionalism's Post-modern Opening, en The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form», editado por M. LOUGHLIN, N. WALKER, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 169 s., espec. 182 s.; Id., *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, en *Estudios de Deusto*, Vol. 67/1, 2019, p. 55 s.; y G. MARTINICO, *Constitutions, Openness and Comparative Law*, ibidem, p. 111 s. (también para las oportunas referencias a las teorías de Boris Mirkine-Guetzévitch sobre la internacionalización del Derecho internacional).

58 La referencia es a la lectura en varias ocasiones propuesta por Mario Esposito: por ejemplo, M. ESPOSITO, «Spunti per un'analisi delle variazioni costituzionali percepibili nel procedimento di formazione del Governo Conte», en www.osservatorioaic.it, 2018, n. 2, espec. 1 s.; Id., *Rilevi critici sull'uso economicistico del diritto pubblico*, en *Democrazia, oggi*. Anuario 2017 de la AIC, Editoriale scientifica, Nápoles, 2018, p. 583 f.; Id., *(Dis)Unione Europea. Dal miraggio di una federazione perequativa al consolidamento egemonico dei «più uguali» (a margine della sentenza del BVerfG 5 maggio 2020)*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, spec. p. 50 f.; Id., «Un grave precedente»: la tardiva reazione della

7. CONCLUSIONES. ALGUNAS NOTAS SOBRE LOS ENREDOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Al fin y al cabo, la diversidad de opiniones entre los constitucionalistas sobre cómo podría producirse internamente una salida italiana de la Unión Europea y, por tanto, sobre los límites constitucionales «internos» que tal decisión encontraría, me parece que deriva de una marcada diversidad de ideas, quizá no sólo y no tanto sobre qué es la Constitución, sino sobre todo sobre los métodos con los que debe ser interpretada.

Sin poder abordar aquí un tema que requeriría un tratamiento especial, y recuperando —con una operación de simplificación bastante drástica— categorías y etiquetas del casi interminable debate estadounidense sobre interpretación constitucional⁵⁹, podría observarse que quienes apoyan, como acabamos de ver, la posibilidad de abandonar de la noche a la mañana la interpretación del art. 11 de la Const. en boga desde los años 50 tienden a seguir un enfoque que puede calificarse de «originalista» (aun cuando, como hemos visto, las indicaciones procedentes de los trabajos constituyentes parecen ir en una dirección sustancialmente opuesta)⁶⁰. Los que, por el contrario, creen que una ley ordinaria basta para legitimar una salida de la Unión, y quizás incluso los que consideran una ley de revisión constitucional a la vez necesaria y suficiente a tal efecto, parecen moverse más bien en la lógica de

Commissione europea ad un legittimo presidio costituzionale tedesco, in *DPCE on line*, 2021, n. 3, pp. 3257-3264, spec. 3262. S. Bartole, *Le opinabili spaventure di pur autorvoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inertizia parlamentare*, en www.giustiziainsieme.it, 13 de enero de 2021, para quien «cuestionar la vía de la ley ordinaria elegida para ratificar la adhesión de Italia primero al CEDH y después a la UE significa favorecer una interpretación de los artículos 10 y 11 de la Constitución que no pertenece a la historia de nuestra República y que sólo es fruto de la pretenciosidad intelectual de quienes la proponen y la adoptan».

59 Para un resumen eficaz de este debate, véase S.A. BARBER, J.E. FLEMING, *Constitutional Interpretations. The Basic Questions*, OUP, Nueva York, 2007, esp. p. 67 y ss., así como G. Thomas, *The (Un)Written Constitution*, OUP, Nueva York, 2021. Véase también, en italiano, S. BARTOLE, «Spogliando nella recente letteratura costituzionalistica americana», en *Quaderni costituzionali*, 2001, núm. 2, pp. 375-380.

60 Por originalismo se entiende una interpretación del texto de la Constitución lo más fiel posible a las palabras presentes en la Constitución, en su «significado público original»: cf. por ejemplo el pensamiento de Antonin Scalia, bien resumido por G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, IBL libri, Turín, 2022, espec. p. 67 y ss. Para una visión de conjunto de las numerosas posiciones atribuibles al originalismo, véase S.G. CALABRESI (ed.), *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Regnery, Washington DC, 2007.

una lectura «textualista» o, si se prefiere, «positivista jurídica» de la interpretación constitucional⁶¹.

Por último, la tesis aquí argumentada, en el sentido de considerar que la adhesión de la Unión Europea es un elemento indispensable de la Constitución vigente, tiende evidentemente a adoptar una interpretación historicista de la carta constitucional: es decir, dirigida a favorecer una interpretación «dinámica» o, según otras denominaciones, «orgánica» de la Constitución, vista como una Constitución viva, es decir, atendiendo a las prescripciones y limitaciones constitucionales que realmente se han asumido en el desarrollo y aplicación de la Constitución⁶². Es decir, sabiendo que la interpretación de la Constitución también debe tener en cuenta la evolución que se ha producido a lo largo de su existencia, en particular a través de su aplicación e integración⁶³.

Resumen

El artículo 11 de la Constitución italiana surge en origen para garantizar la pertenencia de Italia a las nuevas organizaciones internacionales que se estaban creando en el marco de la posguerra.

Sin embargo, el análisis de la intención del constituyente, así como de la interpretación constitucional en estos años e incluso del propio proceso de integración en la Unión Europea nos

61 Véase, por ejemplo, J.F. MANNING, «Textualism As a Nondelegation Doctrine», en *Columbia Law Review*, 1997 vol. 97, pp. 673-739.

62 Como observa, en particular, Bruce Ackermann, que puede contarse con razón entre los partidarios de este tipo de interpretación constitucional, «el objetivo de la interpretación es comprender los compromisos constitucionales que ha asumido realmente el pueblo estadounidense en la historia, no los compromisos que uno u otro filósofo piensa que debería haber asumido» (este último pasaje está evidentemente en clave polémica con respecto al enfoque filosófico de la interpretación constitucional aceptado, en cambio, por Rawls y Dworkin): véase ACKERMANN *The Living Constitution. 2006 Oliver Wendell Holmes Lectures*, en *Harvard Law Review*, 2007, vol. 120, núm. 7, pp. 1738-1812, esp. p. 1754. En otra perspectiva, pero en este caso bastante convergente, véase J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Belknap, Cambridge, 2011, esp. p. 3 y ss. (quien propone un método de interpretación constitucional que permanezca fiel tanto al texto como a los principios, exigiendo respetar el significado original de la Constitución, pero también ser fiel a los principios subyacentes, y construir interpretaciones que adapten mejor el texto y los principios a las circunstancias actuales).

63 En la doctrina italiana, véanse sobre todo las reflexiones de S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 15, quien parte de la convicción de que, «si bien no puede hablarse de verdaderas rupturas de continuidad en los términos propios de la doctrina del Derecho constitucional, la Constitución a la que apelamos hoy es distinta de la de ayer, y se ha adaptado a la evolución de la sociedad también en formas distintas de las indicadas por el artículo 138 de la Constitución en materia de revisión constitucional».

ofrece una lectura más amplia de la función de este artículo. Se configura, por tanto, como una «supercláusula europea». Es decir, a través del mismo la Unión Europea se constituye como un elemento indispensable dentro del constitucionalismo italiano.

De acuerdo con este análisis, por tanto, una posible salida de Italia de la Unión Europea (Italexit) supondría un conflicto directo con el actual texto constitucional y, por tanto, haría necesaria una nueva Constitución.

Palabras clave

Unión Europea; Italexit; artículo 11 Constitución italiana; principios constitucionales; cláusula europea.

Abstract

Article 11 of the Italian Constitution was originally intended to guarantee Italy's membership of the new international organisations that were being created in the post-war period. However, an analysis of the intention of the constituent, as well as of the constitutional interpretation in recent years and even of the process of integration into the European Union itself, offers us a broader reading of the function of this article. It is therefore configured as a «European super-clause». In other words, through it, the European Union is constituted as an indispensable element within Italian constitutionalism.

According to this analysis, therefore, a possible exit of Italy from the European Union (Italexit) would be in direct conflict with the current constitutional text and would therefore require a new constitution.

Keywords

European Union; Italexit; article 11 Italian Constitution; constitutional principles; European clause.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA: LA FUERZA DEL TEXTO Y LA VOLUBILIDAD DE LOS DESEOS

The article 11 of the italian Constitution: the force of the text and the fickleness of desires

ROBERTO BIN¹

Profesor ordinario de Derecho Constitucional en la Università degli Studi di Ferrara

Traducido del italiano por Valentina Faggiani

1. Supongamos que la evolución de la UE vaya hacia un refuerzo neto de su *trend* ultra-liberalista y que, por consiguiente, los Estados miembros se vean obligados a reducir drásticamente las prestaciones públicas, liberalizando los servicios y poniéndolos en el mercado: todo ello para ahorrar dinero público y destinar lo que se consiga recuperar para cubrir los gastos derivados de un fuerte rearme (quizás los procesos de adhesión de Ucrania y de otros países exsoviéticos podrían mientras tanto haber dado importantes pasos adelante, causando una situación de peligroso conflicto con Rusia y la necesidad de hacer frente a esta situación). En este escenario, en el que los Estados estarían obligados a transferir, por ejemplo, recursos del presupuesto de la sanidad a los armamentos, ¿sería de verdad tan inaudito que la Corte Constitucional, ante la que se hayan dirigido personas justamente enfurecidas (y yo, si bien convencido europeísta, estaría con ellos), declarase que hayan dejado de existir las condiciones previstas por el art. 11 para la adhesión a organizaciones que, «en condiciones de igualdad con los otros Estados», requieren «limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones»? Ciertamente no lo haría con superficialidad: incluso probablemente ni siquiera lo haría. Diría que no se dan todavía las premisas para declarar la incompatibilidad de la permanencia en la Unión Europea, pero no que estas no puedan verificarse. Se discutirían las condiciones de hecho, no de derecho, es decir —para usar la terminología europea— las «condicionalidades» constitucionales de la permanencia de Italia en la UE.

1 Gran parte de las consideraciones aquí realizadas se encuentran ya desarrolladas en «¿Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)», *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 813 ss.

Se diría que esta es una hipótesis absolutamente surrealista, muy lejana de la situación y de cualquier perspectiva actual. Pero precisamente aquí se encuentra el punto, para esto sirven las garantías de una Constitución escrita, cuyas normas no son indispensables solo (y quizás ni siquiera tanto) para gobernar el desarrollo ordinario del sistema, sino precisamente para prevenir los riesgos de una ruptura imprevista del equilibrio y de la necesidad de hacer frente a situaciones imprevisibles. La mejor forma de aproximarse al constitucionalismo —se ha escrito— es «*to treat worst-case political possibilities as though they are certain to occur*»². El principio de precaución parece útil para una correcta interpretación de las disposiciones constitucionales.

También por esta razón sería muy cauteloso a la hora de abrazar una interpretación del art. 11, atendiendo a la cual se trataría de «super-principio», que fija la pertenencia irrevocable de Italia a la Unión Europea. Me parece insostenible, sobre todo porque no es compatible con el texto de la disposición constitucional, que establece condiciones precisas para la «limitación de soberanía», por más que esté permitida.

Es necesario aclarar un punto. El art. 11 de la Constitución habla de «limitación» de soberanía, no de «cesión», como en muchas circunstancias se suele confundir de forma errónea³. Es un malentendido en el que ha caído también el Tribunal de Justicia en la célebre *Costa c. Enel*, en la que se habla de «limitación definitiva» de los «derechos soberanos» de los Estados. Desde el punto de vista del Tribunal europeo es evidente que se puede hablar de «compromisos incondicionadamente e irrevocablemente asumidos, en virtud del Tratado, por los Estados miembros» (sentencia *Simmmenthal*, C-106/77): es el punto de vista de quien trabaja para su soberano, para quien —como ha observado la Comisión en el mismo juicio— las normas y los procedimientos constitucionales de cada país «desde el punto de vista práctico» solo sirven para «complicar inútilmente el procedimiento». No obstante, es un punto de vista inaceptable para quien actúe dentro del ordenamiento constitucional del Estado miembro y considere que las disposiciones de su texto constitucional deban ser tomadas en serio. También porque la Constitución algo dice respecto a la soberanía, a saber, que «pertenece al pueblo» y a ningún otro (art. 1.2). Una visión «monista» de las relaciones entre ordenamiento nacional y ordenamiento europeo no es acep-

2 A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 31.

3 Merece observar que la locución «cesión de soberanía» es utilizada también por la *Corte costituzionale* solo para negar desde el principio la configurabilidad (refiriéndose al CEDH): sent. n. 349/2007 (red. Tesauro).

table ni útil⁴: leer la Constitución italiana a la luz de la jurisprudencia europea no es una jugada que se pueda compartir.

2. La teoría del art. 11 de la Constitución como «super-principio» choca con los datos históricos y con el sistema de fuentes. Los datos históricos son bien conocidos. La adhesión italiana a la Comunidad Europea ha sido una decisión sufrida y debatida desde la aprobación de la ley de autorización a la ratificación del Tratado CECA: la oposición de quien veía en la organización europea «un gobierno supranacional de los monopolios ... sobre todo de los monopolios alemanes» —como explicó Giuseppe Berti, diputado comunista ponente de la minoría⁵— se entrecruzaba con las críticas de quien en cambio estimaba indispensable que las vistosas concesiones a los órganos comunitarios tuvieran que estar sometidas a los procedimientos de revisión constitucional⁶. No obstante, se prefirió evitar el *iter* previsto por el art. 138 de la Constitución, por cuanto que faltaba la amplia mayoría que habría permitido esquivar el referéndum (que por otra parte en aquel momento no estaba todavía regulado).

Con respecto al sistema de fuentes, no se puede pasar por alto que las relaciones entre el ordenamiento italiano y el ordenamiento europeo sigan encomendadas a la orden de ejecución contenida en una ley ordinaria que autorizó la ratificación del Tratado. Todas las modificaciones del Tratado desde entonces han seguido el mismo procedimiento: también el actual Tratado es operativo en el ordenamiento italiano por una orden de ejecución, es decir por una fórmula en blanco, que ordena a los órganos internos llamados a aplicar el derecho ejecutar y aplicar las normas del Tratado anexo: «*Llena y entera ejecución se ha dado*» al acuerdo anexo es la fórmula de rito con la que el Parlamento italiano suele liberarse de la obra de adaptación del ordenamiento a los compromisos asumidos en el ámbito internacional, descargando la responsabilidad en los sujetos de la aplicación del derecho, en primer lugar en los jueces. En línea de principio, entonces, todas las normas europeas han entrado en nuestro ordenamiento en virtud de una ley ordinaria y han sido colocadas en aquel nivel jerárquico.

¿Ha cambiado algo después?

Seguramente no ha cambiado nada tras el referéndum «consultivo» votado en 1989: había sido introducido por una ley constitucional (ley constitucional 2/1989)

4 He desarrollado este punto en *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, 142 ss.

5 Actos Parlamentarios - Cámaras de los Diputados, sesión antemeridiana de 30 de julio de 1957, p. 34736 ss.

6 Se reenvía al análisis desarrollado por S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 276 ss.

para permitir la consulta del electorado en una sola, específica, pregunta relativa a la posibilidad de otorgar un mandato constituyente al Parlamento europeo que se habría elegido en 1989⁷. Todas las fuerzas políticas se declararon favorables al «sí», que de hecho ganó con un margen enorme. Pero se ha tratado de una consulta inútil, porque ningún acto «constituyente» ha acompañado el nacimiento de la Unión Europea, instituida por el Tratado de Maastricht en 1992. Si los ciudadanos hubieran contestado con la misma consistencia «no», nada distinto habría pasado, ni en Italia ni en el mundo. Más que de un referéndum, fue un plebiscito, peor forma de consulta popular, en la que a los electores se pide el consenso, pero no se les concede ninguna alternativa.

Sin embargo, se han adoptado algunas leyes de reforma constitucional, que hacen referencia a los compromisos europeos. La más relevante es la ley constitucional 3/2001, que modifica profundamente el Título V de la Parte II de la Constitución. La reforma interesa el sistema de poderes regionales y locales y solo de forma tangencial toca el tema de la pertenencia de Italia a la Comunidad Europea. Las nuevas normas que reenvían a Europa son seis⁸; un séptimo llamamiento se encuentra en la

7 La pregunta estaba formulada por la misma ley constitucional: «¿Consideran que se deba proceder a la transformación de la Comunidad Europea en una Unión efectiva, dotada de un Gobierno responsable ante el Parlamento, encomendando al mismo Parlamento Europeo el mandato de redactar un proyecto de Constitución Europea de someter directamente a la ratificación de los órganos competentes de los Estados miembros de la Comunidad?».

8 Son: a) El art. 117.1, que vincula el ejercicio de la potestad legislativa, independientemente de quién la ejerce, al «respeto de la Constitución y de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales»; b) el art. 117.2, let. a), que reserva al Estado la potestad legislativa exclusiva en la materia «política exterior y relaciones internacionales del Estado; relaciones del Estado con la Unión Europea etc.»; c) el art. 117.3, que atribuye a la potestad legislativa concurrente la materia: «relaciones internacionales y con la Unión Europea de las Regiones»; d) el art. 117.5, que prevé la participación de las Regiones «en las decisiones dirigidas a la formación de los actos normativos comunitarios y se encargan de la actuación y de la ejecución de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea»; e) el art. 119.1, que ahora dispone que «Los Municipios, las Provincias, las Ciudades metropolitanas y las Regiones tienen autonomía financiera en relación con los ingresos y los gastos, en el respeto al equilibrio de los relativos presupuestos, y concurren a asegurar la observancia de los vínculos económicos y financieros derivados del ordenamiento de la Unión Europea»; f) el art. 120.2, que prevé el ejercicio del poder sustitutivo por parte del Gobierno «en caso de incumplimiento de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria». Anteriormente, la ley constitucional 1/1999 introdujo una mención a las instituciones europeas, modificando el texto originario sobre la incompatibilidad entre cargos regionales y Parlamento Europeo.

posterior ley constitucional 1/2012, que introduce el principio de equilibrio presupuestario en el art. 97.1⁹.

Es necesario solo observar que:

a) Las reformas constitucionales han evitado incluir en la Constitución una referencia precisa a la obligación de pertenecer a la Unión, que en cambio está presente, por ejemplo, en la Constitución federal alemana (art. 23) o en la francesa (art. 88.1).

b) Ninguna de las reformas constitucionales aprobadas por el Parlamento en 2006 y 2016 y rechazadas por el referéndum confirmatorio contenía normas explícitas relativas a la pertenencia a la Unión.

c) Ninguna de las nuevas normas constitucionales puede impedir, sin una depuración del texto constitucional, poner en marcha un procedimiento de *exit* de la Unión Europea o de la moneda única. Es suficiente considerar que, también en la eventualidad de que el procedimiento de *exit* se concluyera felizmente, Italia seguiría vinculada a los acuerdos alcanzados con la Unión europea *ex art.* 50 TUE: por lo cual tanto las normas que ponen vínculos como las que instituyen reservas de competencia seguirían manteniendo un sentido al margen de que la situación de Italia ya no fuera la de un miembro *pleno iure* de la Unión.

En definitiva, si Italia ha entrado en la organización europea sin tocar la Constitución, y la Constitución ha sido varias veces revisada sin nunca introducir un vínculo de adhesión a la organización europea, me parece inevitable concluir que para salir debería ser suficiente que la ley formal derogue la orden de ejecución y haga cesar las obligaciones consiguientes. Si, como parece inevitable, en la hipótesis de que se optara por el *exit* deberían ser aprobados los acuerdos específicos previstos por el art. 50 TUE, la cláusula de derogación expresa de las leyes de autorización de la ratificación de los tratados europeos podrá ser contenida en la ley que ordenará la ejecución de tales acuerdos (o que los actuará directamente), con las garantías del procedimiento legislativo ordinario y nada más.

También se debería imaginar la hipótesis de que Italia no quisiera salirse de la UE, sino que lo quisiera la misma UE. En este caso debería ser suficiente una revisión del ordenamiento por ley ordinaria (sin la cual las normas en vigor estarían sometidas a la normal derogación tácita o implícita afirmada por el juez que tuviera que aplicarlas).

9 Que ahora dispone que «las administraciones públicas, en coherencia con el ordenamiento de la Unión Europea, aseguran el equilibrio de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda pública».

3. Sin embargo, estas consideraciones de carácter jurídico-formal del *exit* descuidan el aspecto político sustantivo del problema. La decisión de salirse de la Unión Europea sería tan grave que no se puede imaginar su adopción sin un largo debate y sin una implicación explícita de la opinión pública, porque la pertenencia a la organización europea se refleja directamente en la esfera jurídica de los ciudadanos de un Estado miembro. Esto ha sido cada vez más evidente, a partir de la atribución de la ciudadanía europea y de la trama de derechos que deriva de ello (tal y como constató la histórica sentencia *Van Gend & Loos* del Tribunal de Justicia).

El problema es que parece verdaderamente difícil configurar la hipótesis de una consulta electoral como la que decretó el *Brexit*. Es sabido que el referéndum consultivo no está previsto por la Constitución: la interpretación dominante no lo incluye «en las formas y los límites», que el art. 1.2 de la Constitución prevé para permitir al pueblo ejercer su soberanía. El mencionado referéndum de 1989 fue regulado por una ley constitucional específica, una verdadera y propia «ley constitucional acto», que agotaba sus efectos en la autorización de aquella consulta, cuya pregunta había sido formulada por la misma ley constitucional. Este es el camino que debería seguir quien quisiera someter a voto popular la cuestión del *Italexit*. Sin embargo, la ley constitucional 2/1989 fue aprobada por unanimidad, y este sigue siendo, en el fondo, el único camino viable: de lo contrario, si la ley constitucional no obtuviera la mayoría de los dos tercios en las dos Cámaras, se estaría ante la hipótesis escheriana de un referéndum de aprobación de una ley que introduce un referéndum consultivo. En definitiva, sería necesaria la voluntad unánime de todas las fuerzas políticas que se encuentran en el Parlamento de someter a votación la permanencia o la salida de la Unión Europea. Una hipótesis solo teórica, considerando la realidad italiana.

A esto hay que añadir que no es cierto que el referéndum consultivo sea la única manera para conocer la opinión de los electores. Si, por ejemplo, los resultados de las elecciones políticas decretasen la victoria clara de los partidos pro-*exit*, el Parlamento estaría legitimado para promover la salida de Italia. Se podría practicar una estrategia útil: el Gobierno, tras un debate parlamentario sobre el *exit*, podría proponer una ley de autorización para activar el procedimiento de acuerdo con las instituciones europeas, ley que quizás podría contener también una delegación para emanar los decretos de actuación de los acuerdos.

Esta parecería una *praxis* bastante aceptable: plena participación del Parlamento en la adopción de una decisión política propuesta por el Gobierno, que a su vez se mueve en el marco de un «mandato» preciso de los electores; cobertura legislativa de los actos de actuación y regulación de las obligaciones informativas del Gobierno respecto al Parlamento sobre el desarrollo de las negociaciones con las instituciones

europas; y, última cuestión, el control presidencial en fase de promulgación de la ley. Se podría hasta razonar entorno a la hipótesis de solicitar un referéndum abrogativo de esta ley, afirmando que en términos estrictos no se encuentra en las materias excluidas por el art. 75 de la Constitución, no siendo asimilable a la ley de autorización para la ratificación de tratados internacionales. Se podría por lo tanto individualizar la vía «constitucional».

4. Queda por explorar el frente europeo. El art. 50 TUE indica el camino *legal* para la salida de un país de la Unión Europea, reenviando al ordenamiento constitucional de cada Estado la definición de la instrumentación jurídica para la formación de la voluntad política de *exit*; en cambio, el ordenamiento europeo no indica ningún camino legal para la salida de un Estado de la moneda única (por otra parte, distintos Estados miembros de la UE no participan en la unión monetaria¹⁰). Aflo- ra, sin embargo, una duda: los procedimientos «internos» que llevan a la decisión de un Estado de salir, ¿son verdaderamente del todo indiferentes a las instituciones europeas? Se ha afirmado que, estando el Estado a punto de salir, vinculado por los principios del Tratado, y por lo tanto a las reglas de la democracia y *rule of law*, las instituciones podrían cuestionar la «suficiencia constitucional» de los procedimientos adoptados en concreto.

Aquí la teoría del «super-principio», que he criticado, podría desarrollar un rol eficaz de denuncia de la «insuficiencia constitucional» del procedimiento seguido. Hay quien considera que la decisión de salir pueda ser rechazada en sede europea: «*If the decision to withdraw was taken in the midst of a domestic constitutional turmoil, that assumption could arguably be rebutted*»¹¹: por lo cual no sería suficiente el respeto formal de los procedimientos constitucionales, sino que se deberían respetar también los dictados derivados de los «valores» enunciados en el Tratado, a partir del art. 2 TUE. El Consejo Europeo, cuya decisión tiene que ser notificada, podría incluso considerar inválida una decisión nacional no asumida en el respeto de tales principios; nacería un conflicto, para el cual el juez último de la validez de la decisión de un Estado miembro de retirarse sería el Tribunal de Justicia¹². También aquí

10 Para profundizar en este aspecto se reenvía a «*Italexit?*», cit.

11 C. HILLION, «Accession and Withdrawal in the Law of the European Union», en D. Chalmers, A. Arnall (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, p. 137.

12 Cfr. R.J. FRIEL, «Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU», *Int'l & Comp. L. Q.*, 53, 2004, p. 425. Sobre el tema cfr. M.E. BARTOLONI, «La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste"», *Rivista AIC*, n. 2, 2016, p. 5 s., quien observa que «*il requisito del rispetto delle norme costituzionali*

nos estamos metiendo en una escalera de Escher, en la que la validez jurídica de la decisión política de un Estado miembro de poner en marcha procedimientos para salirse del sistema jurídico de la Unión Europea estaría sometida a una decisión jurídica de una institución europea que se superpondría a la decisión política en la que encuentra su fundamento.

Está claro que la eventualidad de un recurso ante el Tribunal de Justicia y de una sentencia que declarara la ilegitimidad de la decisión nacional tendría un valor solo político, es decir de denuncia del carácter no democrático e inconstitucional de la decisión nacional, denuncia que ciertamente pesaría en el debate en el Estado miembro saliente. Pero no se puede excluir que, en la hipótesis —en absoluto surrealista— de que el *exit* de un Estado miembro se realice en un clima conflictivo y de grave irritación por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros, se critique duramente una decisión de activar los procedimientos sin una previa consulta referendaria de la población. No es que esta sea una regla «constitucional» impuesta por los Tratados, sino que es una regularidad *que* ha marcado, si no siempre la adhesión, seguramente la salida de la organización europea. No solo el *Brexit* ha sido decidido por un referéndum, sino que así ha ocurrido también para acontecimientos «menores», como la separación de Argelia de Francia (y, por lo tanto, indirectamente, de la Comunidad Europea) y de la Groenlandia¹³, que ha salido de la CE, pero se ha quedado en el Reino de Dinamarca. No es difícil prever que, si el *exit* de un Estado ha sido decidido en polémica con los *partners* europeos, el hecho de encontrarse sin la «cobertura» de un referéndum podría ser asumido como un argumento de relieve para quitar valor, e incluso validez, a dicha decisión. No obstante, significaría que, bajo el perfil de la legitimidad constitucional de la decisión de un Estado, la «conformidad de las propias normas constitucionales» no sería considerada suficiente: o, al menos, no sería suficiente una «autodeclaración de conformidad constitucional».

è concepito, nel complessivo impianto normativo dell'art. 50, come un requisito sostanziale la cui osservanza potrebbe essere non solo messa in discussione dal Consiglio europeo, che ha il compito di accertare la validità della notifica anche valutando il rispetto delle condizioni cui è sottoposta, ma essere anche assoggettata, in seconda battuta, ad eventuale scrutinio da parte della Corte di giustizia»; recordando por otra parte cómo el Tribunal Constitucional Federal Alemán se haya adelantado, reivindicando *incidentaliter* al solo Estado miembro la verificación de los requisitos.

13 Sobre estos acontecimientos cfr. A.F. TATHAM, «Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling!: EU Accession and Withdrawal after Lisbon», en *EU Law After Lisbon*, coord. por A. Biondi, P. Eeckhout y S. Ripley, Oxford New York 2012, p. 143 ss.; y K.K. PATEL, «Algerien, Grönland und die vergessene Vorgeschichte der gegenwärtigen Debatte», *Zeithistorische Forschungen*, 2017, p. 112 ss.

Este aspecto no se puede descuidar en absoluto, por la misma formulación del art. 50 TUE. En este sentido, el tercer apartado dispone que, si las negociaciones con las instituciones europeas para la formulación del «acuerdo de retirada» no se concluyen felizmente en tiempo útil, «los tratados dejan de ser aplicados al Estado interesado ... dos años después de la notificación» de la decisión de retirarse. Pero naturalmente debe tratarse de una notificación y de una decisión formadas válidamente, de lo contrario la Unión Europea podría decidir no activar los procedimientos previstos por el art. 50.3 TUE. En definitiva, sin un acuerdo político, no se puede dar ningún paso.

Resumen

El presente estudio analiza los «procedimientos internos», que permitirían la salida de Italia de la Unión Europea de forma unilateral (Italexit). Se trata de una cuestión muy compleja no solo desde el punto de vista jurídico-formal sino político, por la dificultad de alcanzar un acuerdo tanto a nivel interno como de la UE. En dicho marco, el art. 11 de la Constitución italiana, al legitimar limitaciones de soberanía y no «cesiones», que conllevarían una pertenencia irrevocable, crea una situación de contradicción, al ser dudoso considerarlo como un «superprincipio». Por otra parte, es importante considerar que Italia ha entrado en la Unión Europea sin tocar la Constitución, y la Constitución ha sido varias veces revisada sin nunca introducir un vínculo de adhesión a la organización europea.

Palabras clave

Art. 11 de la Constitución Italiana, procedimientos internos, Italexit, Brexit, art. 50 TUE.

Abstract

This essay analyses the «internal proceedings», that could allow the Italy's unilateral withdrawal from the European Union (Italexit). This is a very complex issue not only from a legal-formal point of view, but also from a political one, due to the difficulty of reaching an agreement both internally and at EU level. In this context, art. 11 of the Italian Constitution, by legitimising limitations of sovereignty and not «cessions», which would entail irrevocable membership, creates a situation of contradiction. It is difficult to consider these provision as a «super-principle». At the same time, it is important to consider that Italy has joined the EU without touching the Constitution, and the Constitution has been revised several times without introducing a link to the EU membership.

Keywords

Art. 11 of the Italian Constitution, internal procedures, Italexit, Brexit, art. 50 TEU.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

LAS HIPÓTESIS DE REFORMA DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN, ENTRE SU MANTENIMIENTO Y LA SUBVERSIÓN CONSTITUCIONAL

The hypotheses of reform of article 11 of the Constitution, between its maintenance and constitutional subversion

PIETRO FARAGUNA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Università degli
studi di Trieste*

Traducido del italiano por Luis Fernando Martínez Quevedo

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La insostenible inmodificabilidad del artículo 11 de la Constitución.
3. El artículo 11 de la Constitución y la identidad constitucional entre ipse e ídem.
4. Hipótesis recientes para la reforma del artículo 11 de la Constitución.
5. La actualización del artículo 11 de la Constitución: ¿ya no es el momento?

1. INTRODUCCIÓN

El art. 11 de la Constitución de la República Italiana, en la parte en la que establece una cláusula de apertura al ordenamiento internacional, es una norma constitucional que ha sido objeto de estudio a lo largo de toda la experiencia republicana. La atención de la doctrina se ha dirigido a diversos aspectos; producto de la contribución hecha por la doctrina constitucionalista, como —en primer lugar— la internacionalista, y —más recientemente— la comunitaria. Se trata, en efecto, de una disposición intensamente caracterizadora de la Constitución republicana y, que, en cierto sentido, parece idónea señalando aquellos rasgos de su identidad, que permiten distinguir claramente el momento constitucional republicano de la

experiencia constitucional precedente¹. El art. 11 de la Constitución se incluye entre aquellos principios fundamentales que, al menos, en la narrativa histórico-política comúnmente aceptada, serían el resultado más elevado y exitoso de la capacidad del poder constituyente para redactar una Constitución de compromiso, en la que, las divergencias de las distintas almas políticas representadas en la Asamblea constituyente pudieran encontrar su hogar². Dicho esto, ciertas hipótesis para la reforma del art. 11 de la Constitución han acompañado la reciente historia del (fallido) reformismo constitucional; y ello, pese a tratarse de una disposición —muy clarividente para el tiempo en el que fue adoptada—, que ha sido incluida entre aquellos principios fundamentales, que a lo largo de la experiencia republicana se han considerado —a menudo—, si no inmodificables en sentido propio, cuando menos, al abrigo del creciente movimiento reformista de la Constitución³.

La atención de este artículo se centra precisamente en las más recientes hipótesis reformadoras del art. 11 de la Constitución italiana, complementando aquellos otros análisis que se han incluido en esta sección con vocación monográfica. Otras contribuciones se han detenido en la naturaleza del art. 11 de la Constitución como fundamento del proceso de integración europea⁴ y, en su capacidad para servir de base constitucional a las ulteriores y recientes reformas que se han sucedido, mediante intervenciones puntuales a través de leyes de revisión constitucional, que han incluido en el texto de la Carta referencias explícitas a la Unión Europea⁵.

1 Sobre la capacidad del art. 11 de la Constitución para connotar la identidad de la Constitución de la República Italiana, me remito a P. FARAGUNA, «Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale», en F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (eds.), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Franco Angeli, Milán 2018, pp. 63-95.

2 Sobre la naturaleza comprometida de la Constitución republicana, típica de las constituciones redactadas sobre principios, cfr. S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Il Mulino, Bolonia, 2012. Para una lectura diferente, crítica con la narración irenista, v. G. BOGNETTI, «Per una storia autentica e integrale della Costituzione republicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)», *Rivista AIC*, 2005, pp. 21 y ss.

3 Piénsese en primer lugar en el proyecto de la Comisión Bicameral D'Alema - Berlusconi que, en 1997, se propuso incluir un nuevo Título VI sobre la «Participación de Italia en la Unión Europea», con las consiguientes agravaciones procedimentales para ulteriores limitaciones de soberanía (cfr. art. 116 del proyecto). A este respecto, véase el análisis (crítico) de F. SORRENTINO, «La partecipazione dell'Italia all'Unione europea», en M. CHITI y L. STURLESE (eds.), *La riforma costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 117-128.

4 Y. CITINO, «L'art. 11 della Costituzione come fondamento dell'integrazione europea dal "48 ad oggi"», en este número.

5 L. BARTOLUCCI, «Origine ed effetti delle recenti "clausole europee" introdotte in Costituzione», en este número.

El objetivo de este artículo se limita al análisis desde una perspectiva *de iure condendo* que, sin embargo, se basa en el elemento recurrente de la experiencia constitucional italiana (el debate general, sobre las reformas constitucionales; y el particular, sobre la constitucionalización de la pertenencia de Italia a la Unión Europea), partiendo de una premisa no especialmente revolucionaria. En esencia, la premisa consiste en rechazar, en tanto que jurídicamente injustificables, aquellas posiciones que sostengan que el art. 11 de la Constitución está exento de cualquier forma de revisión constitucional. Si ello es cierto, cabe preguntarse si existen límites a las hipotéticas reformas del art. 11 de la Constitución y, en caso afirmativo, en qué consisten dichos límites.

2. LA INSOSTENIBLE INMODIFICABILIDAD DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN

En efecto, parece difícil sostener hoy, que el art. 11 de la Constitución deba considerarse exento de cualquier hipotética revisión constitucional. No parece haber ninguna razón textual que lo sostenga. Como bien es sabido, en el ordenamiento jurídico italiano existen pocos límites explícitos a la revisión constitucional (ciertamente la forma republicana, a la que se volverá más adelante, y probablemente otros puntos clave del texto, como la indivisibilidad de la República y la inviolabilidad de los derechos fundamentales)⁶ y aquellas hipótesis, que querían extender la garantía de irreversibilidad a todos los principios fundamentales⁷, ya débiles teóricamente,

6 Sobre la distinción entre límites expresos e implícitos, con un extenso análisis comparativo, v. Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2017, especialmente pp. 39-70. Sobre la experiencia italiana v. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milán, 2015.

7 La hipótesis nunca ha sido considerada seriamente en el debate constitucional italiano; sin embargo, ha asomado en algunos pasajes —desafortunados, por decirlo así— de las conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto M.A.S. M.B., es decir, el caso ante el Tribunal de Justicia introducido por la cuestión prejudicial promovida por la Corte Constitucional en la llamada saga *Taricco* (Tribunal de Justicia de la UE, Conclusiones del Abogado General Yves Bot en el asunto C-42/17, M.A.S., M.B.). Razonando sobre la adscripción del principio de legalidad entre los principios supremos del ordenamiento jurídico, el Abogado General, sobre la base de una serie de malentendidos e interpretaciones erróneas de las nociones fundamentales del ordenamiento constitucional italiano, terminó por exponer las siguientes conclusiones: «No estoy convencido de que la aplicación inmediata de un plazo de prescripción más largo, resultante de la ejecución de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Taricco y otros*, pueda menoscabar la identidad nacional de la República Italiana».

parecen haber sido desmentidas por la historia, con la reciente intervención para modificar el art. 9 de la Constitución⁸.

Si se compartiera esta premisa general y, por tanto, se excluyera un escenario maximalista dirigido a eliminar el art. 11 de la Constitución de las disposiciones que pueden ser objeto de revisión constitucional (por el mero hecho de ser uno de los principios fundamentales) se podría opinar (sobre la (in)conveniencia de cualquier modificación) razonando, ya no en términos de legitimidad constitucional, sino de conveniencia política. A pesar de que tal hecho tiene poco interés para el Derecho constitucional como ciencia jurídica, tal posición no parece fácilmente sostenible, al pertenecer al original universo de las opiniones. Un acercamiento a la experiencia constitucional de los Estados miembros, que tienen una tradición de política exterior no muy alejada de la de Italia parece, de hecho, sugerir exactamente lo contrario⁹: En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestros vecinos, las constituciones se han actualizado en el curso de los avances del proceso de integración europea, en algunos casos con intervenciones muy significativas.

En efecto, no debe confundirse lo que forma parte de una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental con una vulneración de la identidad nacional o, más exactamente, de la identidad constitucional de un Estado miembro. En el presente caso existe ciertamente un derecho fundamental protegido por la Constitución italiana, cuya importancia no puede subestimarse, pero ello no significa, *per se*, que deba tomarse en consideración la aplicación del artículo 4, apartado 2, del TUE.

Por otra parte, la Corte Constitucional no expone las razones por las que sea necesario atribuir a todos los aspectos del principio de legalidad de los delitos y las penas la condición de principio supremo del ordenamiento constitucional, ni las razones por las que la aplicación inmediata de un plazo de prescripción más largo podría poner en entredicho la identidad constitucional de la República Italiana. Observo que, «en la Constitución italiana, los principios calificados de fundamentales se enumeran en sus artículos 1 a 12, por lo que el principio de legalidad de los delitos y de las penas queda, a priori, excluido» (§§ 178-181).

8 La literatura sobre esta reforma constitucional es ya interminable. *Ex multis*, véase R. BIFULCO, «La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive», *Analisi giuridica dell'economia*, núm. 1, 2022, pp. 7-26; y M. CECCHETTI, «Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione», *Corti supreme e salute*, núm. 2, 2022, pp. 127-154.

9 Para un análisis comparativo de las llamadas cláusulas europeas y, en todo caso, de las condiciones constitucionales de adhesión de los Estados miembros al proceso de integración europea, véase M. CLAES, «Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2005, pp. 283 y ss.; A. GUAZZAROTTI, «Legalità senza legittimazione? Le “clausole europee” nelle costituzioni degli Stati membri dell'UE e l'eccezione italiana», *Costituzionalismo.it*, núm. 3, 2019; A. ALBI, S. BARDUTSKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of law. Informes nacionales*, Asser Press, La Haya-Berlín, 2019.

La experiencia de otros ordenamientos jurídicos parece, de hecho, identificar una anomalía en sentido completamente opuesto a la tesis de la supuesta inoportunidad política de las intervenciones revisoras del art. 11 de la Constitución. El hecho de que la cláusula de apertura del ordenamiento constitucional haya permanecido en su texto completamente impermeable a la evolución del proceso de integración europea representa, de hecho, la fosilización de una disposición constitucional que, en cambio, en muchos otros Estados miembros ha sido objeto de intervenciones más o menos invasivas (a menudo, pero no sólo, durante la aprobación del Tratado de Maastricht).

Sin llegar a valorar si adaptar la base constitucional de la pertenencia de un Estado miembro fundador a la Unión Europea podría incluso constituir una obligación constitucional; el análisis comparado sugiere, al menos, que sea difícilmente sostenible que al Parlamento se le imponga una prohibición de actualizar el art. 11 de la Constitución, ni que puedan oponerse a tal actualización razones de oportunidad.

Sin embargo, la lectura de la literatura constitucionalista (y, en particular, de aquella que por distintas razones puede considerarse más protegida de las polémicas que los contingentes debates políticos pueden generar —aunque sólo sea por tratarse de escritos anteriores a las propuestas de revisión constitucional, a las que nos referiremos más adelante—), vuelve a ser reconfortante, pues persiste en la misma orientación que el análisis del marco comparado.

Muchos son los autores (podría aventurarse que esta doctrina es mayoritaria, si no fuera porque tal afirmación es indemostrable) que en momentos sospechosos han apoyado el mantenimiento constitucional del art. 11 de la Constitución y, que de hecho, han estigmatizado la tendencia de la política constitucional italiana, a favorecer una actitud de obliteración constitucional del proceso de integración europea, y que cuenta con un consenso generalizado, aunque superficial, en esa dirección.

Entre los autores que se han pronunciado inequívocamente en contra de la hipótesis de la actualización, y entre aquéllos cuya biografía científica, política e institucional no se encuentra entre las filas de los euroescépticos (signifique lo que signifique esta denominación) cabe citar, en primer lugar, a Sergio Bartole, quien, en su última conferencia —publicada por EUT en 2008¹⁰ y reeditada en los *Scritti scelti* en su honor¹¹— afirmaba que «de los protocolos de toma de decisiones encaminados a favorecer elecciones por parte de asambleas legislativas más conscientes

10 S. BARTOLE, *La Costituzione europea vivente*, EUT, Trieste, 2008.

11 S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2013.

del distinto alcance de las fases que conducen a un reforzamiento de la Unión, todos contribuirían a mejorar nivel de aceptación de Europa, que se dice elevado en Italia, aunque luego, en la práctica son muchos los malentendidos y las interpretaciones erróneas»¹².

En términos más explícitos, así como en tiempos aún menos sospechosos, Marta Cartabia, en 1994, valoraba negativamente la huida italiana a actualizar la Constitución respecto a los desarrollos constitucionales del ordenamiento de la Unión Europea, de la cual la autora estigmatizaba su «aceptación pasiva e incondicional»¹³.

Livio Paladin decía que «a la vista de la evolución que ya ha enriquecido el edificio comunitario, y de la ulterior evolución previsible o esperable en los próximos años» parecía inevitable «introducir una adecuada disciplina constitucional relativa a la participación de Italia en la Unión Europea»¹⁴.

Así, la «despreocupación constitucional»¹⁵, con la que tradicionalmente se ha abordado el discurso sobre la cobertura constitucional del proceso de integración europea, es un hecho largamente señalado por una doctrina tan autorizada como *europarechtsfreundlich*.

Parece, por tanto, que la continuidad de la Constitución italiana en el sentido de constitucionalizar ese desarrollo de las potencialidades intrínsecas del art. 11 (del que tratan otras contribuciones de esta sección monográfica) no es un escenario condenable; si acaso, pudiera considerarse tardío, dados las puntuales ampliaciones que la Constitución ya ha incorporado y, que, de nuevo, otras contribuciones de esta sección tratan específicamente.

Sin embargo, hay que decir que las revisiones constitucionales pueden ser útiles de diferentes maneras. Por otra parte, tanto la Constitución en su conjunto, como las innovaciones constitucionales individuales pueden responder a distintas naturalezas que se corresponden con distintas formas de legitimación: pueden ser revolucionarias, pueden ser concesiones obtusas dirigidas a evitar desarrollos revolucionarios, pueden ser programas elitistas de reformismo no revolucionario¹⁶ y pueden ser

12 S. BARTOLE, *La Costituzione europea vivente*, op. cit., ahora también en *Scritti scelti*, op. cit., p. 808.

13 M. CARTABIA, «Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale», *Politica del diritto*, núm. 2, 1994, p. 204.

14 L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bolonia, 1996, p. 439.

15 P. DE IOANNA, «Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma», *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, p. 82.

16 Véase la reconstrucción de B. ACKERMAN, «Three Paths to Constitutionalism - and the Crisis of the European Union», *British Journal of Political Science*, vol. 45, núm. 4, 2015, pp. 705-714,

codificaciones de transformaciones que ya han tenido lugar. Dentro de estas coordenadas, parece difícil argumentar que, como mínimo, una revisión-codificación del art. 11 de la Constitución encontraría impedimentos en cuanto a su legitimidad, o incluso, en cuanto a su conveniencia.

Ello no significa, por supuesto, que cualquier intervención para modificar —o incluso derogar— el art. 11 de la Constitución pueda admitirse, y mucho menos considerarse deseable. Si, por tanto, la continuidad constitucional es posible y, cabría añadir, incluso deseable —si acaso tardía—; la segunda alternativa indicada en el título resulta la que más interés suscita.

¿Cuáles son los límites de un mantenimiento constitucional del art. 11 de la Constitución? ¿En qué momento dicho mantenimiento se convertiría en subversión constitucional?

Se pretende aquí distinguir entre subversión y mantenimiento, en la medida en que la subversión alude a un cambio de régimen constitucional, o para ser sintéticos (también porque el tema ha sido ampliamente investigado por la doctrina constitucionalista) a una incisión significativa en la identidad constitucional, que podría dar lugar a un fenómeno subversivo del orden constitucional vigente. La subversión, sobre la base de las enseñanzas, aún hoy esclarecedoras, de Carl Schmitt¹⁷, así como sobre la base de la extensa literatura alemana de la primera mitad del siglo pasado¹⁸, puede consistir en una sustitución de la Constitución, que venga acompañada de una desintegración de las propias fuerzas sociales que habían producido y sostenido el régimen constitucional previo (*Verfassungsvernichtung* —literalmente aniquilación constitucional—) o en una sustitución de la Carta constitucional que deje intactas las fuerzas sociales subyacentes (*Verfassungsbeiseitigung* —literalmente supresión constitucional—). A partir de estas hipótesis, Schmitt distinguió entre la ruptura de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*), es decir, la violación de

desarrollado posteriormente en: B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Belknap Press, Cambridge - MA, 2019. La atención de la literatura jurídico-publicista a escala mundial sobre el tema de las funciones y las diferentes «gradaciones» de las enmiendas constitucionales es cada vez mayor, y fue reformulada más recientemente por R. ALBERT, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2019, especialmente pp. 4-12.

17 Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Munich-Leipzig, 1928, § 11, especialmente pp. 99 y ss.

18 «Antes de Schmitt», G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berlín, 1906 (más tarde Goldbach, Keip 1996), «después de Schmitt»: HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlín - Leipzig, 1932.

normas constitucionales específicas, cuya función es derogatoria para casos identificados, sobre la base de que las normas constitucionales recuperarían su validez para otros casos posteriores, y, por último, la suspensión de la Constitución (en el léxico de Schmitt *Verfassungssuspension*) que consiste en una suspensión temporal de la eficacia de las disposiciones constitucionales.

Entre estas hipótesis Schmitt distinguió la «fisiológica»¹⁹, y en nuestros términos ciertamente no subversiva, de la *Verfassungsänderung* (literalmente cambio constitucional): además, Schmitt ya había advertido de la necesidad de una especie de redefinición estipulativa de este concepto, para evitar el malentendido de que cambio aludiera a una sustitución de la Constitución²⁰.

Partiendo de estas retículas conceptuales, es posible por tanto preguntarse cómo una intervención sobre el texto del art. 11 de la Constitución podría afectar a la identidad de la Constitución italiana, hasta el punto de determinar su subversión. ¿De qué manera una modificación del art. 11 de la Constitución podría determinar la subversión de la identidad constitucional italiana?

Quizás sea posible distinguir dos hipótesis, una que pone en valor un dato textual y otra basada en teorías sobre los límites implícitos a la revisión constitucional.

La primera hipótesis pasa por la valorización del poco Derecho constitucional positivo que en esta materia se puede derivar de los elementos textuales de la Constitución. En efecto, el art. 139 de la Constitución establece que «[l]a forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional», instituyendo el que es el más evidente y expreso límite a la revisión constitucional, puesto en valor como tal, también por su ubicación, inmediatamente después de la disposición que regula el propio procedimiento de revisión.

Pues bien, sin detenernos demasiado en todas las hipótesis interpretativas de cuál es —en su caso— la sustancia de *la forma republicana*, y si la República a la que se refiere el art. 139 de la Constitución debe entenderse como una forma de Estado o de gobierno, a nuestros efectos quizá baste con cuestionar el posible impacto del proceso de integración europea sobre esta forma.

19 M. LUCIANI, «Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, p. 35.

20 En estos términos, Schmitt advirtió contra el uso del término *Verfassungsänderung* al tiempo que admitía que la terminología estaba ahora tan extendida que no podía rechazarse: «Das Wort *Verfassungsänderung* (*Verfassungsrevision*) ist ungenau, weil es sich nicht um Änderungen der Verfassung selbst, sondern nur *verfassungsgesetzlicher* Bestimmungen handelt. Doch ist der Ausdruck heute üblich und wird daher beibehalten», C. SCHMITT, *op. cit.*, 1928, p. 99.

La hipótesis es fascinante —y se apoya en reconstrucciones respaldadas con mucha autoridad²¹— pero, para nuestro objetivo, pasa por una reconstrucción retrospectiva que se aleja quizás demasiado audazmente de la dominante. En efecto, hay que admitir que es ante todo, la adhesión de Italia al proceso de integración europea la que ha determinado un cambio en la forma de Estado, transformando la república democrática a la que se refiere la endíadis de los arts. 1-139 de la Constitución, en una nueva forma de Estado miembro. El escenario se basa evidentemente en una concepción dinámica del concepto de identidad constitucional, que no sería una entidad fósil y eterna, a la manera de aquellas teorizaciones que se mueven principalmente a partir de una lectura de la cláusula del art. 79 III GG, sino que identificaría la identidad constitucional, como un concepto sujeto a evolución, como de hecho parece indicar otra tradición diferente, que —comprensiblemente— ha tenido más éxito al otro lado del océano²².

Junto a la hipótesis de la trazabilidad de los límites a las modificaciones del art. 11 de la Constitución a los límites expresos a la revisión, queda por indagar el territorio mucho más amplio de la doctrina de los límites implícitos a la revisión constitucional²³, que, con independencia del texto de las cartas constitucionales, ha generado una de las ideas constitucionales que más eficazmente —como cada vez es más común decir— han migrado²⁴ de un sistema a otro.

21 Así A. MANZELLA, «Lo stato “comunitario”», *Quaderni costituzionali*, 2003, pp. 273 y ss.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Padua, 2005, especialmente pp. 2287 y ss.; y C. BICKERTON, *European integration: From Nation-States to Member States*, Oxford-Nueva York, 2012, pp. 51 y ss.

22 La reconstrucción más autorizada en la literatura contemporánea de la identidad constitucional como noción sujeta a continua transformación es la de G. JACOBSON, *Constitutional identity*, Cambridge MA, 2010. El autor se expresa en estos términos inequívocos: «constitution acquires an identity through experience, that this identity exists neither as a discrete object of invention nor as a heavily encrusted essence embedded in a society’s culture, requiring only to be discovered. Rather, identity emerges dialogically and represents a mix of political aspirations and commitments that are expressive of a nation’s past, as well as the determination of those within the society who seek in some ways to transcend that past. It is changeable but resistant to its own destruction, and it may manifest itself differently in different settings»: *ibid.*, p. 7.

23 Sobre este punto véase el interesante análisis que, partiendo de la observación de un amplio espectro de ordenamientos jurídicos, se remonta a un estudio teórico-general: Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments*, *op. cit.*, especialmente pp. 141-157.

24 S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-Nueva York, 2011, y, con referencia específica al tema que nos ocupa, véase de nuevo Y. ROZNAI, «Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea», *Am. J. Comparative L.*, Vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 57-719.

3. EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE IPSE E ÍDEM

En efecto, la identidad de una constitución se ha identificado en aquellos elementos que la distinguen no sólo de otras constituciones, sino que mantienen la identidad del sujeto-constitución, a pesar de las modificaciones de los elementos propios de ese mismo sujeto²⁵. En este contexto, el principio de apertura de la Constitución italiana es efectivamente un elemento identificativo y, de hecho, es quizás el elemento que en mayor medida caracteriza a la Constitución republicana respecto del pasado estatutario, y respecto de otras experiencias constitucionales que se han desarrollado en otros tiempos y lugares de la historia. Se trata, además, de un elemento que no había escapado ni siquiera a los contemporáneos de aquel tiempo constituyente²⁶, y que en tiempos más recientes ha sido felizmente recogido por doctrina autorizada²⁷.

Incluso más que la rigidez constitucional, incluso más que la inclusión del conflicto social en el jardín de las instituciones y procedimientos constitucionales²⁸, el principio de apertura marca una extraordinaria innovación de la que el constituyente italiano fue un precursor clarividente.

Partiendo, por tanto, de una noción de identidad constitucional que pone el acento en los elementos de la Constitución republicana, que caracterizan su discontinuidad con respecto a las precedentes experiencias constitucionales de la misma entidad estatal, no parece en absoluto descabellado tomar el principio de apertura —que no por casualidad se ha denominado a veces *Grundnorm*²⁹ del ordenamiento constitucional, o la pieza clave³⁰ de la Constitución vigente— como uno de los elementos que configuran la identidad de la Constitución italiana.

25 Véase, sobre este punto, M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Londres-Nueva York, 2009.

26 Véase, en particular, B. MIRKINE-GUETZEVICH, «Les nouvelles tendances du droit constitutionnel», *Revue générale de droit international public*, 1948, pp. 375-386.

27 Véase la doctrina de las olas constitucionales (originalmente *waves*) de D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, «Judicial review in the contemporary world-Retrospective and prospective», *International Journal of Constitutional Law*, 2018, Vol. 16, núm. 2, pp. 315-372.

28 R. BIN, «Che cos'è la Costituzione», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2007, pp. 11-52, insiste especialmente en la inclusión del conflicto social en el perímetro constitucional como elemento distintivo de la Constitución republicana.

29 G. U. RESCIGNO, «Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti», *Diritto pubblico*, núm. 3, 2002, pp. 767 y ss.

30 N. LUPO, «L'art. 11 come “chiave di volta” della Costituzione vigente», *Rassegna parlamentare*, núm. 3, 2021, pp. 379-418.

Partiendo de este supuesto, se puede continuar este razonamiento argumentando que las reformas constitucionales que pretendan negar o eliminar este rasgo de identidad deben considerarse intentos de subversión constitucional.

Afirmaciones como éstas, sin embargo, no dejan de ser muy genéricas hasta que nos enfrentamos con el alcance normativo de ese principio de apertura constitucional que caracteriza la identidad de la Constitución republicana. En otras palabras: ¿qué obligaciones y prohibiciones entraña el principio de apertura? ¿A quién va dirigido? ¿A qué entidades se dirige la apertura? ¿En qué condiciones puede o debe practicarse la apertura?

No parece tener mucho sentido plantearse actualmente la posibilidad de derivar del art. 11 de la Constitución una obligación constitucional de adherirse a la Unión Europea. Más allá de la dificultad de concebir tal obligación, ante la dificultad aparentemente insuperable de asociar a esa obligación, una sanción jurídicamente sustancial, parece completamente insensato plantear una cuestión de este tipo en uno de los Estados fundadores de la Unión y de todas las entidades supranacionales que la han precedido, empezando por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Bien distinta es la cuestión de la compatibilidad de la salida de la Unión Europea con el principio constitucional de apertura de la Constitución recogido en el art. 11. Aunque este tema no es objeto del presente análisis, y encuentra espacio en otras secciones de este número, cabe limitarse a la hipótesis de que el art. 11 de la Constitución, en su formulación actual, no obstaculizaría, es más, tal vez debería imponer, una salida de la Unión, si ésta dejara de respetar las condiciones que se dan en el art. 11 de la Constitución (las condiciones de igualdad y la paz y la justicia como objetivos). Quizá parecería más complicado sostener que una salida *ad nutum* de la Unión sería compatible con el principio de apertura y el mandato constitucional del art. 11 de la Constitución, que, en la actual Unión Europea, encuentra una forma de realización histórica respecto de la cual no parece concebible una regresión, un poco a semejanza de lo que ocurre con la implementación de los derechos constitucionales que, una vez que han recibido un cierto nivel de aplicación legislativa, pueden ciertamente experimentar un cambio en las formas de aplicación, pero no su mera eliminación mediante el instrumento del referéndum abrogatorio³¹.

Del mismo modo, una vez establecida la obligación constitucional, que deriva del principio de apertura, es difícil hipotetizar una obligación jurídicamente exigible de aplicar los instrumentos de apertura, pero es muy posible imaginar que la Corte

31 El convincente paralelismo lo traza N. LUPO, «L'art. 11 come "chiave di volta"», *op. cit.*, p. 408.

Constitucional, y —por qué no, el propio Presidente de la República—, se esfuercen por proteger el nivel ya alcanzado.

Dicho esto, no puede obviarse el hecho textual de que el principio del art. 11 de la Constitución no es un principio incondicional. Al contrario, el principio, también en virtud de una lectura integrada de los diversos subprincipios³² contenidos en dicho artículo (el principio pacifista, el de apertura en sentido estricto —entendido como consentimiento a las limitaciones de la soberanía— y la promoción de las organizaciones internacionales) está ya desde su génesis sujeto a diversas condiciones, entre las que destacan, en particular, las condiciones de igualdad con otros Estados y el objetivo de asegurar la paz y la justicia, los cuales, las organizaciones promovidas por el art. 11 de la Constitución deben perseguir.

Teniendo en cuenta, por tanto, la compleja estructura del art. 11 de la Constitución, podría extraerse de él, en primer lugar, la voluntad del constituyente de establecer directamente en el texto constitucional los ingredientes del principio de apertura de la Constitución, que los distintos órganos constitucionales podrían, en el respeto a sus atribuciones constitucionales, mezclar con distintas recetas. Sin embargo, no se podrían añadir más ingredientes, ni renunciar a ninguno de los que componen el principio de apertura.

Desde esta perspectiva, la introducción de nuevos límites y condiciones, que no figuren ya entre los ingredientes del principio de apertura de la Constitución esbozado por el constituyente, no parece una operación compatible con la identidad constitucional de la Constitución republicana. Por el contrario, no habría ningún impedimento para especificar o actualizar condiciones que ya están presentes, fruto de una combinación de ingredientes también presentes: a lo sumo se podría dudar de la utilidad de tal operación.

4. HIPÓTESIS RECIENTES PARA LA REFORMA DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN

El discurso sobre la relación entre el principio de apertura de la Constitución y la identidad constitucional es un discurso atemporal, pero no necesariamente indiferente a las evoluciones concretas y contingentes del presente. Las iniciativas más recientes referentes a proyectos de revisión constitucional sobre este tema nos hablan, de hecho, de un activismo más o menos reciente en este frente³³. Es una iniciativa

32 Para un análisis detallado de los subprincipios que componen el principio de apertura, véase, de nuevo, N. LUPO, «L'art. 11 come "chiave di volta"», *op. cit.*, pp. 379-418.

33 Véase la reseña, actualizada a los últimos atisbos de la pasada legislatura, de Y. CITINO, «Tentativi di revisione delle modalità di partecipazione dell'Italia all'unione europea nella XVIII legislatura: un bilancio costituzionale», *Rivista AIC*, núm. 3, 2022, pp. 162-186.

bien conocida la de la última legislatura, en la que diputados y senadores, entonces en la oposición, y ahora en la mayoría (no menos importante la Presidenta del Consejo de Ministros en ejercicio en el momento de escribir estas líneas) presentaron un proyecto de ley de revisión constitucional dirigido a modificar no sólo el art. 117 de la Constitución (con la supresión de la referencia explícita a las obligaciones internacionales y a los imperativos comunitarios), sino también el art. 11 de la Constitución italiana, reformulándolo con la adición *in fine* en el último apartado de la actual redacción del siguiente párrafo adicional: «Las normas de los Tratados y de los demás actos de la Unión Europea son aplicables en pie de igualdad y solo en la medida en que sean compatibles con los principios de soberanía, democracia y subsidiariedad, así como con los demás principios de la Constitución italiana»³⁴.

La propuesta no pasó desapercibida a la doctrina más atenta³⁵, que la analizó, expresando una compartida perplejidad sobre la técnica de redacción adoptada, pero partiendo también del presupuesto de que, de aquella propuesta, «la intención no [...] parece despreciable»³⁶. Las dudas técnicas venían generadas por la redacción imprecisa con la que se pretendía trasplantar una burda copia del art. 23 GG, con el objetivo de dotar finalmente al ordenamiento constitucional italiano de una cláusula europea, pero poniendo negro sobre blanco nuevos límites («los principios de soberanía, democracia y subsidiariedad», así como «los demás principios de la Constitución italiana»). En particular, estos nuevos límites, si se hubieran tomado al pie de la letra, habrían sido quizás susceptibles de poner en tela de juicio el principio de primacía del Derecho de la Unión, sobre todo si la extensión de dichos límites hubiera terminado realmente por abarcar cualquier norma de la Constitución. En la hipótesis (que por el momento sigue siendo en gran medida una fantasía jurídica) de que tal propuesta se hubiera convertido realmente en una ley de revisión constitucional, no es difícil imaginar la viabilidad de una recomposición interpretativa de ese nuevo texto con los resultados consolidados de la trayectoria de la Corte Constitucional, trayectoria que se habría visto facilitada por el hecho de que las nuevas disposiciones no habrían sustituido al texto original del art. 11 de la Constitución. De este modo, las limitaciones de la soberanía necesarias para un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las naciones, así como la promoción y el favorecimiento de las organizaciones internacionales destinadas a tal fin, habrían seguido siendo probable-

34 A.C. 3118 a iniciativa de la Sra. Meloni y otros.

35 M. DANI, A. GUAZZAROTTI, «Quel pasticcia brutto della riforma degli artt. 11 e 117 Cost.», *lacostituzione.info*, 14 de agosto de 2022 (última consulta: 10 de julio de 2023).

36 *Ibidem*.

mente soportes textuales suficientes para reconducir los nuevos límites al surco de la vieja jurisprudencia constitucional.

De hecho, la necesidad de recomposiciones interpretativas se habría desencadenado, aunque solo fuera por una consecuencia probablemente no pretendida por la propia propuesta, que, en la medida en que suprimía toda referencia al respeto de las obligaciones internacionales del art. 117, apartado 1, de la Constitución, habría dejado el ordenamiento convencional totalmente desprovisto de toda cobertura constitucional. Si, por lo tanto, la literalidad de la nueva disposición constitucional hubiera devuelto el marco constitucional italiano a un escenario anterior al de las sentencias gemelas núm. 348 y 349 de 2007, aunque sin que nada dejara entrever una intención explícita por parte de los proponentes de perseguir tal objetivo, bien puede suponerse que este escenario perturbador —y probablemente no deseado— se habría desactivado mediante un rescate interpretativo de las disposiciones mal concebidas.

Sin embargo, más que en la escasa calidad de la redacción de las propuestas que se quedaron en eso, es —precisamente— en la intención no despreciable de las propuestas, en lo que puede interesar detenerse. Con la decisiva ayuda aportada por el paso del tiempo, las novedades provocadas por las elecciones posteriores y los consiguientes impulsos políticos, parecería que ahora puede afirmarse exactamente lo contrario que en aquel momento, respecto a la intención de aquella propuesta: Como era ampliamente previsible, no se depositó ninguna propuesta de este tipo en la XIX legislatura, cuando las mismas fuerzas políticas se encontraban en una posición de responsabilidad político-institucional muy diferente, respecto a la que tenían cuando se realizó aquella.

Esto permite considerar la intención de entonces, como una mera agitación preelectoral que instrumentalizó una palanca —la de la política exterior y, en particular, el lugar de Italia en el camino de la integración europea— que habría sido mucho más preferible mantener a salvo de tales usos instrumentales, sobre todo en tiempos como los actuales, en los que los objetivos de la política exterior pueden y por desgracia deben ponderarse directamente, con ese objetivo de garantizar «la paz y la justicia entre las naciones», que la misma disposición constitucional que dio cobertura a la adhesión de Italia a la Unión Europea menciona expresamente en términos tan claros como actuales³⁷.

37 Véanse, sobre este punto, las reflexiones de M. BENVENUTI, «Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni», *Osservatorio Costituzionale AIC*, núm. 3, 2022, pp. 20-46.

La intención de esa propuesta, leída en retrospectiva y en el contexto geopolítico actual parece, en otras palabras, bastante deleznable.

5. LA ACTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿YA NO ES EL MOMENTO?

En abstracto, por tanto, no parece existir ningún impedimento, que traiga origen en los límites explícitos o implícitos de la revisión constitucional, para plantear la hipótesis de una modificación del art. 11 de la Constitución. Al contrario, la doctrina autorizada —más allá de cualquier sospecha de euroescepticismo— ya había defendido en décadas pasadas una actualización del art. 11 de la Constitución que hiciera constitucionalmente más consciente la pertenencia de Italia a la Unión Europea.

Sin embargo, en términos concretos; recientes aventuras parecen sugerir que el contexto en el que se desarrolla hoy el debate político es cualquier cosa menos favorable a la presentación de una iniciativa seria y ponderada de modificación del art. 11 de la Constitución, que seguiría la estela de la identidad de la Constitución republicana, en la que el principio de apertura del ordenamiento desempeña un papel decisivo para caracterizar la experiencia constitucional de posguerra.

Parece volver a plantearse en pequeño aquella paradoja de las reformas constitucionales que, inspirándose en la doctrina alemana, se refería al difícil camino de las reformas constitucionales en la experiencia constitucional italiana³⁸: Cuanto más necesaria es una modificación de la Constitución, tanto menos las condiciones político-institucionales hacen viable el camino de la reforma. En el contexto aquí analizado, de hecho, mientras se pudo lograr una actualización del art. 11 de la Constitución en un contexto de amplio acuerdo sobre el horizonte de apertura internacional de la Constitución italiana, no se consideró útil por parte de las fuerzas políticas actualizar el art. 11 de la Constitución, incluyendo en él lo que para muchos (aunque no todos³⁹) ya estaba incluido.

38 La paradoja del reformador reformado es puesta de relieve por G. ZAGREBELSKY, «Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione», en AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padua, 1985, pp. 915 ss.

39 Sobre las posiciones de cerrazón de los comunistas respecto a los primeros pasos del proceso de integración europea, y el escepticismo de los socialistas, véase, *ex multis*, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bolonia, 2004, especialmente pp. 276 y ss.

Y, sin embargo, en la actualidad no parecen faltar razones para plantearse la necesidad de actualizar la Constitución con una cláusula europea que haga más consciente el camino constitucional de la adhesión a la Unión Europea, dotando quizá al ordenamiento de instrumentos procesales actualizados a la complejidad de la interdependencia de los ordenamientos, que es hoy infinitamente mayor de lo que podía imaginarse en 1948⁴⁰. No es casualidad, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que ha recaído —voluntaria o involuntariamente— un importante papel de sustitución a la hora de perfilar protocolos constitucionales idóneos para actualizar el ordenamiento jurídico interno conforme a la evolución del ordenamiento jurídico europeo, haya experimentado en los últimos años una extraordinaria vitalidad⁴¹, después de que durante varias décadas se hubiera asistido a una sedimentación aparentemente definitiva del modelo *Granital*, es decir, el ejemplo más evidente del ejercicio de la función supletoria de la jurisprudencia constitucional respecto de una acción política y legislativa, que se limitaba a aceptar supinamente, en virtud de un «euro-entusiasmo» generalizado (al menos en apariencia), los avances del proceso de integración europea.

La necesidad de actualización debería, sin embargo, ajustarse a la identidad de la Constitución republicana, en la que el principio de apertura parece ser un elemento calificativo; podría decirse, que cualquier actualización del art. 11 de la Constitución debería ir en la dirección de perseguir una mayor y no una menor apertura de la Constitución, algo así como aquel protocolo con el que se hipotetizó que podría superarse la famosa paradoja de Ross⁴² sobre la modificabilidad de las normas que regulan el procedimiento de revisión constitucional. En ese contexto había quien había hipotetizado —también para apuntalar con límites suficientemente elásticos

40 Sintomático de la necesidad de proporcionar algún medio de mayor claridad es el vivo debate de los últimos años en la doctrina constitucionalista sobre los instrumentos que serían adecuados para lograr la salida de la UE, o la salida de la eurozona a secas: véase, sobre todos ellos, y con una eficaz reconstrucción del debate: R. BIN, «Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2018, pp. 813-830.

41 La actual fase de inquietud de la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones interordinamentales es objeto de un número creciente de estudios, entre los que destacan por su actualidad y amplitud los siguientes: Véanse los dos recientes volúmenes colectivos C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Grantial revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2020; y C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (eds.), *La Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Giappichelli, Turín, 2022.

42 A. ROSS, *On Law and Justice*, Oxford University Press, Londres, 1958, pp. 78 y ss.

el atormentado *affaire* itálico de las grandes reformas constitucionales derogatorias, repetidamente temidas, pero luego nunca realizadas— que el procedimiento agravado previsto por el art. 138 de la Constitución podía ser derogado, pero sólo en el sentido de instituir mecanismos de revisión constitucional puntuales que ofrecieran garantías más amplias y fuertes respecto a las ya previstas por el art. 138 de la Constitución⁴³.

Del mismo modo, en referencia al art. 11 de la Constitución, bien podría plantearse la hipótesis de su modificabilidad, y también que desde hace varias décadas se reconoce ampliamente que tal modificación sería oportuna, si las modificaciones estuvieran dirigidas a dotar al sistema de instrumentos constitucionales mayormente adecuados para captar la especificidad constitucional de la pertenencia de Italia a la Unión Europea, pero al hacerlo debe respetarse el espíritu que caracteriza la identidad de la Constitución italiana y la sitúa en una cierta familia de constituciones europeas de posguerra, en las que el principio de apertura del ordenamiento es un rasgo irrenunciable y forma parte del patrimonio identitario de esa generación constitucional.

Resumen

El autor analiza, en términos estrictamente jurídico-constitucionales, la viabilidad de la reforma del art. 11 de la Constitución italiana, que constituye la base del principio de apertura del ordenamiento jurídico, instrumento clave para la viabilidad del proceso de integración europea. En este sentido, recurre a la idea de identidad constitucional para establecer, en términos comparativos, la posibilidad, o no, de reformar el mencionado precepto y las posibles consecuencias que podría acarrear esta revisión respecto a la constitucionalización de la integración de Italia en la UE o, incluso, respecto a la producción de un hipotético Italexit.

Palabras clave

Cláusula de apertura, relación entre ordenamientos, integración europea, artículo 11, Constitución italiana.

Abstract

The author analyses, in strictly legal-constitutional terms, the viability of reforming art. 11 of the Italian Constitution, which constitutes the basis of the principle of openness of the legal system, a key instrument for the viability of the process of European integration. In this sense, he resorts to the idea of constitutional identity to establish, in comparative terms, the possibility, or not, of reforming the afore mentioned precept and the possible consequences

43 Se pueden encontrar indicios de esta hipótesis reconstructiva en A. PACE, «Morte di una Costituzione», *Giur. cost.*, 1999, pp. 1544 y ss.; y M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e variazioni*, Turín, 1997, p. 54.

that this revision could entail with respect to the constitutionalisation of Italy's integration into the EU or, even, with respect to the production of a hypothetical Italexit.

Keywords

Opening clause, relationship between legal systems, European integration, Article 11, Italian Constitution.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA DESDE 1948 HASTA HOY

Article 11 of the Constitution as the foundation of European integration from 1948 to the present day

YLENIA MARIA CITINO¹

Luiss Guido Carli University

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El debate en la Asamblea Constituyente.
3. Europa en el artículo 11 y sus primeras aplicaciones.
4. Variaciones sobre el tema de los límites sustantivos del artículo 11.
5. Las cuestiones pendientes: el valor del principio de participación en las organizaciones internacionales en la actualidad.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo aborda la cuestión de cómo leer el artículo 11 de la Constitución italiana como fundamento de la integración europea. Se trata de un tema clásico para la doctrina constitucionalista, sobre el que quizá merezca la pena detenerse de nuevo a la luz de las diversas crisis que han afectado al conjunto de la Unión en los últimos años, la más reciente la agresión rusa contra Ucrania².

Según una cita atribuida al propio Napoleón, que sin duda sabía un par de cosas sobre constituciones, una carta constitucional, para funcionar, debe ser «breve» y «oscura»³. Pues bien, el artículo 11 de la Constitución parece respetar estos cánones, ya que abarca una materia bastante vasta utilizando una elocución ambigua, que se

¹ ycitino@luiss.it.

² M. BENVENUTI, «Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni», *Osservatorio Costituzionale AIC*, núm. 3, 2022, p. 20-46: espec. 24 ss.

³ La cita está tomada del prefacio de A. VANDAL, *L'avvento di Bonaparte*, Milán 1931, II, p. 36.

ha prestado a diversas lecturas. Para comprender el texto, pues, conviene alejarse de la textualidad estricta y «bajar» al mundo empírico⁴. Así pues, no se puede prescindir de una reconstrucción adecuada en clave histórico-diacrónica.

En las páginas que siguen, por tanto, hemos optado por basarnos en las ya conocidas reflexiones realizadas por la doctrina para poner las cartas sobre la mesa. De este modo, será posible comprender si los desarrollos poco propicios mencionados al principio pueden arrastrar consigo ulteriores evoluciones exegéticas, dado que, parafraseando a Simone de Beauvoir, Italia no nació europea, sino que llega a serlo⁵.

2. EL DEBATE EN LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Los trabajos preparatorios de la Constitución son un punto de partida inevitable para adquirir importantes detalles sobre la intención original de los Padres Constituyentes; elementos que, inevitablemente, repercuten en la posterior aplicación de la propia norma. No se puede dejar de considerar, por ejemplo, la primera sesión —la del 3 de diciembre de 1946 en la Primera Subcomisión— en la que se debatió el tema, planteado por el artículo 5 del informe presentado por un joven profesor de Derecho Canónico, el diputado Giuseppe Dossetti (DC)⁶, y abordado con las siguientes palabras:

4 P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bolonia 2016, p. 10, lo reconoce ya desde las primeras páginas, admitiendo que la Constitución «no es reducible al canónico texto escrito», sino que es «el producto, en constante actividad vital, del entrelazamiento de muchos factores: el peso de la historia [...]; la acción de las fuerzas políticas [...]; la labor de los intérpretes [...]; el propio papel de las diversas circunstancias que empujan a esos actores que acabamos de mencionar a adoptar determinadas posiciones y determinadas decisiones». [traducido].

5 La referencia es al famoso adagio «On ne nait pas femme, on le devient», tomado de S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, París 1949, p. 13. El europeísmo italiano es, de hecho, un sentimiento contradictorio en sus inicios, aunque la Constitución que entró en vigor en 1948, si bien no contiene referencias expresas a la dimensión europea, nació sin embargo bajo el signo de la construcción europea, entre la que destaca el *Manifesto de Ventotene*, redactado por Altiero Spinelli, Ernesto Rossi y Eugenio Colorni durante la Resistencia. Véanse a este respecto las consideraciones de A. MANZELLA, «Il Manifesto della Costituzione», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2021, p. 965-969.

6 A.C., Primera Subcomisión, sesión del 3 de diciembre de 1946, 452. Véase también G. DOSSETTI, «Lo Stato come ordinamento giuridico e i suoi rapporti con gli ordinamenti. Libertà di opinione, di coscienza e di culto», *Informe presentado en la Primera Subcomisión*, en <https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/I_Sottocommissione/10nc.pdf>.

«El Estado renuncia a la guerra como instrumento de conquista o de ofensa a la libertad de otros pueblos.

El Estado admite, en condiciones de reciprocidad, las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la patria»⁷.

La autolimitación de la soberanía, propuesta esencialmente para facilitar el proceso de pacificación internacional, no encontró un acuerdo unánime entre los miembros de la Comisión⁸. De hecho, la formulación implicaba el reconocimiento por parte de Italia de la autoridad superior de la organización de las Naciones Unidas. El honorable Mario Cevolotto, venerable Maestro y exponente del Partido Laborista Democrático, denunció el riesgo de que ello no estuviera justificado si las ambiciones de tal entidad internacional fracasaban estrepitosamente⁹.

Otros, como el Sr. Camillo Corsanego (DC), señalaron que se trataba de «hacer una constitución moderna que rompiera por fin el círculo actual de orgullo y nacionalismo, y [fuera] una mano tendida hacia los demás pueblos»¹⁰. Del mismo modo, se dio una segunda razón para la idea de la autolimitación de la soberanía: Umberto Tupini (DC) observó que, además de la función pacifista, debía hacerse hincapié en el principio de colaboración entre las naciones¹¹. Para ello, decretando la prevalencia

7 Traducción de la autora.

8 Por otra parte, no había encontrado aprobación unánime en los trabajos de la Comisión de Estudios para la Reorganización del Estado, instituida por Decreto Legislativo núm. 435, de 31 de julio de 1945, con el fin de preparar los trabajos de la Asamblea Constituyente (la llamada Comisión Forti). En el Informe de la Primera Subcomisión, sobre «Problemas Constitucionales», si bien no se avanzaba ningún impedimento a la posible inclusión de ideales pacifistas, se expresaba, por el contrario, perplejidad sobre la conveniencia de incluir en la Constitución «declaraciones unilaterales más detalladas que pudieran implicar limitaciones a la soberanía». Véase COMISIÓN DE ESTUDIOS RELATIVOS A LA REORGANIZACIÓN DEL ESTADO, *Informe a la Asamblea Constituyente*. Tomo I. Problemas constitucionales, Organización del Estado, Roma, 1946, p. 11.

9 A.C., Primera Subcomisión, sesión del 3 de diciembre de 1946, p. 453. Esta posición reflejaba el pensamiento expresado en la Comisión Forti, cuyo informe manifestaba su preocupación «por la posición de subordinación del orden interno al internacional, que así se establecería: lo cual, hecho unilateralmente, terminaría por colocar a nuestro Estado en una condición de inferioridad frente a otros Estados». De ahí, presumiblemente, puede entenderse el germen de la expresión «condición de reciprocidad». Véase COMISIÓN DE ESTUDIOS RELATIVOS A LA REORGANIZACIÓN DEL ESTADO, *Informe, cit.*, p. 12.

10 *Ibidem*.

11 Se apartaron, por tanto, del párrafo 12 del preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que afirmaba que «sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix», sirviendo de modelo para la versión de Dossetti.

del frente posibilista, se antepuso a la expresión «defensa», la de «organización de la paz», lo que significaba una exaltación de la idea de organización, sintomática de la colaboración que se había producido.

Sin embargo, cuando, entre enero y marzo de 1947, el proyecto de constitución fue debatido en la Asamblea Plenaria, con un texto ligeramente modificado, comenzaron a surgir nuevas polémicas también con respecto a la idea de «renuncia a la guerra»¹².

Partiendo de la observación de que históricamente Europa había representado uno de los principales campos de batalla del mundo, escenario de continuas y desgastantes guerras impulsadas por políticas de poder, la declaración de Dossetti se inspiraba en un hito del creciente sentimiento pacifista: el preámbulo del Pacto Briand-Kellogg de 1928, que comprometía a los signatarios, entre ellos Italia, a «procéder à une franche renonciation à la guerre, comme instrument de politique nationale».

Francia, además, había promovido el principio de rechazo a la guerra de agresión desde la Constitución de 1791 que, aunque regulaba otros aspectos de la guerra bajo la rúbrica de «política exterior», limitaba su alcance en el Título VI, dedicado a las relaciones con las «naciones extranjeras». Aquí, de hecho, se afirmaba que «la Nation française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes, et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple». Una expresión luego eficazmente retomada por la Constitución española de 1931, cuyo artículo 6 afirmaba que «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional»¹³.

12 El texto sobre el que se debatía en la reunión plenaria del 24 de enero de 1947 era el Artículo 4 votado en la Comisión de los 75, fruto de la coordinación formal del Comité de redacción y que decía: «Italia renuncia a la guerra como instrumento de conquista o de ofensa a la libertad de los demás pueblos y permite, a condición de reciprocidad y de igualdad, las limitaciones de soberanía necesarias para una organización internacional que asegure la paz y la justicia para los pueblos».

13 Para un comentario coetáneo a la aprobación de la Constitución española de 1931, entre los clásicos que acogen positivamente el texto, véase B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «La nouvelle Constitution espagnole», *Revue politique et parlementaire*, 1932; C. D'ASCOLI, *La Constitution espagnole de 1931*, Paris, 1932. También considere el tratado sistemático de A. POSADA, *La nouvelle Constitution espagnole*, Librairie du Recueil, Paris, 1932 que, aun siendo optimista, afirma que no se podrá juzgar el texto apenas aprobado en aquel momento, sino cuando se hayan puesto en marcha el «moteur électoral» y el sistema de «freins et contrepoids» (cap. XIX); cf. el comentario técnico-jurídico de N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución de 1931* [1931], reeditado por Tecnos, 2021. Para una referencia específica al pacifismo y a las disposiciones de la Constitución española relativas al orden internacional, merece

Si en los años treinta tal declamación, de «renuncia» a una facultad que idealmente aún se consideraba perteneciente al Estado, no escandalizaba, el contexto era bien distinto, acompañando el final de dos sangrientas guerras mundiales y, por otra parte, el inicio de un proceso global de descolonización. Esta vez, en realidad, no tenía mucho sentido que un país como Italia, golpeado por el impacto negativo del conflicto y que había sido marcado por los oscuros veinte años de fascismo, se embarcara en la difícil tarea de restaurar su reputación en los ámbitos internacionales¹⁴. A nivel constitucional, se plasmó el compromiso de no emprender más campañas de conquista, lo que implicaba el reconocimiento implícito de sus propias culpas históricas. Estas culpas, sin duda, también eran compartidas por otros países europeos que no estaban exentos de responsabilidad¹⁵.

Por otra parte, sin embargo, ni siquiera se habría podido aceptar la «posición de neutralismo intransigente»¹⁶ que enmiendas como la del Sr. Arrigo Cairo (PSI) habrían querido sancionar, imponiendo la renuncia total a cualquier tipo de acción armada, incluida la defensiva¹⁷.

Para mediar, por tanto, la «renuncia» se convirtió en el conocido principio de «repudio» de la guerra, imponiendo una desautorización política, jurídica, pero también

ser señalado L. LEGAZ Y LACAMBRA, «Las garantías constitucionales del Derecho Internacional» (con especial referencia a la Constitución española, en *Revista de derecho público*, 2, 1933, p. 301 ss.; J.R. DE ORUE, «Preceptos internacionales de la Constitución española», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1932. Por último, en el proceso de gestación de la Constitución, es obligatorio hacer referencia a J. DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Ed. Reus, Madrid, 1932.

14 Basta pensar, por ejemplo, que en la recién creada Organización de las Naciones Unidas, Italia ya no estaba incluida entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, perdiendo ese estatus de gran potencia mundial sellado, en lugar de ser miembro del Consejo de la Sociedad de Naciones.

15 Véase, por ejemplo, el discurso del Sr. Crispo, A.C., sesión plenaria del 13 de marzo de 1947, p. 2036. Pero también la de Bencivenga, p. 2047, que señala el riesgo de interpretaciones desviadas del concepto de guerra, tendentes a poner excepciones a la disposición constitucional, como ocurrió en la tradición francesa posterior a la Constitución de 1848 (los pueblos libres no son pueblos sometidos a la monarquía, la guerra de conquista no es la destinada a asegurar las fronteras, etc.).

16 M. CARTABIA, *cit.*, p. 265.

17 Véase Asamblea Constituyente, sesión del 22 de mayo de 1947, p. 4173, donde, en relación con el examen del artículo 49 (futuro 52 de la Const.), Cairo presentó una enmienda para que el servicio militar no fuera obligatorio y que «La República, en el marco de las convenciones internacionales, aplicará la neutralidad perpetua».

moral de este instrumento¹⁸, confirmando el carácter garantista de la parte ordenadora de la Constitución, sustanciada por los numerosos contrapesos y salvaguardias.

En este sentido, por lo tanto, se ha sugerido que el interés primario en el rechazo de la guerra como opción estratégica del país —que también ha llevado, como han subrayado varios juristas, a una eliminación legal del concepto de «guerra», sustituido por sinónimos (hipócritamente) más compatibles con la evolución de los tiempos¹⁹— debe leerse necesariamente en combinación no solo con la parte restante del artículo 11, sino con el artículo 10 de la propia Constitución²⁰. Ambos, de hecho, diseñan no solo el perímetro de la proyección internacional de Italia, sino también las condiciones para la entrada del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico italiano²¹. Este proceso estaría, pues, enteramente sujeto a la referencia, con relevante significado, a la «limitación de la soberanía» a los fines de la paz y la justicia entre las naciones²².

18 Cf. la Constitución francesa de 1946, que declaraba en el párrafo 11 de su preámbulo que «la República francesa, fiel a sus tradiciones, se ajusta a las reglas del derecho público internacional. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple», con una fraseología que, posteriormente, no recogería la posterior Constitución de 1958. Sobre el significado constitucional de «repudio», véase M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Nápoles 2010, espec. p. 33 y ss.

19 G. DE VERGOTTINI, «Guerra e attuazione della Costituzione. Intervento al convegno “Guerra e Costituzione”», Roma 12 aprile 2003, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2003, disponible en línea <https://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20060811162245.pdf> (consultado el 27 de enero de 2023), p. 3; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali*, cit., p. 23.

20 Una línea entre cuyos partidarios se encuentran no solo juristas (por ejemplo, A. CASSESE, «Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblée Costituente», en U. DE SIERVO (ed.), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Bolonia 1980, II, p. 505-549 o, más recientemente, C. DE FIORES, «Il principio pacifista, la ratifica dei Trattati internazionali e la questione della NATO», *Democrazia e diritto*, 2, 2020, p. 53) sino también historiadores. Véase, por ejemplo, la reconstrucción de G. FORMIGONI, *Storia d'Italia nella guerra fredda (1943-1978)*, Bolonia 2016, p. 94.

21 Se trata, sin embargo, de una afirmación que parece refutar el Tribunal Constitucional, que, por el contrario, ha delineado repetidamente límites claros entre ambas normas. Piénsese, por ejemplo, en la sentencia núm. 146/1996, en la que el juez de leyes reiteró que «el artículo 10.1 de la Constitución, al referirse, a efectos de la adaptación del Derecho interno, a “las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas”, pretendía referirse únicamente a las normas internacionales de carácter consuetudinario y no a las de carácter pactado», mientras que el artículo 11 se refería a un ámbito de actuación distinto («las normas del Tratado de Roma constitutivo de las Comunidades Europeas»).

22 Una entrada que, ciertamente, se temía, ya que, como se deduce de la intervención del Hon. Pietro Mancini (PSI) en la sesión del 11 de diciembre de 1946 de la Primera Subcomisión, p. 476, el

A la luz de lo que se ha dicho, sigue siendo válida la definición atribuida por los juristas a este conjunto de artículos, que desde el principio habría asumido la apariencia de un principio «supranacional»²³ e «internacionalista»²⁴, por lo demás «supremo»²⁵. Sin embargo, también hay que estar dispuesto a aceptar las importantes consecuencias que, como se verá a lo largo de este trabajo, se asocian a esta calificación crucial.

3. EUROPA EN EL ARTÍCULO 11 Y SUS PRIMERAS APLICACIONES

Si se observa, por tanto, la versión final del artículo 11, resulta evidente el problema de identificar una conexión con la participación de Italia en la integración europea. La consagración constitucional de una dimensión supranacional que podría haber preparado el terreno para el complejo proceso de integración está, de hecho, ausente, y sin embargo esto no ha impedido que el artículo 11 se eleve a la categoría de una verdadera «cláusula» llamada, precisamente, «europea». Para encontrar una explicación, no basta con afirmar que la mayoría de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial estaban dotadas de tales enunciados genéricos, ya que, a diferencia de Italia —con algunas excepciones justificables como Luxemburgo, Dinamarca o los Países Bajos—, en los distintos Estados Miembros se llevaron a cabo progresivamente reformas constitucionales para insertar, de forma más o menos directa, nuevas cláusulas que autorizaban o reconocían la adhesión a las entonces Comunidades Europeas²⁶.

riesgo de abrirse a la adaptación automática del derecho de gentes se plasmaba en el hecho de que éste había sido sustituido por el «derecho del vencedor sobre el vencido». Por otra parte, la afirmación oracular del Honorable Mario Zagari (socialista), que tomó la palabra en sesión plenaria para afirmar que «no solo Italia consiente limitaciones de soberanía; Italia quiere estas limitaciones de soberanía. Es Italia la que tiene conciencia de un nuevo orden pacífico». Asamblea Constituyente, discurso del Honorable Zagari, sesión del 24 de marzo de 1947, 2430.

23 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, I, p. 158.

24 Cf. U. ALLEGRETTI, «Costituzione italiana e dimensione internazionale», *Democrazia e diritto*, 1994, p. 95-109; C. DE FIORES, *Il principio pacifista*, cit., p. 53; M. GALDI, «“Tra pace e guerra”: i principi fondamentali della Costituzione come valori di pacificazione», *Federalismi.it*, núm. 2, 2023, p. 78-103, p. 87.

25 U. ALLEGRETTI, *Costituzione*, cit., pp. 99 ss.

26 Sobre el tema, véase ampliamente M. CLAES, «Constitutionalizing Europe at its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology», *Yearbook of European Law*, vol. 24, núm. 1, 2005, pp. 81-125; L.F. M. BESSELINK *et al.*, «National Constitutional Avenues for Further EU Integration», Parlamento Europeo, DG de Políticas Internas, 2014;

Para contrarrestarlo, una vez más se pueden encontrar interesantes reflexiones en los trabajos preparatorios, de los que se pueden extraer no menos de dos enmiendas destacadas. Retiradas antes de ser sometidas a votación, dejaron sin embargo una huella indeleble en la sinopsis constitucional. La primera, presentada en la Comisión del 75 y firmada por D. Emilio Lussu (fundador del Partido de Acción Sarda y el único de los padres constituyentes citados que no era jurista, sino militar)²⁷, pretendía vincular las limitaciones de la soberanía a una organización «europea e internacional». La segunda, presentada dos meses después en el Pleno por Celeste Bastianetto (DC), quería plantear la cuestión de Europa desde la perspectiva ideológica y quizás utópica de su «unidad»²⁸.

La respuesta del Presidente de la Comisión, Meuccio Ruini, a Bastianetto ilustra bien cómo esta formulación, ciertamente fruto de una «aspiración muy italiana», no fue aceptada: existía, por una parte, la necesidad de no limitar el discurso irenista a las fronteras europeas, ya que otros continentes «como América [...] desean participar en la organización internacional»²⁹. Por otra parte, se trataba de llegar a un acuerdo sobre el texto final del artículo que, «sin excluir la formación de relaciones más estrechas en el marco europeo, no constituye una limitación»³⁰.

Si la práctica de la aplicación ha exaltado entonces la vocación europea no expresada del artículo 11 —según algunos, forzando su campo de aplicación hasta el límite—, ello no se deberá, como podría inducirse a pensar simplistamente, a la ausencia de referencias constitucionales más preguntantes³¹. Y lo que es más grave,

N. LUPO, «Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana», *Torunskie Studia Polsko-Włoskie*, 2022, p. 187-208.

27 A.C., Comisión de Constitución, enmienda del Sr. Lussu (retirada), sesión del 24 de enero de 1947, p. 166.

28 Asamblea Constituyente, sesión plenaria, enmienda del Sr. Bastianetto, sesión del 24 de marzo de 1947, p. 2431.

29 *Ibidem*, p. 2433.

30 *Ibidem*.

31 Tanto es así que la introducción del apartado 1 del artículo 117 de la Constitución, como consecuencia de la reforma del Título V, no desbancó la preeminencia del artículo 11, sino que, por el contrario, fue acompañada de una lectura devaluadora. Ello se explica por su ubicación en la segunda parte relativa a las Regiones, Provincias y Municipios, así como por su tenor de límite a la función legislativa estatal, más que de garantía de alcance general para la entrada de normas internacionales y comunitarias. Sobre el tema, véase C. PINELLI, «I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario», *Foro italiano*, V, 2001, p. 194 ss; E. CANNIZZARO, «La riforma “federalista” della Costituzione e gli obblighi internazionali», *Rivista di diritto internazionale*, núm. 4, 2001, p. 923.

no encontró ningún obstáculo dada la apertura del ordenamiento jurídico italiano a la comunidad internacional, cuyo centro gravitatorio es sin duda el continente europeo³². El enfoque seguido por el constituyente, por tanto, abarcaba una visión holística pero sin duda atormentada de la política exterior de Italia³³: una «Cenicienta de Europa» —por tomar prestado el epíteto de Varsori—, un país que aspiraba a desempeñar un papel internacional pero que con demasiada frecuencia se veía condicionado por frágiles equilibrios internos y que, por tanto, solo adquiriría conciencia de su lugar europeo poco a poco³⁴.

El hecho importante que se desprende de los trabajos preparatorios es, como se acaba de demostrar, que el proceso de europeización, aunque no se mencione explícitamente, no había escapado al discurso de los constituyentes³⁵. Antes bien, se había dejado de lado sin excluirlo en modo alguno («no se excluye la formación de relaciones más estrechas en el ámbito europeo», se dijo en el debate³⁶), lo que contradiría la interpretación historiográfica generalizada según la cual la citada propuesta del

32 G. LEVI, *L'europeismo ai tempi dell'Assemblea costituente*, Milán 2020, p. 100 y ss. Sin embargo, según N. CATALANO, «Alcance del art. 11 de la Constitución en relación con los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas», *Il Foro italiano*, núm. 1, 1964, p. 465 y ss., una correcta interpretación del art. 11 tiene en cuenta el hecho de que fue concebido pensando en la adhesión de Italia a las Naciones Unidas, ya que en aquel momento el ideal federativo europeo era solo un espejismo utópico. Así, también G. BIANCO, «Sopranazionalità, sovranità divisa e pluralità degli ordinamenti giuridici», en *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea. Atti della conferenza di studio. Alghero, 5-6 de octubre de 2001*, Turín 2002, pp. 203-209, p. 204, basándose principalmente en L. PALADIN, «I "principi fondamentali" della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 4, 1997, p. 3058 y en E. CANNIZZARO, «Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea», *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 118.

33 Cf. G. MAMMARELLA, P. CACACE, *La politica estera dell'Italia: dallo Stato unitario ai giorni nostri*, Laterza, Bari-Roma, 2010, II ed., p. 159 que subraya que «la presencia preponderante de fuerzas políticas que se inspiran en valores irreconciliables entre sí hace imposible la definición de orientaciones concretas de política exterior».

34 Véase A. VARSORI, *La Cenerentola d'Europa? l'Italia e l'integrazione europea dal 1947 a oggi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.

35 En este sentido también L. GIANNITI, «I costituenti e l'Europa», *Federalismi.it*, núm. 16, 2018, p. 1-12, p. 6; N. LUPO, «L'art. 11 della Costituzione e l'appartenenza dell'Italia all'Alleanza atlantica», en *Il Filangieri. Quaderno 2022. Costituzione e relazioni internazionali*, 2023, pp. 19-36, p. 27; y A. CASSESE, «Art. 11», en *Comm. cost. Branca*, Bolonia-Roma 1975, 578.

36 Asamblea Constituyente, Pleno, sesión del 24 de marzo de 1947, discurso del Presidente Terracini, p. 2433.

Sr. Bastianetto, presentada durante la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente, se había retirado únicamente porque «no había encontrado a nadie que apoyara su enmienda sobre la posible cesión de soberanía en favor de la integración europea»³⁷.

Tales conclusiones se explican teniendo en cuenta de que los primeros años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución representaron un período en el que el razonamiento sobre Europa como proyecto político concreto estuvo a menudo —en Italia como en los otros futuros seis Estados fundadores— en el centro del debate político, dado que se trataba de «una fase en la que la integración europea no parecía ser todavía una opción política viable, al menos no en un futuro inmediato»³⁸. En el plano estrictamente político, en efecto, la inspiración antifascista que en la inmediata posguerra había actuado como aglutinante de la redacción de la Carta se desmoronaba y así, por citar una metáfora de Paolo Pombeni, «nada más nacer, la Constitución se encontró no solo huérfana de padres, sino disputada entre padres adoptivos que querían alejarla de sus raíces»³⁹.

El clima de deslegitimación recíproca de los partidos políticos provocó importantes consecuencias en el plano jurídico, pues a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1948, que declaró «*programmatica o direttiva*» una norma de primera importancia como el artículo 25 de la Constitución «*data la sua manifesta incompletezza*»⁴⁰, se planteó la cuestión del carácter programático de diversos artículos de la Constitución. Ilustres autores empezaron a apropiarse del silogismo

37 P. PASTORELLI, *Il ritorno dell'Italia nell'Occidente: racconto della politica estera italiana dal 15 settembre 1947 al 21 novembre 1949*, Milán 2009, p. 102. Del mismo modo, G. MAMMARELLA y P. CACACE, *La politica estera dell'Italia*, cit., p. 160, sostienen apresuradamente que, en referencia a la segunda parte del art. 11, «los constituyentes pretendían referirse principalmente a las Naciones Unidas más que a las organizaciones europeas, que aún no existían salvo en los programas y esperanzas de los movimientos federalistas».

38 G. D'OTTAVIO, «Il discorso politico sull'Europa nell'immediato dopoguerra (1945-1947)», en G. BERNARDINI et al. (eds.), *L'età costituente, Italia 1945-1948*, Bolonia 2017, p. 399.

39 P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, cit., 302, quien explica cómo las fuerzas conservadoras hicieron hincapié en las críticas ya formuladas durante el debate en la asamblea constituyente, con el objetivo de detener el desarrollo práctico de aquellos artículos a los que no habían logrado oponerse suficientemente en la fase de redacción. Por otro lado, las fuerzas de la izquierda que fueron excluidas del debate y del gobierno «impulsaron el axioma de que la constitución no podía aplicarse sin ellas (de lo contrario habría sido una aplicación falsa)».

40 «Casación, división criminal, sentencia de 7 de febrero de 1948», *Il Foro italiano*, vol. 71, núm. 2, 1948, pp. 57-64, con comentario de G. AZZARITI, *La retroattività di leggi penali anteriori alla nuova Costituzione*, en *idem*.

para devaluar —al igual que otras partes de la Constitución— aquellos enunciados del artículo 11 que parecían imponer una obligación positiva pero indefinida al Estado, salvando en su lugar la parte inicial sobre el «repudio de la guerra».

Así, la vocación idealista y noble —casi cortesana— que caracteriza el triple enunciado del artículo 11 en el texto que todos conocemos no ha ayudado a la comprensión común de la prescriptividad jurídica de la fórmula. Su primera aplicación coincidió con la apertura de una segunda «fase constituyente»⁴¹. Ya en 1948, como señala un amplio estudio de Fusaro⁴², la Constitución sufrió una revisión de facto con la disolución anticipada del Senado para igualarlo a la duración del mandato de la Cámara de Diputados⁴³ y, al mismo tiempo, se planteó un replanteamiento del bicameralismo mediante la creación de una «Comisión de estudio sobre la modificación de la composición del Senado». Estos elementos son, por lo tanto, indicadores valiosos para juzgar lo difícil que fue consolidar la certidumbre y el reconocimiento de las disposiciones contenidas en muchas normas jurídicas de la nueva Constitución. Nada más aprobarse, muchas de sus partes ya estaban siendo cuestionadas debido a la acentuación de las fragmentaciones políticas de la época, hasta entonces latentes. Las incertidumbres sobre el futuro corrían el riesgo de desgastar ese consenso social que es la pieza esencial de la prescriptividad jurídica.

No hay que olvidar, además, que el panorama mundial se caracterizaba por el progresivo despliegue del orden bipolar producido por la Guerra Fría: entre muchas vacilaciones, Italia aceptaba entrar en la órbita de influencia atlántica, apoyando la estrategia estadounidense de aislamiento del bloque comunista en expansión (*containment*)⁴⁴.

La posterior propuesta estadounidense de establecer un Programa de Recuperación Europea (o Plan Marshall), para ser entregado a cambio de una decidida agenda político-económica europea, habría contribuido a la reconstrucción de Italia, así como de otros países de Europa occidental⁴⁵.

41 G. FORMIGONI, *Storia d'Italia*, cit., p. 87.

42 C. FUSARO, «Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)», *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, núm. 2, 2015, p. 431-555, p. 441.

43 Hubo que esperar hasta la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1963, núm. 2, para un reconocimiento formal de la práctica.

44 Que se recuerden los efectos del discurso pronunciado en el Congreso americano por el entonces presidente Truman en marzo de 1947 («Doctrina Truman»). G. FORMIGONI, *Storia d'Italia*, cit., p. 107.

45 La primera organización europea creada después de la Segunda Guerra Mundial fue la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), creada en París el 16 de abril de 1948. A.

Pero tenía un precio que pagar: puesto que, en el plano político interno, esta elección de campo parecía reforzar el mantenimiento de la *conventio ad excludendum*, también condicionaba aún más el escenario constitucional al plantear el tema de la integración europea y hacer que el debate sobre la rehabilitación italiana se agudizara en una fase de florecientes iniciativas internacionales⁴⁶.

Respecto a las «implicaciones europeístas» del Plan Marshall, de hecho, destacados exponentes del mundo político y diplomático tenían fuertes sospechas⁴⁷.

Así, la desorientación provocada por la negativa de De Gasperi a la petición angloamericana de adhesión a la recién constituida Unión Europea Occidental (UEO), con funciones de asistencia militar recíproca, condicionó la posterior adhesión al Pacto Atlántico en 1949, una adhesión «sufrida», durante la cual se hizo pública la primera pertenencia «europea». Ahí, surgió la primera oportunidad útil de aplicar el Artículo 11.

Los historiadores han opinado que el artículo no se tuvo en cuenta, creyendo que la OTAN no implicaría «limitaciones de la soberanía». Sin embargo, un examen de los trabajos preparatorios de la ley de ratificación revela que, por el contrario, sí entró en el debate. Era necesario examinar si la pertenencia de Italia a una organización militar defensiva —pero dotada de una obligación de asistencia mutua dictada por el automatismo del artículo 5 del propio Pacto— no violaba el compromiso de pacifismo e implicaba una compresión de la discrecionalidad constitucional de las decisiones en materia de defensa. Años más tarde, la jurisprudencia reconoció la función primordialmente defensiva de la organización, afirmando que «la actividad de la OTAN, en la medida en que se dirige a asegurar la defensa militar de los Estados de la Alianza Atlántica en su conjunto y de cada uno de ellos en particular [...] debe considerarse como la realización de actividades para la ejecución de un interés de preeminente importancia constitucional» compatible con el artículo 11 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, por su parte, nunca ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, mientras que sí lo ha hecho en relación con el

COLOMBO, «Europa: la lunga marcia di un'idea», *Il Politico*, núm. 2, 1986, 169-180, no oculta su escepticismo sobre la contribución de las pequeñas organizaciones sectoriales al proyecto de unificación europea, que no es viable si los Estados miembros no están dispuestos a renunciar a parte de sus poderes de decisión. Sobre el tema, véase también la reconstrucción rápida pero cuidadosa de M. AGNOLI, «Dalla Organizzazione europea di cooperazione economica all'Unione europea», *L'Amministrazione italiana*, núm. 1, 2005, p. 70-73.

46 L. GIANNITI, *I costituenti e l'Europa*, cit., p. 4.

47 A. VARSORI, *La Cenerentola d'Europa?*, cit., p. 43, que cita, por ejemplo, al influyente embajador Pietro Quaroni, en aquella época en servicio en París.

CEDH, descartando que el carácter de pacto pueda basarse en el art. 11, ya que no exigiría en sí mismo limitaciones de soberanía.

Por otra parte, en relación con el florecimiento de las iniciativas proeuropeas, la aplicabilidad del artículo 11 a la autorización para ratificar y transponer el Tratado CECA en 1952 no estuvo exenta de críticas, por considerar que se habría tratado de una lectura excesivamente amplia de la norma. A partir de este precedente surgió un primer problema de orden jurídico, relacionado con el tipo de fuente y el procedimiento a seguir para dar forma a las «limitaciones de soberanía» a través de la participación en organizaciones internacionales previstas por el artículo. Esta cuestión se planteó no tanto en relación con los simples tratados internacionales, que debían autorizarse por ley ordinaria siguiendo las condiciones establecidas en el artículo 80 de la Constitución, sino más bien en relación con los ulteriores tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CEE y Euratom)⁴⁸. De hecho, el proceso de integración habría tenido consecuencias mucho más profundas en el orden constitucional, afectando al reparto de competencias previsto por la Constitución.

Como es bien sabido, el incipiente debate enfrentaba dos tesis opuestas: una sostenía que era más correcto proceder a la aprobación de un acto específico de tipo constitucional⁴⁹, ya que los tratados europeos habrían supuesto limitaciones de la soberanía muy distintas de las limitaciones «normales» permitidas por el artículo 11 en virtud de acuerdos internacionales. La otra, a falta de mayores precisiones, consideraba suficiente la ratificación y la recepción mediante ley ordinaria, respaldada en una norma constitucional que diera «cobertura» a la operación⁵⁰. Sabemos que fue la segunda tesis la que prevaleció, con la simple aprobación de un orden del día por la mayoría con ocasión de la ratificación del Tratado CECA, confirmada posteriormente por el Tribunal Constitucional tanto en la sentencia núm. 14 de 1964 como en la posterior núm. 183/1973. Igualmente interesantes son los debates para la ratificación de los tratados CEE y CEEA, durante los cuales surgió, como ilustra Bartolè, una cierta «cautela» por parte de la mayoría a la hora de admitir las limitaciones de soberanía derivadas de los nuevos tratados. Cautela que, sin embargo, como él

48 M. MIELE, «L'esecuzione nell'ordinamento italiano degli atti internazionali istitutivi della Comunità europea e dell'Euratom», *Diritto internazionale*, 1961.

49 A. CASSESE, *cit.*, p. 584.

50 Tesis sostenida, antes de la sent. núm. 14/1964, por N. CATALANO, «L'inserimento diretto della normativa comunitaria negli ordinamenti giuridici degli Stati membri», *Quaderni dell'Università di Ferrara*, 1961 y luego reiterada por *Idem*, «Portata dell'art. 11», *cit.*, p. 465 ss.; A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli stati membri*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 132.

mismo señala, no debía atribuirse a un «retroceso real respecto a las posiciones más valientes adoptadas sobre la interpretación del artículo 11 de la Constitución durante los debates de 1952», sino más bien al hecho de que el debate se centró más en las cuestiones económicas y sociales que en las jurídicas.

El carácter «abierto» del enunciado, sin embargo, sentó las bases para una evolución del proceso de construcción europea que implicaba una transferencia incremental de competencias: por ello, en esta primera fase se articuló principalmente como una norma «permisiva» o «procesal», constituyendo una válvula de entrada del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico italiano en una posición privilegiada respecto al Derecho internacional regulado por el art. 10⁵¹.

El panorama comparado ofrecía casos de países que estaban adaptando sus constituciones para incluir el llamado *Europe-Artikel*⁵²: según los casos, requerían pasar por revisiones constitucionales para transponer tratados adicionalmente condicionantes de la soberanía, confiriendo, además, una renovada centralidad al Parlamento y/o al cuerpo electoral.

En Italia, cabe recordar que una norma similar fue debatida en los trabajos de la Comisión Bicameral «D'Alema» de 1997, donde se formuló el texto de un nuevo artículo 114. La norma, de haber sido aprobada, habría agravado, según el punto de vista, el proceso de integración europea debido a la introducción de un procedimiento especialmente estricto⁵³, o bien habría puesto de relieve la dimensión internacionalista de la Constitución al contrastarla con el refuerzo de la soberanía nacional⁵⁴. Con el fracaso de la reforma de 1997, las primeras revisiones importantes que «constitucionalizaron» Europa se produjeron con la reforma del Título V en 2011, sin perjuicio de la referencia menor introducida por la Ley Constitucional núm. 1 de 22 de noviembre de 1999.

51 Así en el sent. 14/1964 y N. CATALANO, «Portata dell'art. 11», *cit.*, p. 470.

52 Entre los primeros en estudiarlo, P.F. LOTITO, «Integrazione comunitaria e regole costituzionali: gli esempi di Francia, Germania e Spagna», *Quaderni costituzionali*, 1993, p. 155 ss.

53 El texto del artículo 114 decía: «[...] Se puede permitir la limitación de la soberanía por ley aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. La ley se somete a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, un tercio de los miembros de una Cámara u ochocientos mil electores o cinco Asambleas regionales lo solicitan. La ley sometida a referéndum no se promulga si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos».

54 U. ALLEGRETTI, P. CARETTI, «Riforma costituzionale, globalizzazione, “treaty-making power” e partecipazione italiana al processo di integrazione europea», *Diritto pubblico*, núm. 3, 1997, 671 y ss. Para una reconstrucción del debate, en general, véase C. CURTI GIALDINO, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1998.

Desde Maastricht, la «paradoja» del artículo 11 se ha hecho cada vez más evidente: las limitaciones de la soberanía han sido permitidas por ley ordinaria. Al mismo tiempo, la integración europea ha progresado considerablemente, de modo que el ordenamiento constitucional y el propio principio de separación de poderes han salido profundamente alterados sin pasar por el artículo 138 de la Constitución, ni dar cabida a referendos. La transferencia de competencias a la Unión no se tradujo en una simple puesta en común de su ejercicio, puesto que las decisiones producidas en los foros europeos ya no eran directamente imputables a los Estados. Al contrario, se delegó en las instituciones de la Unión un verdadero poder de dirección política, junto al circuito regulado por la propia Constitución.

4. VARIACIONES SOBRE EL TEMA DE LOS LÍMITES SUSTANTIVOS DEL ARTÍCULO 11

Como hemos visto, el problema de la cobertura constitucional prevista en el artículo 11 surgió con toda su gravedad en el momento en que se hizo patente la certeza de que la integración europea ya no era un mero modo de colaboración intergubernamental que podía encuadrarse, aunque con algunas tensiones, en el paradigma de la soberanía estatal en sentido clásico, sino que evolucionaba hacia algo más estricto. El inicio del proceso constituyente a escala europea fue testigo de este cambio, que no se vio interrumpido por el fracaso del proyecto de Tratado por el que se adoptaba una Constitución para Europa⁵⁵. En todo caso, había sufrido un revés temporal.

De hecho, el río cárstico que corroía la idea tetrágona de soberanía ya había surgido: en palabras de Cannizzaro, «se estaba desarrollando un fenómeno extraño y singular. Un fenómeno de ejercicio de poderes soberanos fuera de la forma del Estado»⁵⁶, que penetraba, como hemos visto en los últimos años, incluso en el corazón mismo de la constitución económica⁵⁷.

55 Como es bien sabido, fue redactado en 2003 y aprobado por el Consejo Europeo el 18 de junio de 2004. El texto dio lugar al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, publicado en el DO C 310 de 16 de diciembre de 2004. Sin embargo, el proceso de ratificación se vio interrumpido por los resultados negativos de los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos en 2005.

56 Así E. CANNIZZARO, «Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea», en *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2000, p. 241-265, p. 242.

57 L. BARTOLUCCI, «Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle “clausole europee” dalla Costituzione», *www.osservatoriosullefonti.it*, núm. 3, 2018, p. 1-14. Véase también P. BILANCIA, *Mo-*

El punto que, tal vez, ha suscitado más debate no se refiere tanto a la dimensión procedimental que acabamos de describir como a los límites sustantivos del art. 11. De hecho, el artículo no define el contenido de las «limitaciones de soberanía» constitucionalmente aceptables y los propios trabajos preparatorios no proporcionan ninguna pista sobre si esta omisión fue intencionada o no⁵⁸.

Pueden articularse dos conjuntos diferentes de preguntas sobre el tema. En primer lugar, es necesario examinar si la matriz de esta expresión puede situarse «entre los opuestos de “constitucionalmente prohibido” y “constitucionalmente debido”»⁵⁹, es decir, entre «los muchos espacios que la Carta republicana de 1947 deja a la política, es decir, a lo “constitucionalmente posible”»⁶⁰ o si, de otro modo, consideraciones de carácter sistemático permiten derivar pautas para fundamentar las limitaciones mencionadas, llenándolas de contenido.

En segundo lugar, es necesario localizar los «pilares hercúleos» de la integración europea, más allá de los cuales la Constitución ya no puede ser empujada y «estirada», un problema abordado por la jurisprudencia con el concepto de contralímites. Se trata de cuestiones desarrolladas por una literatura muy rica de la que no se puede dar cuenta exhaustivamente: se intentará, por lo tanto, menos ambiciosamente, proporcionar los aspectos más importantes en el intento de reconstruir el artículo 11 a la luz del contexto actual.

4.1. Los «límites de la soberanía»: ¿un sein en el espacio vacío de lo constitucionalmente posible o una cláusula que encuentra guías seguras en el *sollen* constitucional?

En cuanto al primer punto de reflexión, hay que decir que la lectura de la declaración se ha ido concretando con el tiempo. De hecho, una tesis anterior matiza las

dello economico e quadro costituzionale, Torino 1996, quien en la p. 208 cuestiona la diferente implicación de la idea de limitaciones y cesiones de soberanía.

58 En este sentido, también L. PALADIN, «I “principi fondamentali”», *cit.*, p. 3055. Sin embargo, para A. CASSESE, «Art. 11», *cit.*, p. 579, la no objeción de dos discursos en los trabajos preparatorios adquiriría un significado importante. El eminente jurista recuerda, en particular, la del Honorable Cevolotto que citó «los puertos y aeródromos» como ejemplo de limitación de la soberanía (Primera Subcomisión, sesión del 3 de diciembre de 1946, p. 453); así como la del Honorable Bastianetto que afirmó que al estipular la Carta de la ONU «las Naciones Unidas han renunciado a una parte de su soberanía» (Asamblea Constituyente, sesión plenaria, sesión de la tarde del 24 de marzo de 1947, p. 2434).

59 M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali*, *cit.*, p. 30.

60 *Ibidem*.

limitaciones en un sentido «genérico» y «a-técnico». Según la concesión inherente al artículo 11, el Estado puede determinar libremente cuándo y si se somete a «limitaciones internacionales amplias y penetrantes»⁶¹. Esto se haría mediante la «asunción de obligaciones jurídicas que impliquen una limitación de la libertad de los Estados contratante»⁶², a condición de que se alcancen los objetivos de paz y justicia y actuando estrictamente en pie de igualdad⁶³. Una elección, por tanto, que se desarrolla en el mundo del ser jurídico (*Sein*), cuya dimensión podría ampliarse o reducirse discrecionalmente en los espacios no ocupados por las normas, principios o valores constitucionales. Gradualmente, sin embargo, se afirma la idea opuesta de limitaciones en sentido «técnico», que implican la cesión de cuotas de soberanía sobre la base no de opciones oportunistas, sino dictadas por la pertenencia a instituciones internacionales o supranacionales. Tales limitaciones admitirían por tanto excepciones sobre la titularidad del ejercicio del poder legislativo, judicial e incluso ejecutivo⁶⁴. Una consecuencia de esta concepción opuesta es que se basa en el deber-ser jurídico (*Sollen*), lo que parece corroborado por una jurisprudencia constitucional constante, empezando por la sentencia núm. 183/1973⁶⁵.

61 A. CASSESE, «Art. 11», *cit.*, p. 579. En el mismo sentido, G. BIANCO, *Sopranazionalità*, *cit.*, p. 205, para quien el artículo 11 habla de «limitaciones» y no de «transferencias». De ello se seguiría que las transferencias de soberanía efectuadas a las Comunidades Europeas, en opinión del autor, «no coinciden perfectamente con la letra del artículo 11 de la Constitución».

62 A. CASSESE, «Art. 11», *cit.*, p. 579.

63 La exigencia de una participación equivalente de los Estados es considerada con mucha atención en la literatura contemporánea a la aprobación de la Constitución. Cf., por ejemplo, A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milán, Giuffrè, 1948, p. 47, quien explica cómo para que esté «ausente cualquier aspecto de lesión de la propia soberanía [...] puede cumplirse si la disminución de soberanía se realiza en medida equivalente para todos, de modo que la condición inicial y originaria de igualdad entre los Estados participantes continúe vigente en el sistema de coordinación».

64 La idea de soberanía en sentido técnico es desarrollada en disensión deferente de la sentencia 183/1973 del Tribunal Constitucional por N. CATALANO, «Portata dell'art. 11», *cit.*, pp. 467 y 470, definiendo las limitaciones a la soberanía como implicando no meras obligaciones o compromisos en el plano internacional, sino verdaderas «modificaciones implícitas de la Constitución», «derogaciones de preceptos constitucionales».

65 El Tribunal afirma (párrafo 5, dir.) que la fórmula «limitaciones de la soberanía» «legitima las limitaciones de los poderes del Estado en cuanto al ejercicio de funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, tales como eran necesarias para el establecimiento de una Comunidad entre los Estados europeos, es decir, de una nueva organización interestatal, de tipo supranacional, de carácter permanente, con personalidad jurídica y capacidad de representación internacional». Una teoría que más tarde encontraría un firme asidero en las conceptualizaciones internacionalistas, sobre las que, por

Debe hacerse especial hincapié en la sentencia núm. 443/1997, en la que el Tribunal esboza la implicación de este postulado. Precisa que «ese espacio de soberanía que el derecho comunitario deja libre al Estado italiano no puede resolverse en la pura autodeterminación estatal o en la mera libertad del legislador nacional, sino que está destinado a ser llenado por los principios constitucionales». De este modo, el juez de leyes constata la existencia de directrices constitucionales que pueden conducir tanto a la especificación del contenido del artículo 11 como a su delimitación.

Hoy en día, por tanto, podría decirse que la transformación en curso del significado y del valor atribuidos al artículo 11 extrae su fuerza del cambio de significado que ha llegado a asumir la soberanía estatal: de absoluta, se ha ido redimensionando gradualmente para incorporar tanto la finalidad de cooperación pacífica entre las naciones como la finalidad —menos célebre— de «justicia»⁶⁶. No solo eso, precisamente los elementos más característicos de la soberanía «a la antigua», marcada por una concepción «estadocéntrica» de claro residuo decimonónico tardío, desaparecen, o al menos se difuminan, a la luz de la incrustación con el sistema de competencias transferidas a la Comunidad Europea, primero, y a la Unión, después, dando lugar a una soberanía «compartida»⁶⁷. Así, existe una lectura más reciente que tiene en cuenta estos aspectos, intentando actualizar y modernizar la fórmula del 1948⁶⁸.

Las limitaciones de la soberanía podrían, de hecho, interpretarse como un producto indefectible del principio de participación en las organizaciones internacionales, llegando a teorizar un valor no sólo permisivo de la afirmación que nos ocupa, sino también prescriptivo⁶⁹. De este modo, la posibilidad de pertenecer a organizaciones que persiguen los objetivos constitucionales declarados dejaría de estar en

ejemplo, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Nápoles, 5ª ed., 1989.

66 U. ALLEGRETTI, *Costituzione*, cit., p. 102.

67 Sobre el tema de la soberanía compartida, véase M. CARTABIA, «The legacy of sovereignty in Italian constitutional debate», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in transition: essays in European law*, Hart 2006, p. 321; S. CASSESE, «Stato in trasformazione», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 2016, p. 331-345; A. RUGGERI, «L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il "valore" della Costituzione», en A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma 2014, p. 473 ss. *Idem*, «Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovrerosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici», *Federalismi.it*, núm. 11, 2016, p. 1-34; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006, espec. p. 361 ss. Para una tesis ligeramente diferente de una soberanía «dividida», véase G. BIANCO, *Sopranazionalità*, cit., p. 206.

68 N. LUPO, «Clausole "europee"», cit., p. 197.

69 N. LUPO, «L'art. 11 come "chiave di volta"», cit., p. 24.

manos de las opciones discrecionales del circuito gubernamental-parlamentario. Se alejaría de las pasiones políticas del momento para inscribirse, en cambio, en el marco de las opciones «al menos incentivadas» por la Constitución⁷⁰. Esta tesis se basa en un doble razonamiento: por un lado, la no pertenencia de Italia a organizaciones como la ONU o la UE habría supuesto sin duda la no consecución de los objetivos previstos por el artículo 11 en su totalidad; por otro lado, cualquier rescisión posterior de la relación de pertenencia pondría en peligro la realización continuada de los objetivos constitucionales mencionados.

En el caso de las Naciones Unidas, esto se explica fácilmente por la consideración de que, salvo tres excepciones⁷¹, no hay país en el mundo que no sea miembro de ella: quedar excluido de la misma supondría la imposibilidad misma de participar en los procesos de toma de decisiones más significativos de la diplomacia mundial, lo que conduciría a la exclusión de facto de la comunidad del derecho internacional⁷². Consecuencias de este tipo las está sufriendo ahora, por ejemplo —aunque a menor escala—, la Federación Rusa, que fue expulsada del Consejo de Derechos Humanos de la ONU por una decisión histórica de la Asamblea General⁷³, al igual que ocurrió en su día con la Libia gobernada por Muammar Gaddafi.

En el caso de la Unión Europea, podría argumentarse que se creó principalmente con fines de cooperación económica, cumpliendo los ideales de paz y justicia del

70 *Ibidem*, 25. También A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea», *Federalismi.it*, núm. 12, 2019, p. 1-30, p. 9 que habla de «pertenencia necesaria».

71 Como es bien sabido, ni Palestina ni el Vaticano son miembros de pleno derecho de la ONU, sino que participan como observadores. Distinto, y doloroso, es el caso de Taiwán, que, tras haber sido miembro permanente del Consejo de Seguridad como territorio de la República de China hasta 1971, se enfrenta hoy al veto infranqueable de la República Popular China, que le sucedió en el poderoso foro mundial.

72 Y, sin embargo, hay que recordar cómo ilustres autores, aun reconociendo que el artículo 11 de la Constitución se inspiraba en la participación en las Naciones Unidas, han descartado contradictoriamente que la participación de Italia en la ONU supusiera «limitaciones a la soberanía». Así, por ejemplo, L. PALADIN, «I "principi fondamentali"», *cit.*, p. 3056. Sin embargo, más adelante, en la p. 3058, el propio Paladin reconoce que «la soberanía italiana se ha visto doblemente erosionada: tanto porque el ejercicio real de la misma, en lo que se refiere a la defensa del país, se ha traspasado a las estructuras de la OTAN desde hace varias décadas; como porque —sola— Italia seguiría siendo incapaz de reaccionar ante una agresión por parte de Estados militarmente equipados».

73 Véase UN GA, Resolution ES-11/3, *Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council*, 7 de abril de 2022, disponible en línea <<https://digitallibrary.un.org/record/3967950?ln=en>>, consultado el 30 de enero de 2023.

artículo 11 solo de forma indirecta. Sin embargo, el refuerzo del papel desempeñado por las autoridades de la Política Exterior Común (PESC) de la Unión Europea (el Alto Representante y el SEAE) y la provisión de un sistema cada vez más sofisticado de protección de los derechos permiten afirmar ahora que la Unión no es solo una organización supranacional con una dimensión económica, monetaria o aduanera, sino que ha desarrollado y sigue desarrollando, a pesar del fracaso de la Constitución de 2004, una dimensión constitucional plenamente legítima enmarcada en el «Estado de Derecho»⁷⁴. Los valores reflejados en el artículo 2 del TUE, además, coinciden en gran medida con los principios fundamentales de la Constitución italiana y, por tanto, expresan una finalidad mucho más amplia que el binomio paz/justicia exigido por la disposición constitucional de 1940.

Más complicado, por otra parte, es el razonamiento sobre la posible decisión posterior de dejar de formar parte de tales organizaciones. Si, en efecto, el abandono supondría ciertamente una interrupción en la realización de los fines constitucionales, bloqueando la dirección seguida hasta ahora, considerar que existe una prohibición de dar marcha atrás entrañaría, sin embargo, el riesgo de contradecir el concepto de «limitaciones» de la soberanía⁷⁵. Es innegable que la retirada de determinadas organizaciones internacionales representaría una desviación de los objetivos constitucionales mencionados, pero hay que recordar que con el acto de adhesión Italia no ha realizado una cesión irrevocable de parte de sus competencias soberanas, despojándose de ellas por completo. El acto de limitación, de hecho, no supone una expropiación del sujeto titular de las funciones soberanas, que según el artículo 1 de la Constitución es «el pueblo». Sigue siendo, por tanto, el sujeto último que puede ejercer la facultad de reapropiarse de la plenitud de funciones, pero siempre «en las formas y dentro de los límites de la Constitución»⁷⁶.

74 Consideración que respondería así a las preguntas planteadas en su momento por K. LENAERTS y M. DESOMER, «New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy», *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, p. 1217-1253.

75 Así, por ejemplo, C. DE FIORES, «Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit», *Teoria Politica*, núm. 7, 2017, p. 204.

76 De ahí la otra vertiente interpretativa dirigida a identificar el fundamento de los contralímites no tanto en el artículo 11 como en el artículo 1, como especificación del principio democrático. Véase G. SILVESTRI, «Sovranità vs. Diritti fondamentali», *Questione giustizia*, núm. 1, 2015, p. 60, según el cual «la ratio general de los contralímites (más allá de las diferencias relativas a las fuentes externas individuales a las que, de vez en cuando, se hace referencia) puede deducirse del párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución, que subordina la propia soberanía popular a las “formas” y a los “límites” de la Constitución. Esto significa que ningún sujeto institucional, ni siquiera el propio pueblo,

Otra cosa es si se pasa del plano jurídico al de las consecuencias políticas. Incluso si la idea de la irrevocabilidad de la opción de adhesión resistiera a posibles objeciones jurídicas, habría que considerar el concepto cambiante de soberanía en el contexto de la globalización y la dependencia de las vicisitudes de los mercados financieros⁷⁷. Las opciones que antes eran soberanas ahora están condicionadas por la necesidad de relacionarse estratégicamente con otros países y de beneficiarse de estas relaciones. Tal conclusión, aunque agradable, puede alimentar la interpretación de «condicionamientos de facto dependientes de la materialidad de las relaciones de poder o de la inmaterialidad de las relaciones hegemónicas»⁷⁸. Sin embargo, es igualmente insuficiente para derivar deducciones relativas al análisis de las normas constitucionales, por vagas, abiertas o elásticas que sean. La importancia del tema sugiere, por tanto, investigaciones adicionales para superar estos nudos problemáticos.

4.2. Límites constitucionales a la integración europea: ¿dónde colocar las «columnas de Hércules»?

A falta de resultados concluyentes, conviene ahora arrojar luz sobre la ambigua referencia a las «limitaciones de la soberanía» examinando el segundo punto de reflexión que acabamos de mencionar. En efecto, el contenido sustancial de la expresión puede dilucidarse mejor analizando su implicación negativa: considerando la esfera de soberanía del Estado, ¿qué es lo que nunca podría ser objeto de limitaciones, renuncias o claudicaciones, según se quiera?

Ya se ha dicho que la progresiva composición de un «marco institucional único» a escala europea⁷⁹, cada vez más caracterizado por referencias reticulares entre ordenamientos jurídicos, ha conducido efectivamente a la configuración de una dimensión identitaria cada vez más «compuesta» y menos «nacional». El perfil de los contralímites es un aspecto que ha madurado en este contexto, como reacción del

puede deliberar actos lesivos de los fundamentos mismos del orden constitucional, sin incurrir en el vicio de contradicción, resultante del uso de un poder conferido por la Constitución contra la propia Constitución».

77 Véase A. GUZZAROTTI, «La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei», *DPCE Online*, 1/2020, pp. 327-353.

78 Así, M. LUCIANI, «Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale», *Rivista AIC*, núm. 2, 2016, p. 5.

79 A. MANZELLA, *Il Manifesto della Costituzione*, cit., p. 967.

Tribunal Constitucional a la creciente influencia de la integración comunitaria en el sistema de fuentes⁸⁰.

En efecto, desde las sentencias núm. 183/1973 (asunto Frontini) y núm. 170/1984 (asunto Granital), el Tribunal de Justicia ha afirmado sólidamente su competencia para conocer de dos órdenes simétricos de violaciones: por un lado, del Derecho interno en conflicto con el Derecho de la Unión, en virtud del valor paramétrico del artículo 11; por otro lado, del hecho de que los Tratados constitutivos pueden ser revisados por conflicto con el mismo artículo cuando el Derecho de la Unión elude los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o viola los derechos inalienables de la persona⁸¹.

El obstáculo de las «*contralimitazioni*»⁸² se contempla inicialmente en un contexto histórico en el que la entonces Comunidad Europea no contaba con un sistema adecuado de protección de los derechos fundamentales. La «flecha» de los contralímites se dispara como una eventualidad «supremamente improbable» (circunstancia recientemente reconfirmada en el Auto 24/2017, punto 2 dir.), hasta el punto de que, hasta ahora, aunque se ha amenazado con su uso, nunca se ha «disparado». De ello, el Tribunal se muestra aún más convencido cuando se configura un sistema paralelo de protección europea, precisando que solo si se constatará un estándar de protección de los derechos inaceptable para el Tribunal Constitucional estaría obligado no tanto a caducar las normas supranacionales como a «declarar la ilegitimidad

80 Sobre este punto, pero hasta 2014, véase la reseña de R. NEVOLA, «Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale - Il sistema delle fonti», *Corte costituzionale, Servizio studi*, maggio 2014, disponible en línea <www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf>, consultado el 30 de enero de 2023. Sobre los contralímites, por ejemplo, P. FARAGUNA, «Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 2016, p. 431-464; S. RISOLI, «Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei "controlimiti"», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017; A.C. VISCONTI, «Integrazione europea e "controlimiti". Una necessaria actio finium regundorum?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 2017, p. 543-565.

81 Sobre la cual, en primer lugar, la Sentencia núm. 183/1973, fundamento 9, que afirma: «sobre la base del artículo 11 de la Constitución se han permitido limitaciones de la soberanía únicamente para la consecución de los fines en él indicados; y debe excluirse, por tanto, que tales limitaciones [...] puedan suponer en todo caso para los órganos de la C.E.E. una facultad inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana».

82 La autoría de la expresión se debe, como es bien sabido, a P. BARILE, «Il cammino comunitario della Corte, Il cammino comunitario della Corte», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 3, 1973, p. 2406-2419, en especial p. 2416.

constitucional de la ley nacional que autorizó la ratificación e hizo ejecutivos los Tratados, por la única parte en que permite realizar esa hipótesis normativa»⁸³.

Los contornos de la teoría son menos claros en lo que respecta a la limitación de los «principios fundamentales»⁸⁴. Por ejemplo, apenas se menciona la jurisprudencia que especifica las modalidades de la participación de Italia en el proceso de integración europea en virtud del artículo 11, en el que, por ejemplo, se exige una cierta «coordinación» con la «estructura constitucional fundamental» del Estado, a veces en derogación parcial de lo que prevé la propia Constitución. El paradigma es enunciado por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126 de 1996, que ilustra el solapamiento de competencias entre los niveles estatal y regional (incluidas las autonomías estatales) al admitir que esta «necesaria coordinación ha dado lugar a un largo y, en algunos pasajes, atormentado proceso de perfeccionamiento de principios e instituciones».

Además, no puede pasarse por alto cómo la evolución jurisprudencial más reciente se encamina hacia una exaltación del valor primordial del artículo 11: un «parámetro situado no sin importancia y consecuencias entre los principios fundamentales de la Carta»⁸⁵ y definido por último como «la piedra angular del ordenamiento europeo»⁸⁶. Una proclamación que llega a apuntalar el sentido de la afirmación realizada por la Sentencia núm. 227/2010, que lo interpretó como «fundamento seguro» de la relación entre el Derecho nacional y el comunitario. Esta preeminencia ha de mantenerse a pesar de —o quizás precisamente a causa de— las limitaciones que

83 Tribunal Constitucional, ord. núm. 24 de 2017. Entre los numerosos comentarios, al menos G. PICCIRILLI, «The “Taricco Saga”: the Italian Constitutional Court Continues Its European Journey», *European Constitutional Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2018, p. 814-33; M. BONELLI, «The Taricco Saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, núm. 3, 2018, p. 357-373; A. ANZON, «La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l’onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri», *Osservatorio AIC*, núm. 2, 2017, p. 1-23; R. BIN, «Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot», *Forum Quad. cost.*, 13 Noviembre 2017; M. LUCIANI, «Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo», *Osservatorio AIC*, núm. 1, 2017, p. 1-11; A. RUGGERI, «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, en una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)», *Consulta Online*, núm. 1, 2017, p. 81-88.

84 A. GUAZZAROTTI, «Articolo 11», en F. CLEMENTI *et al.* (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna 2021, II ed., vol. I, p. 85-91, p. 90.

85 Traducción de la autora. Sent. 227/2010.

86 Traducción de la autora. Ord. 24/2017.

descienden del artículo 117.1 de la Constitución: solo el artículo 11, en efecto, tiene la vocación de incorporar plenamente todos los desarrollos de la teoría de los límites de la soberanía, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, a pesar de que los contralímites no hayan sido constitucionalmente explicitados⁸⁷.

No obstante, la referencia al artículo 11 y a la teoría anexa, en un contexto profundamente distinto al de la sentencia Frontini, puede explicarse de otro modo como una pretensión de desencadenar un conflicto de jurisdicción entre tribunales, alimentada por los «impulsos nacionalistas de la sentencia Taricco»⁸⁸ y dirigida a aplicar valores que, al fin y al cabo, son ahora coincidentes. A la luz de lo anterior, cobra especial relevancia el *obiter dictum* de la Sentencia 269/2017, que confirma la tendencia de los últimos años hacia un reenfoque del control de constitucionalidad⁸⁹.

En particular, el elemento novedoso de la sentencia —a los presentes efectos— consiste en haber subrayado que «los principios y derechos enunciados en la Carta se entrecruzan en gran medida con los principios y derechos garantizados por la Constitución italiana (y por las demás Constituciones nacionales de los Estados miembros). Así, puede darse el caso de que la violación de un derecho de una persona lesione, al mismo tiempo, tanto las garantías de la Constitución italiana como las codificadas por la Carta de Derechos de la Unión» confirmando, por tanto, una concatenación entre ordenamientos cada vez más difícil de desentrañar⁹⁰. Situación que ha sido abiertamente apoyada por el Tribunal Europeo desde el asunto Simmenthal y veladamente aceptada por el Tribunal Constitucional desde las Decisiones núm. 102 y 103 de 2008⁹¹.

87 Sobre la conveniencia, por otra parte, de explicitar y «constitucionalizar» los contralímites, véase el debate desarrollado en torno a las propuestas de modificación del artículo 11: Y.M. CITINO, «I tentativi di revisione delle modalità di partecipazione dell'Italia all'Unione Europea nella XVIII legislatura: un bilancio costituzionale», *Rivista AIC*, núm. 3, 2022, p. 162-186. Cf. también M. CARTABIA, «La revisione dell'art. 11 della Costituzione: una giusta esigenza, un discutibile rimedio», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 3, 2003, p. 1522-1531.

88 E. CANNIZZARO, «Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlli costituzionali», en A. BERNARDI (ed.), *I controlli. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali I controlli. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, p. 61.

89 La recuperación de la centralidad se vio reforzada por la activación de la facultad de remisión prejudicial (Sentencia núm. 102/2008 y ordenanzas núm. 103/2008 y 207/2013).

90 Traducción de la autora.

91 El Tribunal afirma que, al ratificar los Tratados comunitarios, Italia ha pasado a formar parte

En el trasfondo, sin embargo, siempre queda la operatividad de la palanca de los contralímites para bloquear los efectos de la norma europea en el ordenamiento jurídico interno, una palanca de creación pretoriana que si se ampliara y adoptara como «modelo general»⁹² tal vez acabaría comprometiendo la amplitud de la operatividad del artículo 11 como parámetro interpuesto.

5. LAS CUESTIONES PENDIENTES: EL VALOR DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA ACTUALIDAD

Lo dicho hasta ahora es suficiente para hacer un balance concluyente sobre el valor que el artículo 11 y, en particular, el principio de participación en las organizaciones internacionales consagrado en él, han llegado a asumir en la actualidad. Si la idea de que el artículo 11 debe figurar entre los principios fundamentales es válida, el razonamiento que la sustenta, basado en consideraciones exclusivamente relacionadas con su ubicación sistemática, parece, en nuestra opinión, el resultado de un razonamiento circular y meramente tautológico.

Las decisiones del Tribunal que así lo sancionan⁹³ no parecen añadir ninguna anotación explicativa. Para comprender las razones que sustentan la solemne configuración, es preciso, por tanto, ir más allá y tener presente también el profundo valor histórico e ideológico que sigue persistiendo y animando el propio texto de la norma, como hemos visto con la reconstrucción realizada en los primeros párrafos.

Para concluir, por lo tanto, hay que deshacer primero el nudo sobre la alternativa entre una lectura «jerárquica»⁹⁴ o «unitaria»⁹⁵ del artículo 11. Se ha dicho, en

del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el interno.

92 R. MASTROIANNI, «Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali», *European Papers*, vol. 5, núm. 1, 2020, p. 493-522.

93 Por ejemplo, las sentencias núm. 183/1973 y núm. 227/2010.

94 Así, por ejemplo, U. ALLEGRETTI, *Guerra del Golfo e Costituzione*, cit., p. 392, quien describe la «estrategia textual del artículo 11» como una «enumeración en la que cada miembro de la lista se añade a los demás sin sustituirlos», pero solo la primera proposición sería «específica y perentoria, tan vigorosamente formulada que no puede ser ignorada ni siquiera en nombre de otra». Véase también G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006, p. 181.

95 N. LUPO, «L'art. 11 della Costituzione e l'appartenenza dell'Italia all'Alleanza atlantica», cit., p. 23; A. GUAZZAROTTI, «Articolo 11», cit., p. 85; P. MORI, «Il principio di apertura al diritto

efecto, que como el texto se compone de tres proposiciones diferentes, separadas por un punto y coma, la Asamblea Constituyente quiso introducir una jerarquía entre ellas, situando el principio del repudio de la guerra entre las disposiciones inmediatamente válidas y dejando las otras dos en el límite entre lo programático e incluso lo irrealizable. Por el contrario, la lectura unitaria pretende igualar el valor de las distintas expresiones, que se apoyan mutuamente de manera inseparable.

La lectura llamada «jerárquica» adolece, en opinión del autor, de mistificación deóntica. El repudio de la guerra, situado en lo alto de la escala de valores del artículo, refleja, de hecho, un deber del Estado de abstenerse de recurrir a actos de agresión e implica, por tanto, un *non facere*.

Por su parte, el principio de limitación de la soberanía, en una posición intermedia, presupone una actitud de reconocimiento por parte del Estado de las repercusiones constitucionales de la adhesión a los instrumentos del orden internacional. Este principio es el origen de la idea del valor «permisivo» del artículo 11, consagrada por el Tribunal Constitucional en el asunto Costa contra Enel en 1964.

Por último, el principio de la promoción de la participación italiana en las organizaciones internacionales introduce una obligación positiva del Estado, que conlleva no solo una adhesión de procedimiento, sino también y sobre todo una adhesión sustancial. Requiere, de hecho, una reorientación concreta de las prioridades políticas generales hacia tareas proactivas y de promoción que deben lograrse mediante la transferencia de ciertos rasgos de soberanía. Se trata, por tanto, de una declaración que contiene, en sí misma, una de las expresiones más elevadas de esa «dirección política constitucional» que, en recuerdo de las enseñanzas de Paolo Barile, debe guiar el propósito general de la nación⁹⁶.

Las tres proposiciones del artículo 11, por lo tanto, lejos de ser declaraciones que se han desvanecido o se han vuelto ambiguas por el paso del tiempo, siguen constituyendo directrices inmodificables para encauzar la posición de Italia en el tablero internacional. Así pues, no es erróneo afirmar que la norma que nos ocupa, en su totalidad, fue concebida desde el principio como un «principio supremo».

Un segundo problema no resuelto de este aspecto está relacionado con los efectos que se derivarían de la catalogación entre los principios supremos o fundamen-

internazionale e al diritto europeo», L. VENTURA y A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, p. 554.

96 La tesis surgió en P. BARILE, «I poteri del Presidente della Repubblica», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 307.

tales⁹⁷. Algunos elementos pueden ser extraídos de las reflexiones sobre el fragmento del «repudio de la guerra». Por ejemplo, en un primer comentario al artículo 11, Bon Valsassina había afirmado sin vacilación que los dos primeros enunciados estaban caracterizados por una inmediatez de aplicabilidad, una eficacia no diferida como en tantos otros principios fundamentales, y también que la primera frase destacaba por su ser un componente necesario y principal del ordenamiento, un elemento que contribuye a constituir su realidad esencial, permitiendo su identificación en el espacio y en el tiempo⁹⁸.

La particular importancia del principio del repudio de la guerra implicaría una consecuencia de gran relevancia: la exclusión del poder de revisión constitucional. Bon Valsassina ilustra que la intangibilidad del principio se debería a la «coesencialidad con la constitución material de nuestro Estado»⁹⁹. Las modalidades de protección serían absolutas: ninguna modificación posible, «ni en sede de nueva disciplina abstracta y preventiva, ni con respecto a un solo caso concreto»¹⁰⁰.

Con tal modo de pensar, destacados constitucionalistas en épocas posteriores se adhirieron, expandiendo el razonamiento al artículo 11 en su totalidad y calificándolo como un principio «supraconstitucional»¹⁰¹. De tal estatus gozarían, además, los restantes fragmentos normativos y, en particular, —por lo que nos interesa— el principio de participación en las organizaciones internacionales¹⁰². El valor de este último enunciado se exalta de esta manera: según Allegretti, es inherente a los «fines constitutivos y a los poderes máximos del Estado»¹⁰³ y también la voluntad italiana de adherirse a las organizaciones internacionales no surge de un «capricho» de los constituyentes, sino que es el fruto de las dramáticas alquimias de la posguerra. Este

97 Dos clasificaciones que no son totalmente coincidentes, como se explica en F. MODUGNO, «Principi fondamentali, generali, supremi», en *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, 2006, p. 4490 y ss.

98 M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1955, p. 1; así como M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 30.

99 Traducción de la autora. M. BON VALSASSINA, *op. cit.*, p. 116.

100 *Ibidem*.

101 Se adhiere a esta visión también U. ALLEGRETTI, *Costituzione italiana e dimensione internazionale*, *cit.*, p. 99.

102 Así, por ejemplo, U. ALLEGRETTI, «Guerra del Golfo e Costituzione», *Il Foro italiano*, 1991, p. 412.

103 Traducción de la autora. U. ALLEGRETTI, *Costituzione italiana e dimensione internazionale*, *cit.*, p. 99.

sentimiento habría condicionado de manera indeleble el futuro desarrollo de los fines constitucionales, otorgando unidad a las poliformes aspiraciones de las fuerzas políticas.

La destacada mejora del estatus del Art. 11 llevaría a dos reflexiones.

En primer lugar, los factores materiales que moldean la constitución viviente y que implican pasos irreversibles inducirían a pensar que un eventual «retroceso» respecto a los progresos de la integración europea sería percibido como ilógico o antihistórico (pero no también antijurídico). La validez de esta tesis choca con la constatación de que la pertenencia a las diferentes organizaciones internacionales, como decisión de política exterior, está pensada *rebus sic stantibus*: por lo tanto, es difícilmente superable el argumento de que un cambio en las condiciones de pertenencia o del contexto político que subordina la voluntad de pertenencia no podría afectar las decisiones individuales de pertenencia.

En segundo lugar, la opción defendida a través de la lectura «unitaria» del artículo 11 tendría como consecuencia que todas las proposiciones normativas gozarían del «estatuto especial» atribuido inequívocamente al principio de repudio de la guerra, ya que, de lo contrario, se introducirían fracturas en la esencia misma del artículo.

Considerando que, en virtud de una jurisprudencia constitucional consolidada, el principio de participación en las organizaciones internacionales contiene en su seno el subprincipio de participación en la integración europea, la conciliación de esta dimensión supraconstitucional debería juzgarse, en última instancia, con respecto a propuestas de ley dirigidas a reformar el artículo 11, reduciendo el grado de participación de Italia, o referendos populares que se pronunciaran claramente por una salida de las organizaciones, en la línea de lo ocurrido con el Reino Unido.

Se trata de una cuestión difícil, que merece más énfasis que conclusiones. Según Allegretti, el artículo 11 formaría parte de ese conjunto de «principios superiores de la Constitución [pertenecientes] a ese núcleo de normas intangibles que, probablemente, ni siquiera una asamblea constituyente podría ignorar»¹⁰⁴. Al mismo tiempo, podría argumentarse que la deferencia a la soberanía implica que ésta, aunque limitada, es susceptible de reaparecer como consecuencia del ejercicio de la voluntad soberana, mediada por el Parlamento o expresada directamente por el pueblo. Una opción que, además, está expresamente reconocida por el propio Tratado de la Unión Europea, que, en su artículo 50, ha incluido la alternativa de iniciar una vía

104 Traducción de la autora. *Ibidem*.

de retirada conforme a las normas constitucionales, haciendo que la pertenencia a la UE deje de ser irreversible¹⁰⁵.

No pudiendo, aquí, abrir el tema de los límites a la revisión constitucional, lo cierto es que el art. 11 contiene la fórmula política irrenunciable de una Italia que, aunque salió derrotada de la guerra, prometió dedicarse, en igualdad de condiciones con los demás Estados, a la reconstrucción de un orden internacional global, pero también y sobre todo europeo, dedicado a la paz y a la colaboración entre los pueblos¹⁰⁶. Considerando, por tanto, que esta frase refleja y plasma el pacto estipulado entre aquellas fuerzas que protagonizaron la liberación del país, no es absurdo concluir que podría ser la base de la costumbre de reconocimiento de la memoria *hartiana* que podría dar eficacia y validez a todo el ordenamiento jurídico. Una costumbre, por tanto, que nunca podría ser desvirtuada, so pena de no querer inducir una grave ruptura, y en el límite, una rechecha total de la Carta Constitucional. Pero eso, tal vez, sea otra historia.

6. CONCLUSIONES

Este artículo examina la cuestión de las posibles lecturas que deben darse al artículo 11 de la Constitución como fundamento de la integración europea. Aunque la doctrina ha profundizado suficientemente en él, los nuevos desarrollos y las crisis inesperadas a las que se enfrenta la Unión Europea exigen reflexiones adicionales sobre el valor que esta disposición constitucional está llegando a asumir.

Así pues, el análisis partió del debate en la Asamblea Constituyente, cuya reconstrucción proporcionó resultados interesantes (sección 2). Por ejemplo, que el valor que debía atribuirse al concepto de «limitaciones de la soberanía» no encontró un consenso unánime, mientras que el principio de repudio de la guerra, formalmente vinculado a la influencia de otras Constituciones, se basaba en un sentimiento genuino, movido por el decisivo apartamiento de la Italia democrática frente a las políticas de conquista y prevaricación de los pueblos llevadas a cabo en el marco de ordenamientos jurídicos anteriores. La solemnidad de estos reconocimientos preparó el terreno para la calificación del artículo 11 como principio «supranacional», «fundamental» o incluso «supremo».

La primera cuestión que debe resolverse (apartado 3) se refiere a la identificación de un vínculo entre la semántica del artículo y el proceso de integración

105 A. GUAZZAROTTI, «La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei», *DPCE Online*, núm. 1, 2020, p. 332.

106 U. ALLEGRETTI, *Costituzione italiana*, cit., p. 100 ss.

europea. Al no existir referencias textuales directas, no solo acuden al rescate algunas importantes pistas de los trabajos preparatorios, sino también una copiosa jurisprudencia constitucional. El Tribunal, validando la elección del Parlamento de proceder a la ratificación de los Tratados por ley ordinaria, ha continuado posteriormente con este enfoque, terminando por reconocer en el artículo 11, como hemos visto, la piedra angular del proceso de integración de Italia en la Unión Europea.

Es más, el propio Tribunal, haciendo una revisión respecto a la posición adoptada en 1964, pasó de aceptar el valor únicamente «programático» o a lo sumo «permisivo» extraído por aquella doctrina primitiva que operaba en un clima de Constitución no aplicada, a declamar, por el contrario, la dimensión plenamente procesal y sustancial del artículo.

Esto queda, sin embargo, expresado solo entre líneas de pronunciamientos un tanto oraculares, pero nunca se exterioriza del todo, estimulando opiniones divergentes en la doctrina. A medida que se estrechan los mecanismos de integración entre los Estados miembros, el problema de identificar los límites sustantivos del artículo 11 se hace cada vez más acuciente. De hecho, se sitúa en una estrecha correlación, si no de oposición decisiva, con la noción de soberanía. Por este motivo, en la sección 4 hemos optado por examinar el nivel sustantivo del artículo 11 centrándonos precisamente en la noción de «limitaciones de la soberanía». Una noción que, como se ha señalado, nos obliga a examinar, en primer lugar, si es capaz de propagarse libremente en los espacios libres de la Constitución y, en segundo lugar, si en un determinado momento no corre el riesgo de entrar en *terra incognita*, desbordando cualquier posible delimitación constitucional.

El primer elemento de reflexión (sección 4.1) se centró en resolver la cuestión de la doble lectura de las limitaciones de soberanía como «a-técnicas» o «técnicas». Si la noción a-técnica deja suficiente laxitud interpretativa a la idea de limitaciones de la soberanía, entendidas éstas de manera débil (meras obligaciones internacionales), por el contrario, la noción técnica las lee como un verdadero desplazamiento *extra ordinem* del ejercicio de los poderes soberanos y, por tanto, debe encontrar necesariamente sólidas guías constitucionales. Esta acepción, perteneciente al mundo de *Sollen* —de lo que debe ser— parece la más convincente en el contexto actual, teniendo en cuenta además la evolución de la jurisprudencia constitucional.

No obstante, si uno se adhiere a ella, debe, por la misma razón, admitir un cambio profundo en la idea misma de soberanía, cada vez más obturada por la interpenetración entre los niveles nacional y europeo: por esta razón, entonces, las teorizaciones más recientes sobre el artículo 11 han pasado a explorar el potencial «prescriptivo» de la propia norma, creyendo que un mandato de tan crucial impor-

tancia debe sustraerse al juego de los impulsos políticos y adscribirse, en cambio, a una dimensión suprema.

Colocar el artículo 11 en una vitrina es una ambición muy seria en intenciones que, sin embargo, podría verse bloqueada por objeciones basadas en el valor meramente fáctico o material de las justificaciones deducibles de la conveniencia de la permanencia de Italia en la Unión Europea. Por lo tanto, seguiría sin haber argumentos jurídicos convincentes en apoyo de la no revisibilidad (al menos *in peius*) del artículo 11. Cabe deducir, por tanto, que, si bien no puede derivarse una cierta dimensión prescriptiva, ciertamente no puede negarse al artículo 11 cierta dimensión «persuasiva», dado que la desviación de los objetivos en él enunciados configuraría, si no una violación expresa de la Constitución, la apertura de una situación de potencial inaplicación¹⁰⁷.

En cuanto al segundo punto (apartado 4.2), se ha puesto de manifiesto cómo los límites constitucionales a la integración europea están profundamente ligados a la suerte de la idea de soberanía por la que se toma partido y cómo el Tribunal Constitucional no ha ido más allá del principio de correspondencia entre lo pedido y lo pronunciado, limitándose a elaborar una doctrina de los contralímites centrada en la teoría de las fuentes. Y sin embargo, como señalan algunos autores, los contralímites podrían tener un valor más allá incluso de la propia dimensión europea y actuar como la última salvaguarda de la soberanía «estatal popular», útil en todos los contextos.

Las consideraciones anteriores hacen aún más difícil pronunciarse sobre los nudos no resueltos (sección 5): en particular, sobre el valor que debe atribuirse al principio de participación en las organizaciones internacionales. Si se sigue el camino elevado de considerar el conjunto del artículo 11 como norma suprema o fundamental, hay que aceptar necesariamente la lectura «unitaria» de la norma: una lectura que parece más correcta a la luz de la evolución contemporánea y que, sin embargo, no niega la intención histórica de los Constituyentes. Pero esto no proporciona respuestas infalsificables al segundo dilema, a saber, las consecuencias de atribuir un valor supremo o fundamental al artículo 11. Si, ciertamente, esto puede facilitar una mayor resistencia a la revisión constitucional en virtud del art. 138, difícilmente podría actuar como obstáculo a revisiones torticeras al margen de este procedimiento.

107 Esta tesis se acerca a la de R. IBRIDO, «L'art. 11 della Costituzione come clausola di cooperazione societaria e "fattore condizionante" della politica estera italiana», en V. LIPPOLIS (coord.), *Il Filangieri. Quaderno 2022. Costituzione e relazioni internazionali*, Napoli 2023, pp. 37-66, esp. p. 44 y ss.

En definitiva, la investigación histórico-jurídica realizada hasta ahora nos permite llegar (al menos) a un punto fijo crucial: que el artículo 11 deriva su peso primordial del contexto particular vivido en la fase constituyente, que cimentó sus premisas. Un contexto que no se ha consumido por el paso del tiempo, ya que ha dejado importantes huellas en todo el entramado jurídico posterior. El entendimiento tácito que unió las manos de todos los padres constituyentes, por tanto, no se disolvió con el envejecimiento de la Constitución, sino que, nos parece, aún mantiene con firmeza los hilos del pacto constitucional sobre el que se asienta nuestro ordenamiento jurídico. Si no es una *Grundnorm*, el lector podrá considerarla, como ya se ha dicho, al menos una norma de reconocimiento, fruto del pacto suscrito y reconocido por las fuerzas políticas para otorgar validez, unidad y coherencia a todo el ordenamiento jurídico.

Resumen

La evolución y las crisis sin precedentes a las que se enfrenta actualmente la Unión Europea exigen nuevas reflexiones sobre el significado que el artículo 11 de la Constitución ha llegado a asumir como fundamento de la integración europea desde 1948 hasta nuestros días. Para ello, este artículo comienza por recordar algunos momentos fundamentales del debate en la Asamblea Constituyente con el fin de comprender las consecuencias de la inclusión del artículo 11 entre los principios fundamentales. A continuación, ilustra el proceso de evolución interpretativa al que ha sido sometido, a través del cual sus proposiciones han sido aclamadas como fundamento de la adhesión a las Comunidades Europeas y «piedra angular» para admitir cualquier otra «limitación de la soberanía». Posteriormente, se examina esta última noción a la luz de la jurisprudencia sobre los contralímites y de las tesis opuestas de la doctrina. Por último, se concluye con un repaso de los numerosos nudos interpretativos que siguen sin resolverse, inclinándose por la tesis de que, si bien no todos los enunciados del artículo 11 han adquirido un valor prescriptivo, representan, no obstante, una limitación de cierto peso frente a cualquier decisión encaminada a aflojar el proceso de integración europea.

Palabras clave

Cláusulas europeas; integración europea; enmienda constitucional; artículo 11 de la Constitución italiana; retirada de la Unión Europea.

Abstract

The unprecedented developments and crises that the European Union is facing require new reflections on the meaning that Article 11 of the Constitution has acquired as the basis of European integration from 1948 to the present day. To this end, this article begins by reviewing some fundamental aspects of the debate in the Constituent Assembly to understand what are the consequences of Article 11's inclusion among the fundamental principles. The article then illustrates the process of interpretive evolution to which it has been subjected, through which its propositions have been established as the basis for joining the European

Communities and as a «key» to admit any further «limitation of sovereignty». Subsequently, the article focuses on examining this latter notion in light of case law on «controlimiti» and diverse doctrinal theories. Finally, the article concludes with a review of the many interpretive issues that remain unresolved, leaning towards the theory that, although not all of the statements of Article 11 have acquired a prescriptive value, they nevertheless represent a weighty constraint against any decisions aimed at loosening the process of European integration.

Keywords

European Clauses; European Integration; Constitutional Amendment; Article 11 of the Italian Constitution; Withdrawal from the European Union.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

ORIGEN Y EFECTOS DE LAS RECIENTES «CLÁUSULAS EUROPEAS» INTRODUCIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

Origin and effects of the recent «european clauses» introduced in the Constitution

LUCA BARTOLUCCI

*Lecturer de Derecho Público en la Luiss School of Government.
Doctorado en Teoría del Estado e Instituciones Políticas Comparadas en la
Universidad «La Sapienza» de Roma*

SUMARIO:

1. Premisa.
2. El origen y los efectos de la introducción en la Constitución de las demás «cláusulas europeas».
3. Los efectos de la revisión del título V y de la (renovada) restricción a los legisladores.
4. La reforma constitucional de 2012.
5. Conclusiones: el papel de las cláusulas europeas.

1. PREMISA

El derecho constitucional no puede considerarse desvinculado del proceso de integración europea. Por el contrario, esta última condujo a una verdadera «constitución europea “compuesta”»¹, dentro de la cual opera un sistema parlamentario euro-nacional², que no solo describe la forma de gobierno desde el exterior, sino que la alimenta, convirtiéndose así en un aspecto constitutivo de él³.

Desde un punto de vista constitucional, en particular, el proceso de integración europea se basó principalmente en el artículo 11 de la Constitución italiana, verdadera «piedra

1 L. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

2 N. LUPO y A. MANZELLA (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2014.

3 A. STEVANATO, «Qualche considerazione sul contenuto materiale del limite della forma repubblicana alla luce di due recenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'articolo 117 Cost.», *Il Piemonte della Autonomie*, núm. 1, 2019, p. 4.

angular» de la relación entre el ordenamiento jurídico italiano y el ordenamiento jurídico europeo⁴ y el «corazón» de la elección inicial de los padres constituyentes.

El desarrollo de la integración europea no solo ha dado lugar a modificaciones tácitas de la Constitución italiana, vinculadas a esta «cláusula europea» por excelencia, sino que también ha «inducido» a los Estados miembros de la Unión Europea a aprobar otras revisiones constitucionales. A nivel teórico, de hecho, el proceso de integración europea podría considerarse una de las causas de las recientes revisiones constitucionales: en particular, las que han introducido —en la Constitución italiana— otras cláusulas europeas, como las presentes en el artículo 117, primer párrafo y en los artículos 81, 97 y 119.

Se trata de un proceso más amplio, en virtud del cual se ha registrado la entrada de las normas europeas en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de disposiciones constitucionales específicas, denominadas «Cláusulas europeas» («European clauses» or «Europe clauses»)⁵. Cláusulas de este tipo parecen estar presentes hoy en las Constituciones de muchos Estados miembros⁶ y parecen haber sido introducidas especialmente después del Tratado de Maastricht.

El objetivo de la contribución es, por lo tanto, analizar las revisiones constitucionales italianas que han introducido otras cláusulas europeas en la Constitución y analizar los resultados. En particular, uno puede preguntarse si estas revisiones constitucionales fueron realmente inducidas por la UE o si se hicieron independientemente de ella. Del mismo modo, es interesante investigar sus efectos, para comprender hasta qué punto han sido «útiles».

2. EL ORIGEN Y LOS EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LAS DEMÁS «CLÁUSULAS EUROPEAS»

El desarrollo del constitucionalismo no tiene más remedio que enfrentarse a lo que está sucediendo en la Unión Europea. Las transformaciones más incisivas de la Constitución «se han producido al margen de los procedimientos del artículo 138 de la Consti-

4 N. LUPO, «L'articolo 11 come "chiave di volta" della Costituzione vigente», *Rassegna parlamentare*, año LX, 2020, núm. 3, pp. 379-419.

5 Sobre las «cláusulas europeas» cfr. M. CLAES, «Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali», *Quad. Cost.*, núm. 2, 2005, p. 283 s. Ver también R. MASTROIANNI, «L'articolo 11 Cost. preso sul serio», *DPCE*, núm. 3, 2018, p. 5 s.

6 N. LUPO, «Clausole "europee" implicite ed esplicite nella Costituzione italiana», *federalismi.it*, 2 de febrero de 2022, p. 483 s. Ver también A. ALBI y S. BARDUTZKY (ed.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports*, Asser Springer Open, The Hague Berlin, 2019, p. 1 s.

tución, vinculándose débilmente con el artículo 11 de la Constitución, creada para fines muy diversos»⁷. A menudo, incluso indirectamente, las normas de la Unión Europea han requerido la adaptación de las constituciones nacionales, negativa o positivamente⁸.

La mayoría de las constituciones de los estados miembros de la Unión, con algunas excepciones notables, contienen cláusulas europeas, es decir, cláusulas que mencionan la Unión Europea. Tales cláusulas solo pueden expresar la mera cuestión de la membresía; poner condiciones sustantivas o de procedimiento a la participación del Estado en la integración europea o regular la forma en que los representantes nacionales son designados en las instituciones europeas⁹.

La transformación que entró en vigor con el Tratado de Maastricht impulsó que los Estados miembros insertaran una referencia constitucional más coherente. Los casos de Francia y Alemania son paradigmáticos. En el primero de estos países, se aprobaron una serie de cambios constitucionales en 1992 con los nuevos artículos 88-1 a 88-4, que crean un nuevo título sobre las «Comunidades Europeas y la Unión Europea» en la Constitución. En Alemania, la Ley Básica (*Grundgesetz*) fue enmendada incluyendo el artículo 23, que compromete al país a participar en el desarrollo de la UE, tanto a nivel central como a nivel de los Estados federados¹⁰. Cabe señalar, en general, que la mayoría de los Estados, sin embargo, modificaron su constitución antes de su adhesión, con las excepciones de Grecia, España, Finlandia y Chipre¹¹.

En Italia, se incluyeron otro tipo de cláusulas europeas en 2001 y 2012.

En 2001, como parte del replanteamiento de la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Regiones, se introdujeron en el artículo 117, párrafo primero, de la Constitución, las «restricciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario»,

7 A. BARBERA, voz «Costituzione della Repubblica italiana», *Enciclopedia del diritto*, Anales VIII, Giuffrè, Milán, 2015, p. 352.

8 M. DECARO, N. LUPO y G. RIVOSCECHI, «Introduzione. La “manutenzione” della giustizia costituzionale italiana: un’opera necessaria, da non lasciare solo alla Corte costituzionale», in ID. (ed), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. XIX.

9 M. CLAES, «Constitutionalizing Europe at Its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology», *Yearbook of European Law*, núm. 24 (1), 2005, p. 81.

10 Ver D. GRIMM, M. WENDEL y T. REINBACHER, «European Constitutionalism and the German Basic Law», *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, cit., p. 416.

11 Ver Y.M. CITINO, «European Membership Clauses and Constitutional Hurdles to Withdrawal», *European Journal of Law Reform*, núm. 24 (2), 2022, pp. 195 ss., pp. 205 ss.

y las «obligaciones internacionales», como límites a la potestad legislativa del Estado y de las Regiones.

En 2012, tras la crisis económico-financiera iniciada en 2008 que, trasladándose a Europa y convirtiéndose en una crisis de deuda soberana, supuso, primero, la reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y de la Unión Económica y Monetaria y, en consecuencia, reformas de carácter nacional, incluso a nivel constitucional. Consideremos, para quedarnos con el caso italiano, la reforma constitucional de 2012 (ley constitucional de 20 de abril de 2012, núm. 1) con la que se introdujeron en la Carta Constitucional los principios de equilibrio del presupuesto (artículo 81, primer párrafo, Const.) y la sostenibilidad de la deuda pública (artículo 97, primer párrafo, Const.).

El carácter «compuesto» de la Constitución europea conduce a influencias recíprocas que juegan en ambos sentidos y, a la inversa, los procesos de revisión de las Constituciones nacionales pueden a veces explicarse como vinculados a cambios que se producen a nivel supranacional. Por otro lado, muchas revisiones constitucionales de los últimos veinte años pueden considerarse impulsadas por la UE o al menos orientadas hacia la UE¹². En particular, en algunos Estados, como Francia, ha habido un número considerable de revisiones constitucionales inducidas por la integración europea: por ejemplo, para adaptar la Constitución a las revisiones progresivas de los tratados.

En este contexto, parece útil hacer una doble pregunta, para investigar la introducción de (otras) cláusulas europeas dentro de la Constitución italiana. En primer lugar, cabe preguntarse si las dos reformas constitucionales (2001 y 2012) que introdujeron nuevas cláusulas europeas en la Constitución italiana pueden considerarse «inducidas» por la UE, o si fueron planificadas y aprobadas de forma independiente por el Parlamento o por otros factores. En segundo lugar, es interesante analizar cuáles fueron los efectos y consecuencias de la introducción de estas cláusulas.

3. LOS EFECTOS DE LA REVISIÓN DEL TÍTULO V Y DE LA (RENOVADA) RESTRICCIÓN A LOS LEGISLADORES

Un primer «hecho constitucional» vinculado a la Unión Europea que debe tenerse en cuenta es el de 1989, cuando se aprobó una ley constitucional (núm. 1 de 1989) para pedir un referéndum popular único —y con carácter consultivo— confirmando el proceso de integración europea. El valor de este referéndum se subestima cuando se trata de volver

12 N. LUPO y G. PICCIRILLI, «In search of national constitutional identities: “the contribution of Member States” constitutional revisions to the EU “composite” constitution», paper, ICONS, 2015.

sobre la adaptación del orden constitucional italiano a la integración europea¹³. Sin embargo, tuvo el efecto de comunicar con claridad al sistema político-institucional italiano la superación de las condiciones políticas que lo habían obligado a adoptar esa opción inicial en el sentido de moverse rigurosamente «dentro de la Constitución vigente», en primera instancia y desarrollando entonces el proceso de integración europea¹⁴.

Por lo tanto, las primeras referencias a la Unión Europea se incluyeron en la Constitución entre 1999 y 2001, pero ha de descartarse a partir de ahora que estas revisiones constitucionales puedan considerarse «inducidas» por la UE.

Las referencias «europeas» de las leyes constitucionales núm. 1/1999 y 3/2001, de hecho, tenían como principal objetivo el de aclarar la imposibilidad de un doble mandato en las asambleas legislativas de las Regiones y en el Parlamento Europeo (artículo 122 de la Constitución) y el de aclarar que, tanto en a nivel estatal como a nivel de las Regiones, la legislación debía respetar los límites impuestos por las obligaciones derivadas de la participación de Italia en la Unión Europea (artículo 117, párrafo primero, de la Constitución). Se puede entender que la revisión constitucional se utilizó para aclarar también a nivel textual —especialmente con referencia al artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, objeto de una modificación tácita— lo que ya se había producido a nivel constitucional.

Sin embargo, parece necesario observar con más detalle qué efectos y resultados han producido estas nuevas cláusulas europeas.

La primera referencia explícita a la Unión Europea en la Constitución se inserta en 1999, cuando, en el contexto de una nueva regulación de incompatibilidad a nivel regional, consecuente a la disposición de la elección directa de los presidentes de la Región, se inserta, en el artículo 122 de la Constitución, la referencia al Parlamento Europeo¹⁵.

La ley constitucional núm. 3 de 2001, con la que —como es bien sabido— se reformula el Título V de la Constitución, introduce cinco nuevas normas que mencionan la Unión Europea. El artículo 117, primer párrafo, que vincula el ejercicio de la potestad legislativa, cualquiera que sea su ejercicio, al «respeto de la Constitución, así como de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario y de las obligaciones inter-

13 Como dice N. Lupo, «Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana», cit., pp. 493 ss. Sobre este punto, ver también B. CARAVITA, «Il referendum sui poteri del Parlamento europeo: riflessioni critiche», *Politica del diritto*, núm. 2, 1989, p. 319 s.

14 N. LUPO, «Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana», cit., pp. 493 ss.

15 *Ivi*, p. 496 s.: «En efecto, un pasaje que fue sólo ocasional, que sirvió para prever en la Constitución una incompatibilidad de la función de consejero regional no sólo con el mandato de diputado o senador, sino también con el de parlamentario europeo: una hipótesis de incompatibilidad que no pudo configurarse anteriormente, cuando los eurodiputados eran también necesariamente diputados nacionales».

nacionales». El artículo 117, segundo párrafo, letra a), que reserva la potestad legislativa exclusiva al Estado en materia de «política exterior y relaciones internacionales del Estado; relaciones de Estado con la Unión Europea; derecho de asilo y estatuto jurídico de los ciudadanos de países no pertenecientes a la UE». El artículo 117, párrafo tercero, que atribuye la materia «relaciones internacionales y relaciones con la Unión Europea de las Regiones» a la potestad legislativa concurrente. El artículo 117, párrafo quinto, que prevé la participación de las Regiones «en las decisiones encaminadas a la formación de actos legislativos comunitarios y prevé la ejecución de acuerdos internacionales y actos de la Unión Europea». Finalmente, el artículo 120, segundo párrafo, que prevé el ejercicio de la potestad sustitutiva por el Gobierno «en caso de incumplimiento de las normas y tratados internacionales o de la legislación comunitaria».

Es la primera de estas normas la que, más que todas las demás, ha tenido el valor de recordar a la potestad legislativa del Estado y de las Regiones el deber de respetar las exigencias europeas.

En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre el asunto han surgido diferencias significativas entre la restricción relativa a las obligaciones internacionales y la derivada de las comunitarias.

La diferencia entre los dos tipos de restricciones, de hecho, no puede basarse únicamente en el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, pero es necesario tomar en consideración el artículo 11 de la Constitución y la diferente naturaleza del ordenamiento jurídico europeo con respecto a las obligaciones internacionales. La primacía del derecho comunitario, en efecto, sigue estando basada, incluso después de la revisión constitucional de 2001, en el artículo 11 de la Constitución, que fue utilizado como ancla constitucional por la Corte en su «viaje comunitario»¹⁶. El impacto de un tratado internacional sobre el ordenamiento jurídico no puede compararse con la penetración del ordenamiento jurídico comunitario en el derecho interno, lo que ha supuesto una transferencia real de la soberanía estatal a los órganos comunitarios. Es precisamente a través de la reelaboración interpretativa de la cláusula conforme al artículo 11 de la Constitución que la jurisprudencia de la Corte ha venido —en diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión— a construir el llamado «efecto directo» de algunas normas comunitarias y reconocer la consecuente facultad del juez de inaplicar la norma interna en conflicto (Corte Constitucional, sentencia de 5 de junio de 1984, núm. 170).

Con la sentencia núm. 227 de 2010, la Corte aclaró que el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución confirma expresamente la obligación del legislador, estatal y

16 Expresión utilizada por P. BARILE, «Il cammino comunitario della Corte», *Giur. Cost.*, 1973, pp. 2406 ss.

de las Regiones, de respetar las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario.

Por tanto, en lo que se refiere a las constricciones europeas, a primera vista podría considerarse que poco o nada ha cambiado, dado que la primacía del derecho europeo se considera permanentemente anclada en el artículo 11 de la Constitución aún después de la reforma constitucional de 2001. Sin embargo, la reforma del Título V —y en particular del artículo 117, primer párrafo, de la Constitución— tuvo otras consecuencias difíciles de atribuir al artículo 11 de la Constitución. De hecho, la nueva obligación europea del artículo 117 también introdujo cambios en relación con los recursos directos ante la Corte Constitucional por parte de las Regiones contra las leyes estatales, que difícilmente podrían justificarse por la cláusula única que opera en el artículo 11 Const.¹⁷

Por tanto, una posible supresión del vínculo europeo con el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, tendría al menos como consecuencia una posibilidad menos incisiva de las Regiones de impugnar principalmente las leyes estatales.

La situación es diferente con respecto a las obligaciones internacionales. Aquí la reforma de 2001 tuvo un efecto disruptivo. El alcance innovador de las «restricciones derivadas de obligaciones internacionales» a que se refiere el primer párrafo del artículo 117 resulta de la orientación de la Corte Constitucional a partir de las sentencias «gemelas» núm. 348 y 349 de 2007. Esta jurisprudencia aclaró que las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) integran, como «normas interpuestas», el parámetro constitucional expresado por el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, en la parte en que impone la conformidad de la legislación interna con las obligaciones derivadas de las obligaciones internacionales. Este parecía ser el perfil radicalmente innovador, dado que las obligaciones internacionales derivadas del derecho convencional, en el sistema anterior a la modificación del artículo 117, no gozaba de ninguna garantía constitucional.

Antes de la ley constitucional de 2001, la conformidad de las leyes ordinarias con las normas del derecho internacional convencional estaba sujeta al control de la Corte Constitucional únicamente dentro de los límites establecidos por los artículos 7, 10 y 11 de la Constitución. La inexistencia de una garantía constitucional para los tratados internacionales se derivó del artículo 10, primer párrafo, de la Constitución, que se refiere únicamente al derecho consuetudinario. La introducción de esta garantía supondría, por tanto, «la verdadera novedad del artículo 117, primer párrafo»¹⁸.

17 D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Giappichelli, Torino, 2018.

18 F. SALERNO, «Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno», *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 340. Como había aclarado la

Al mismo tiempo, la introducción de la referencia a las limitaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario entre los límites de la potestad legislativa del Estado y de las Regiones, en un artículo totalmente central para la forma de Estado perfilada en 2001, acaba siendo —aunque incluido en la segunda parte de la Constitución— estrechamente relacionado con el artículo 11 de la Constitución, ubicado en la primera parte.

El artículo 11 de la Constitución representa no solo una verdadera «piedra angular» de la relación entre el ordenamiento jurídico italiano y el ordenamiento jurídico europeo¹⁹, sino también el «corazón» de la elección de apertura de los padres constituyentes y la base del camino compuesto emprendido por Italia en el camino de la integración europea²⁰. En este contexto, el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución no autoriza ni regula la participación italiana en la Unión, pero la presupone²¹.

El debate sobre la naturaleza del artículo 117, primer párrafo, desarrollado a través de una llamada tesis «maximalista», según la cual la disposición prevé un nuevo parámetro expresado, de conformidad comunitaria, y —por el contrario— una llamada «continuitista» que se basa en la creencia de que la restricción introducida solo reproduciría la ya prevista por el artículo 11 de la Constitución²².

Esta disposición, de hecho, también en la interpretación dada por la Corte Constitucional, acabó siendo reconocida como de escaso alcance innovador, ya que el artículo 11 de la Constitución ha seguido siendo el eje de la relación entre el ordenamiento jurídico

Corte, en efecto, «la adecuación a las normas de los tratados internacionales se produce para cada tratado individual con un acto ad hoc consistente en el orden de ejecución generalmente adoptado con el derecho común. De ello se sigue que los tratados internacionales asumen la misma posición en el ordenamiento jurídico que el acto que les dio ejecución. Cuando la ejecución ha tenido lugar por la vía de la ley ordinaria, adquieren, por tanto, fuerza y jerarquía de ley ordinaria que puede ser derogada o modificada por una ley ordinaria posterior» (Corte Constitucional, 6 de junio de 1989, n. 323). Este planteamiento ha cambiado radicalmente con la entrada en vigor del nuevo texto del primer párrafo del artículo 117 de la Constitución.

19 N. LUPO, «L'articolo 11 come "chiave di volta" della Costituzione vigente», cit., pp. 379-419.

20 A. STEVANATO, «Qualche considerazione sul contenuto materiale del limite della forma repubblicana alla luce di due recenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'articolo 117 Cost.», cit., p. 3.

21 A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea», *federalismi.it*, 19 de junio de 2019, p. 16.

22 Ver A. COSSIRI, «Artículo 117, co. 1», «Commentario breve alla Costituzione», en S. BARTOLE y R. BIN, 2 ed., CEDAM, Padova, 2008, p. 1046. Cfr. C. PINELLI, «I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario», *Foro italiano*, nn. 7-8, 2001, pp. 194 ss.

de la Unión y el ordenamiento jurídico interno²³, dado que la Corte leyó en el artículo 117 una mera confirmación de algunos de los efectos ya relacionados con el artículo 11 de la Constitución.²⁴

La ley en cuestión —al menos en lo que se refiere a las obligaciones comunitarias— parecería representar una confirmación de lo que ya existía en el momento de su introducción, pero atribuyendo «fundamentos más estables al acervo de las relaciones entre los sistemas jurídicos que se habían desarrollado en la experiencia constitucional»²⁵.

Como suele ocurrir, la verdad parece estar en algún punto intermedio: por un lado, en efecto, es cierto que la primacía del derecho europeo ya estaba afirmada desde hacía mucho tiempo y no fue la revisión constitucional de 2001 la que limitó la potestad legislativa del Estado y de las Regiones en cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario; por otro lado, sin embargo, la verdadera novedad radica en el hecho de que se ha insertado una nueva cláusula europea en la segunda parte de la Constitución, certificando —también a nivel constitucional— un cambio, que ya se ha producido a través de la jurisprudencia, y cristalizando de una vez por todas en una de las normas que más caracterizan la forma de Estado italiano.

Además, se ha hecho más significativa la referencia a los vínculos comunitarios en las sentencias de la Corte Constitucional. Con la conocida sentencia 406/2005, de la Corte Constitucional, se ha establecido, en efecto, que «las directivas comunitarias actúan como normas interpuestas destinadas a integrar el parámetro de apreciación de la conformidad de la legislación proveniente de las Regiones con el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución».

De esta forma, el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución se vincula con el principio fundamental contenido en el artículo 11 de la Constitución: también puede

23 A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea», cit., pp. 13 ss.

24 Véase sentencia nro. 227 de 2010, en el cual la Corte Constitucional afirmó que «el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución [...] confirmó expresamente, en parte, lo que ya se había relacionado con el artículo 11 de la Constitución, es decir, la obligación del legislador, estatal y de las Regiones, de respetar las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario. El límite al ejercicio de la función legislativa impuesto por el artículo 117, párrafo primero, de la Constitución, es, sin embargo, sólo uno de los elementos relevantes de la relación entre el derecho interno y el derecho de la Unión, relación que, considerada en su conjunto y tal como ha sido esbozada por este Tribunal durante las últimas décadas, sigue encontrando un “fundamento firme” en el artículo 11 de la Constitución».

25 G. SERGES, «Articolo 117 1° co.», in R. BIFULCO, A. CELOTTO y M. OLIVETTI (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, p. 2219.

considerarse, por otra parte, que si bien el artículo 117 de la Constitución, a pesar de estar situado en la segunda parte de la Constitución, no es en modo alguno «ajeno a la lista de principios fundamentales»²⁶. Por el contrario, en virtud del estrecho vínculo con los artículos 10 y 11, parece tener que gozar del mismo nivel de resistencia a aquellas propuestas de revisión constitucional que realmente quieren dar un paso atrás en el proceso de integración europea y cumplimiento de las obligaciones internacionales²⁷.

La nueva cláusula europea, ya en 2001, supuso una ampliación del bloque de constitucionalidad euro-nacional, asegurando que las disposiciones normativas en conflicto con él puedan ser declaradas ilegítimas por vulneración de los artículos 11 y 117 de la Constitución, salvo que sean meramente inaplicables por el juez común por contravenir normas comunitarias de efecto directo.

La introducida en 2001 no puede, por tanto, considerarse una disposición sin efecto, ni puede desconocerse la importancia de haber dado un reconocimiento constitucional expreso a las limitaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Unión. Por otra parte, se han seguido aprobando, incluso recientemente, reformas constitucionales que positivizan objetivos ya alcanzados en gran medida por la jurisprudencia constitucional²⁸.

Sin embargo, se puede vislumbrar otra consecuencia, que reside en la garantía constitucional de la pertenencia de Italia a la Unión: la suma de una cláusula europea adicional hace que sea aún más complicado cuestionar la pertenencia de Italia a la Unión.

Puede hacerse una última anotación en relación con el artículo 117 de la Constitución, que parece situar al mismo nivel las limitaciones derivadas del derecho internacional de los tratados y las derivadas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En realidad, como se ha señalado, no es así: si bien de hecho existe una asimilación entre las obligaciones internacionales y europeas, y ambas fijan límites a la actividad legislativa, el legislador constitucional menciona expresamente las limitaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Unión, distinguiéndolas de la generalidad de las obligaciones internacionales

26 Ivi, p. 2223.

27 A. STEVANATO, «Qualche considerazione sul contenuto materiale del limite della forma repubblicana alla luce di due recenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'articolo 117 Cost.», cit., p. 4.

28 Piénsese en la reforma del artículo 9 de la Constitución: en el punto, ver. R. BIFULCO, «Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente», *federalismi.it*, 6 de abril de 2022; F. FRACCHIA, «L'ambiente nell'articolo 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"», *Il diritto dell'economia*, núm. 1, 2022, pp. 15 ss.; M. CECCHETTI, «Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione», *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2022, pp. 127 ss. También se permita una referencia a L. Bartolucci, «Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale», *Osservatorio AIC*, núm. 4, 2021.

contraídas por Italia²⁹. Los dos tipos de restricciones no son asimilables ya que entre ellos existe «una diferencia que no es solo terminológica, sino también sustancial»³⁰. De hecho, los tratados europeos se distinguen de otros acuerdos internacionales por haber dado lugar a «un “orden” más amplio, de carácter supranacional», al que los Estados miembros han cedido parte de su soberanía³¹.

4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2012

La única revisión constitucional que podría considerarse realmente inducida por la UE es la de 2012. La ley constitucional núm. 1 de 2012, titulada «Introducción del principio de equilibrio presupuestario en la Carta Constitucional», es una reforma que ha afectado los artículos 81, 97, 117 y 119 de la Constitución, introduciendo en la Constitución los principios de equilibrio presupuestario y sostenibilidad de la deuda pública.

Con la reforma de 2012 se incluyeron en la Constitución nuevas referencias a la Unión Europea, que aparecen en los artículos 97 y 119 de la Constitución, en particular, se hace referencia expresa a los compromisos asumidos a nivel europeo y se obliga a la Administración pública (artículo 97, párrafo primero, de la Constitución) y a las Regiones y territorios locales (artículo 119, párrafo primero, de la Constitución) a respetarlos. En términos de restricciones «económicas y financieras», estas reglas establecen de manera oportuna algunas de las obligaciones que se derivan de la participación de Italia en la Unión y que el artículo 117, primer párrafo, de la Constitución evoca en términos más generales³².

Esta reforma, a diferencia de la de 2001, introdujo expresamente «un nuevo principio que no existía previamente en la Constitución, o que ninguna interpretación de las disposiciones anteriores había llegado a prefigurar»³³. Reforma que se hizo necesaria también porque —como bien se ha argumentado— «el camino exegético del artículo 11 de la Constitución puede seguirse y mantenerse con fines de legitimidad siempre que

29 A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea», cit., p. 16.

30 Sentencia núm. 348 de 2007, punto 3.3.

31 Ibidem.

32 A. MIGLIO, «Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea», cit., p. 15. Ver, además, T.F. GIUPPONI, «Vincoli di bilancio, stato costituzionale e integrazione europea: una nuova occasione di dialogo tra Corti?», *Forum di quad. cost.*, 2014; G.L. TOSATO, «La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno», *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 5 s.

33 A. MORRONE, «I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea», cit., p. 11.

no se presuma que las limitaciones a la soberanía no han alcanzado su máxima extensión constitucionalmente compatible»³⁴.

Reforma, por tanto, que podría considerarse plenamente «inducida» por la integración europea, pero que, bien mirada, también se debió —en gran parte— a la fuerte voluntad de «tranquilizar» los mercados financieros en la fase más violenta de la crisis de deudas soberanas. Sin embargo, hubo un aporte europeo: y se derivó no solo de las disposiciones de la llamada Pacto Euro Plus, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro (más otros seis Estados miembros), pero también por las disposiciones del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (denominado «Fiscal Compact»), firmado al margen del Consejo Europeo de 2 de marzo de 2012, donde, además de introducir la regla de equilibrio presupuestario para los Estados contratantes, se dispuso la incorporación de esta obligación en los ordenamientos jurídicos nacionales «a través de disposiciones vinculantes de carácter permanente —preferentemente constitucional— o cuya fiel observancia se garantice de otro modo rigurosamente a lo largo del proceso presupuestario nacional» (artículo 3, inciso 2, del Pacto Fiscal)³⁵.

Precisamente esta disposición parece ser la novedad más relevante del Pacto Fiscal. De hecho, la obligación de equilibrio presupuestario ya operaba en el derecho de la Unión, con un valor que tenía prioridad sobre el derecho interno en virtud de la primacía del derecho europeo. Por tanto, puede suponerse que la base del Pacto Fiscal fue la voluntad de «enviar un mensaje tranquilizador al electorado de determinados países (Alemania, *in primis*) cuando se les pedía su contribución»³⁶ para ayudar a los Estados de la zona euro en crisis.

34 *Ibidem*.

35 En aras de la exhaustividad, debe recordarse que una declaración similar aparecía no solo en la carta enviada por el presidente francés y la canciller alemana al presidente del Consejo Europeo al término de la cumbre franco-alemana en agosto de 2011, sino también también en la conocida carta enviada al Gobierno italiano en el verano de 2011, firmada por los dos Gobernadores del Banco de Italia y del Banco Central Europeo. Como recuerda P. CARNEVALE, «La revisione costituzionale nella prassi del “terzo millennio”. Una rassegna problematica», *Rivista AIC*, núm. 1, 2013, p. 12, en esa carta había «también una indicación de tiempo específica, aunque en sí misma mediada: la de adelantar el presupuesto equilibrado a 2013, en lugar de 2014».

36 G.L. TOSATO, «I vincoli europei sulle politiche di bilancio», *Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., p. 83. De hecho, la inclusión de algunas reglas en el Pacto Fiscal provoca un «endurecimiento», ya que sólo pueden modificarse con el consentimiento de todos los Estados contratantes y, en consecuencia, atribuyendo a cada Estado un derecho de veto.

El mismo Tratado había previsto la obligación de los Estados de establecer un mecanismo automático de corrección a nivel nacional sobre la base de principios comunes propuestos por la Comisión Europea y relativos a la naturaleza, dimensión y plazo de las acciones correctivas a emprender, así como como el papel y la independencia de las instituciones que a nivel nacional son responsables de velar por el cumplimiento de las normas de equilibrio presupuestario.

En Italia esta obligación ha sido cumplida —más aún, anticipándola— a través de la ley constitucional del 20 de abril de 2012, núm. 1, que modificó los artículos 81, 97, 117 y 119 de la Constitución. En particular, en el primer párrafo del artículo 81 de la Constitución, se ha insertado el principio de equilibrio presupuestario, mientras que en el artículo 97 de la Constitución, párrafo primero, se ha incluido una cláusula aún más amplia —en lo posible— según la cual «las administraciones públicas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, velarán por el equilibrio de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda pública».

Reformas similares a la italiana de 2012 se han producido en muchos otros Estados miembros de la Unión (los casos de Alemania y España son paradigmáticos)³⁷, mientras que no ha ocurrido lo mismo en otros, como Francia, que se ha adaptado a través de una «ley orgánica», a diferencia de su forma habitual de proceder con las revisiones constitucionales tras cada cambio de los Tratados. Este es un hecho crucial: de esta forma podemos ver cómo, aunque la Unión Europea haya podido inducir la reforma constitucional, al mismo tiempo existían otras vías por las que los Estados miembros podrían haberse adaptado. Son los Estados los que han decidido aprobar revisiones constitucionales para adaptarse mejor al proceso de integración europea.

Además, se subrayó que la restricción del Pacto Fiscal «era esencialmente procedimental (debiendo ser garantizada “a lo largo del proceso presupuestario nacional”): por lo tanto, habría sido posible operar sobre reglamentos parlamentarios o aprobar una ley “de sistema”, en el modelo de la ley núm. 400 de 1988, que afectó el posterior ejercicio de la potestad legislativa»³⁸. También se ha sostenido que la reforma era esencialmente «irrele-

37 R. BIFULCO, «Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo», in R. BIFULCO y O. ROSELLI (ed.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 139 ss., p. 140.

38 M. LUCIANI, «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», in *Scritti in onore di Antonio D'Arena*, tomo III, Milano, 2015, p. 1693. Las objeciones que podrían hacerse a esta solución, que el autor toma en consideración, respectivamente, el hecho de que el incumplimiento de las normas parlamentarias, debido a la constante jurisprudencia constitucional, no puede ser censurado en el juicio de las

vante», ya que la obligación de equilibrar el presupuesto ya estaba en vigor en la legislación de la UE: y esto, sobre la base de principios consolidados, que tienen prioridad sobre la legislación nacional³⁹.

Sin embargo, es el momento de estas reformas lo que es particularmente importante para comprender si pueden considerarse inducidas por la UE.

La crisis financiera internacional que estalló en 2007, y la recesión económica que siguió, indudablemente provocaron cambios constitucionales significativos, especialmente en Europa, adonde esta crisis emigró y luego estalló con particular violencia. Cabe preguntarse si estas reformas constitucionales fueron, no obstante, inducidas por el deseo de adaptarse al cambio en la gobernanza económica europea o si fueron dictadas por el deseo de calmar los mercados financieros. Mercados que —cabe recordar— han podido tener mucha «voz» tanto por las carencias estructurales de la Unión y la UEM como, por parte italiana, por el tamaño de la deuda pública.

En Alemania, la reforma constitucional está contenida en la *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* (artículos 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) de 29 de julio de 2009. La reforma no tiene una mera trascendencia nacional ni, al mismo tiempo, sirve para adaptar pasivamente el derecho interno al derecho de la UE; puede considerarse la primera reforma constitucional posnacional, porque está concebida desde una perspectiva europea y quizás global⁴⁰. De hecho, la atención del legislador constitucional alemán se dirige hacia

leyes y que, en segundo lugar, una ley ordinaria, por «sistémica» que sea, no puede condicionar la legitimidad constitucional de otra ley ordinaria. En cuanto a la primera objeción, nótese que el cumplimiento de las normas parlamentarias se asegura por mecanismos internos en las Cámaras, a partir de la actuación de los respectivos Presidentes, y que el Pacto Fiscal no exige que los mecanismos que garanticen el cumplimiento de sus prescripciones sean exclusivamente de un carácter judicial. En cuanto a la segunda, si bien la Corte Constitucional ha señalado que la ley núm. 400 de 1988 no puede constituir un parámetro interpuesto en los juicios de constitucionalidad de otras leyes, «el Presidente Napolitano, luego de haberse referido al principio de homogeneidad en la promulgación de la ley que convierte el Decreto Legislativo n. 125 de marzo de 2010, n. 40 (decreto-ley llamado “incentivos”), matizó la ley 400 de 1988 como “ley de aplicación constitucional” en la Carta a los Presidentes de las Cámaras y al Presidente del Consejo de 22 de febrero de 2011, que les fue dirigida en referencia al proyecto de ley que transforma el Decreto Legislativo n. 129 de diciembre de 2010, n. 225 (llamado “milleproroghe”) y recordó debidamente algunos precedentes significativos de la Presidencia Ciampi, en los que la ley núm. 400 había sido utilizado como parámetro, y el principio de homogeneidad de los decretos-leyes había sido aplicado mucho antes del “giro” jurisprudencial de la Corte Constitucional, que con la sentencia núm. 22 de 2012».

39 G. L. TOSATO, «I vincoli europei sulle politiche di bilancio», *cit.*, p. 83. *Contra*, M. LUCIANI, «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», *cit.*, pp. 1695 ss.

40 R. BIFULCO, «Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?», *Rivista AIC*, núm. 3, 2011, p. 5.

la conciencia de formar parte de un ordenamiento jurídico más amplio en el que el orden de las finanzas públicas habría representado cada vez más un elemento discriminatorio en las elecciones de las políticas económicas de la Unión⁴¹. En resumen, una reforma que ha actuado como medio a través del cual un orden nacional se relaciona y pretende afectar a procesos de integración europeos y globales más amplios⁴².

A principios de septiembre de 2011, el gobierno italiano también presentó un proyecto de ley constitucional en materia de presupuestos equilibrados que se convirtió en la ley constitucional del 20 de abril de 2012, núm. 1. Si tenemos en cuenta que el Pacto fiscal se firmó el 2 de marzo de 2012, puede suponerse que la reforma italiana sobre el llamado «reglas fiscales» fue una respuesta a ello. Por supuesto, el clima que reinaba en Europa era el mismo, pues otras leyes ya habían requerido una intervención menos rígida sobre las reglas presupuestarias y Alemania tres años antes había cambiado su Constitución.

En este contexto, se puede considerar que la hegemonía cultural alemana y su *Weltanschauung* económico-financiero⁴³ han influido fuertemente en la reacción a la crisis⁴⁴: la reforma constitucional alemana de 2009⁴⁵ había anticipado —en esencia— los rasgos principales de la reforma de la gobernanza económica europea⁴⁶. Hemos asistido así, a gran escala, a la europeización de los principales rasgos de la constitución económica alemana, con una contaminación y entrada de las reglas fiscales en las constituciones de los Estados de la mitad de la Unión Europea⁴⁷.

41 Ibidem.

42 Ibidem.

43 Ver F. LOSURDO, «Schuldenbremse e clausola d'identità costituzionale in Germania», *Italian Papers on Federalism*, nn. 1-2, 2015, pp. 1 ss.

44 Así como, anteriormente, también había influido en la construcción de las reglas de Maastricht. En estos términos, ver G. DE ANGELIS, «Sovranità economica e legittimità politica nell'Unione economica e monetaria», *Ragion pratica*, núm. 2, 2019, p. 491 s., p. 498.

45 La llamada Foederalismusreform II, que establecía que los presupuestos de la Federación y los Länder debían equilibrarse sin recurrir al endeudamiento. Para comentarios críticos sobre la reforma, ver M. GOLDMANN, «Legarsi le mani: il quadro delle misure di riduzione del deficit in Germania», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 12, 2010, pp. 1312 ss.

46 Sobre la *German hegemony*, ver A. VON BOGDANDY, «German Legal Hegemony?», *Verfassungsblog*, 5 de octubre de 2020 y D. SARMIENTO, «On the Road to German Hegemony in EU Law?», *Verfassungsblog*, 7 de octubre de 2020.

47 Ver G. GERAPETRITIS, *New Economic Constitutionalism in Europe*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2019, p. 1 s. y T. GINSBURG, «Balanced Budget Provisions in Constitutions», in T. GINSBURG, M.D. ROSEN, y G. VANBERG, *Constitutions in Times of Financial Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 58 s.

Como se ha dicho, se trata de reformas constitucionales posnacionales⁴⁸. Sin embargo, también se ha señalado que la reforma constitucional italiana es anterior a la entrada en vigor del Pacto Fiscal y, por lo tanto, se debe no tanto a lo prescrito en él, sino al deseo de «tranquilizar» los mercados, cuya turbulencia fue elevando considerablemente la prima de riesgo y poniendo así al Estado italiano en serias dificultades financieras.

Si es cierto que la naturaleza «compuesta» de la Constitución Europea conduce a influencias mutuas y que muchas revisiones constitucionales de los últimos veinte años pueden considerarse impulsadas por la UE o al menos orientadas hacia la UE⁴⁹, puede que no sea del todo así. Para apoyar esta hipótesis, pensemos en el hecho de que Italia siempre había preferido una adaptación más «silenciosa» a la evolución de los Tratados europeos, también a través de «modificaciones tácitas» de la Constitución gracias al anclaje constitucional del artículo 11 de la Constitución.

Esto no significa que la reforma de 2012 ancle más la Constitución italiana al ordenamiento jurídico europeo: las cláusulas europeas adicionales insertadas en la Constitución, en los artículos 97 y 119 de la Constitución (y también las postergaciones de la ley de implementación reforzada, ley núm. 243 de 2012). De esta forma, el derecho constitucional construye una relación entre el legislador constitucional, el legislador ordinario y las instituciones de la Unión, dificultando «negar que la ley 1/2012 afecta fuertemente a la forma de entender la soberanía del Estado en materia presupuestaria, que a partir de ahora ya no reside íntegramente en el órgano parlamentario»⁵⁰. En este sentido, la reforma obliga «a trasladar y adecuar los principios del constitucionalismo dentro de una dimensión diferente —la de un constitucionalismo europeo— en la que los límites al legislador derivan, con el consentimiento del legislador constitucional, directamente de la Unión»⁵¹.

Estas reformas resultan no solo de una supuesta hegemonía alemana, sino también de la contingente situación de crisis especulativa y por tanto sin que se perciban como reglas compartidas, puede ser una de las razones que llevaron a su aplicación elástica y lo que dio lugar, en los años siguientes, a formas incisivas de flexibilidad. En Italia, se puede verificar fácilmente que a partir de 2014 la cláusula presente en el nuevo artículo 81, párrafo segundo, de la Constitución, relativa al mayor endeudamiento, en línea con los

48 R. BIFULCO, «Una riforma costituzionale post-nazionale?», *Rivista AIC*, núm. 3, 2011.

49 Cfr. N. LUPO y G. PICCIRILLI, «Conclusion: “Silent” Constitutional Transformations: the Italian Way of Adapting to the European Union», in N. LUPO y G. PICCIRILLI (ed.), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford, 2017, pp. 317 ss., p. 325.

50 R. BIFULCO, «Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio», *Rivista AIC*, núm. 2, 2012, p. 5.

51 *Ibidem*.

acuerdos alcanzados en cada momento con las instituciones europeas, se ha interpretado con la máxima flexibilidad posible⁵².

El procedimiento de aprobación de la ley de 2012 también fue particular: todo el procedimiento se completó en unos siete meses⁵³ y el quórum alcanzado en las votaciones finales superó con creces el umbral de 2/3 establecido por el artículo 138 de la Constitución⁵⁴. Fue por tanto un procedimiento de aprobación precipitado, al que la opinión pública y los medios de comunicación no prestaron mucha atención⁵⁵.

En definitiva, estos elementos, entre ellos la premura, la extraordinaria mayoría con que se aprobó la reforma, la oportunidad y la posibilidad no contestada de proceder aun sin reforma constitucional, parecen confirmar la realidad de la ley de 2012 fue una respuesta no tanto a los demás Estados miembros de la Unión Europea y de la Unión Económica y Monetaria, o a una verdadera «necesidad constitucional»⁵⁶, por lo que la revisión constitucional no puede considerarse enteramente inducida por la Unión.

52 Empezando desde: Comisión Europea, Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita, Estrasburgo, 13/01/2015, COM(2015) 12 final.

53 En primera lectura en la Cámara, la fase de remisión tuvo lugar entre el 5 de octubre y el 10 de noviembre; la discusión en la Asamblea comenzó el 23 de noviembre y finalizó el 30. En el Senado, las comisiones mixtas 1 y 5 iniciaron el examen el 7 de diciembre, mientras que la Asamblea concluyó sus trabajos, sin modificar el texto, el 15 de diciembre. En tercera lectura, en la Cámara, se agotó la curul de referencia en un día (21 de febrero de 2012), el pleno en dos (5 y 6 de marzo), con la aprobación de los dos tercios prescritos; en la cuarta lectura en el Senado, el examen en comisión duró del 14 al 20 de marzo y el de la Asamblea del 29 de marzo al 17 de abril, día en que el texto fue definitivamente desechado. La promulgación data del 20 de abril de 2012.

54 El Senado de la República aprobó definitivamente la reforma constitucional con 235 votos a favor. De esta forma se evitaba la posibilidad de recurrir al referéndum confirmatorio. Ver D. PICCIONE, «Revisione e legislazione costituzionale ai tempi delle crisi (Riserve sul procedimento di codificazione costituzionale del principio di pareggio di bilancio. In ricordo di Federico Caffè, a venticinque anni dalla scomparsa)», *Giur. cost.*, núm. 5, 2012, p. 3862. Otra característica del proceso de aprobación de la reforma se encuentra en el hecho de que «la fase de decisión se concentra íntegramente en la primera lectura en la Cámara».

55 N. LUPO, «La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti», en V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO y G. SCACCIA (ed.), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2011, p. 96. Ver también P. CARNEVALE, «La revisione costituzionale nella prassi del “terzo millennio”», cit., p. 12 s.

56 Según una interpretación algo similar, ver M. MANETTI, «Il governo Monti tra emergenze vere o presunte», *Democrazia e diritto*, nn. 1-2, 2012, pp. 41-42, «la impresión es que la razón de la reforma debe buscarse, más que en la necesidad real de subsanar una falla de la Constitución, en la voluntad de la mayoría de las fuerzas políticas de mostrarse a la altura, redimiendo su imagen con una

Al menos en teoría, con la ley constitucional núm. 1 de 2012, la restricción financiera debería haber sido asumida clara y explícitamente también por las clases políticas nacionales⁵⁷. La limitación constitucionalizada de las finanzas públicas —«a regañadientes y casi clandestinamente»⁵⁸— ha abierto las puertas al control de constitucionalidad y a la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad, con la consecuente nulidad de los actos legislativos internos⁵⁹.

La reforma constitucional de 2012 tuvo efectos muy significativos, tanto por la introducción del principio de equilibrio presupuestario como por la afirmación, en el nuevo párrafo primero del artículo 97 de la Constitución, con referencia a todas las Administraciones Públicas, de los principios de equilibrio presupuestario y de sostenibilidad de la deuda pública, que se perseguirán «de conformidad con el derecho de la Unión Europea». Este último es el contenido crucial e innovador, ya que con él se inserta en la Constitución una «cláusula europea» no sólo de amplio ámbito de aplicación (todos los poderes públicos), sino también «abierta» en cuanto a las normas a tener en cuenta. Sobre la base de esta cláusula, en efecto, se exige que las finanzas públicas italianas se muevan en línea no solo con lo previsto en ese momento, sino también, dado que se trata de un aplazamiento ciertamente «móvil», con todo lo que establecerá el sistema jurídico de la Unión Europea⁶⁰.

5. CONCLUSIONES: EL PAPEL DE LAS CLÁUSULAS EUROPEAS

El constitucionalismo moderno no está indisolublemente ligado a los Estados nacionales, sino mucho más allá de sus fronteras. En este sentido, desde el punto de vista de la Constitución italiana, su artículo 11 introduce la llamada «Cláusula europea». Sin embargo, además de la cláusula original, existen hoy al menos cuatro nuevas disposiciones clave que crean «como una red de seguridad (así como un vínculo) con el ordenamiento jurídico y financiero de la Unión»⁶¹. Cuatro «articulaciones entre la Constitución italiana y el

Compromiso solemne de autocontención de gastos. En otras palabras, la emergencia que se ha querido atender es la, enteramente subjetiva, de la política, ahora imposible de manejar en cualquier orden; y la revisión de la Constitución con dos tercios de quórum parecía el escenario ideal para una foto de grupo celebrando el fin de veinte años de hostilidades».

57 N. LUPO, «La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti», cit., p. 96.

58 Ibidem.

59 M. LUCIANI, «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», cit., p. 1697.

60 N. LUPO, «Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana», cit., p. 496.

61 A. MANZELLA, «La Costituzione italiana come Costituzione “europea”: 70 anni dopo»,

ordenamiento jurídico europeo»⁶², «trama euro-nacional que articula la Constitución»⁶³. El artículo 117, primer párrafo, de la Constitución, donde establece como límite al poder legislativo —estatal y regional— el respeto de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Unión Europea. El artículo 81 de la Constitución que obliga al equilibrio del presupuesto, para lo cual el recurso a la deuda debe ser autorizado por la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras. El artículo 97, primer párrafo, de la Constitución que requiere a las Administraciones Públicas respetar el ordenamiento jurídico de la Unión: velar por el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad de la deuda pública. El artículo 119, primer párrafo, de la Constitución, que obliga a las autonomías territoriales a cumplir con las limitaciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Son cuatro puntos entre la Constitución italiana y el ordenamiento jurídico de la Unión, que se sitúan en cuatro de los ámbitos cruciales del constitucionalismo: autonomía legislativa, decisión presupuestaria, autonomía administrativa, autonomía territorial. Esta bisagra tiene repercusiones internas, creando un bloque de constitucionalidad «euro-nacional»⁶⁴: cualquier transgresión de estas normas es, por tanto, una violación de la Constitución nacional, fatalmente destinada al juicio y sanción de la Corte Constitucional⁶⁵.

Al mismo tiempo, estas cláusulas europeas también tienen un fuerte valor simbólico, tanto al vincular a Italia con la Unión Europea a nivel constitucional, como al situar su origen europeo junto a algunos principios.

El análisis realizado muestra que las revisiones constitucionales de 2001 y 2012 no tuvieron sus raíces a nivel supranacional, ni fueron totalmente inducidas por la UE. Sin duda, la de 2012 puede estar ligada a las carencias de la arquitectura institucional de la Unión y a la necesidad de intervenir por la elevada deuda pública italiana, pero, como hemos visto, habrían existido otras formas de adaptarse a los estándares europeos.

Sin embargo, esas reformas tuvieron resultados y efectos precisos. El primero de ellos es haber creado un bloque constitucional euro-nacional más complejo que el que podría haberse derivado por sí solo del artículo 11 de la Constitución, pero otros efectos podrían desencadenar estas cláusulas en el futuro, cuando se decida cortar los vínculos con la Unión. De hecho, una posible modificación de estas cláusulas correría el riesgo de chocar

Nuova Antologia, núm. 3, 2018, pp. 40 s., pp. 44-45.

62 Ibidem.

63 Ibidem.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

con los principios supremos del ordenamiento jurídico y con la identidad constitucional italiana, que la Corte Constitucional podría detectar en el juicio de constitucionalidad de cualquier ley de revisión constitucional.

En resumen, la investigación es preparatoria para investigar el alcance y el valor de la integración europea en el orden constitucional italiano. En efecto, cabe preguntarse si el límite previsto en el artículo 139 de la Constitución incluye hoy también las cláusulas europeas, tal y como se plantea actualmente. Por otra parte, la facultad del artículo 139 de la Constitución para ampliar su ámbito prescriptivo podría, en última instancia, hacer posible que las cláusulas europeas formen parte no solo del bloque euro-nacional de constitucionalidad, sino también de esa esencia «de los valores supremos en los que se basa la Constitución italiana»⁶⁶, que se convierten en las piezas del rompecabezas que constituye la «forma republicana»⁶⁷.

Resumen

El objetivo de la contribución es analizar las revisiones constitucionales italianas que han introducido diversas cláusulas europeas en la Constitución y analizar los resultados. En particular, se plantea si estas revisiones constitucionales fueron realmente inducidas por la UE o si se hicieron independientemente de ella. Del mismo modo, se investigan sus efectos, para comprender hasta qué punto han sido «útiles».

Palabras clave

Cláusula europea, revisión constitucional, Italia.

Abstract

The aim of this contribution is to analyze the Italian constitutional revisions that have introduced various European clauses in the Constitution and to take account of the results. In particular, it is researched whether these constitutional revisions were really induced by the EU or whether they were made independently of it. Similarly, their effects are investigated, in order to understand to what extent they have been «useful».

Keywords

European clause, constitutional revision, Italy.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

⁶⁶ Corte Constitucional n. 1146/1988, 2.2.

⁶⁷ A. STEVANATO, «Qualche considerazione sul contenuto materiale del limite della forma repubblicana alla luce di due recenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'articolo 117 Cost.», cit., p. 2.

EL DESAFÍO DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE A LOS «VALORES COMUNES» Y LAS RESPUESTAS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

The challenge of some EU member states to «common values» and the responses of the European institutions

CESARE PINELLI

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Università di Roma
«Sapienza»*

SUMARIO:

1. Valores «comunes» y «fundamentales» en el Tratado de la Unión Europea.
2. Los instrumentos para garantizar tales valores.
3. Las dificultades y reticencias en la activación del art.7 TUE.
4. El progresivo uso de instrumentos alternativos para garantizar el respeto a los valores comunes: de los procedimientos de infracción al Reglamento de condicionalidad.
5. La censura de los gobiernos polaco y húngaro ante el Tribunal de Justicia.
6. Las respuestas del Tribunal de Justicia.
7. Las respuestas de las instituciones europeas ante el reto de los «valores comunes»: una visión de conjunto.

1. VALORES «COMUNES» Y «FUNDAMENTALES» EN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Según el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea,

«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».

El primer corolario insuperable que se desprende de ello es que los valores allí indicados son a la vez fundamentales, porque la propia Unión está «fundada» en ellos, y «comunes a los Estados miembros». La conexión así establecida no se niega,

sino que se confirma en las restantes disposiciones del Tratado. Por ejemplo, en la medida en que los valores enumerados en el artículo 2 TUE se conciben como «comunes» a los Estados miembros y, al mismo tiempo, dotan a la Unión de su propio «fundamento» en tanto que

«La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Asimismo, la Unión respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro» (Art. 4 TUE).

Entre los elementos esenciales de los que se presume que se componen las «identidades nacionales» no figuran la democracia, el respeto de los derechos humanos y los demás valores mencionados en el artículo 2: no porque sean ajenos a las identidades de los Estados miembros, sino debido a la presunción del artículo 2 de que son comunes a los Estados miembros y constituyen el fundamento mismo de la Unión. Por consiguiente, los elementos que expresan el núcleo de la «identidad nacional» en el sentido del apartado 2 del artículo 4 son también los que se refieren exclusivamente a ella, a saber, la organización interna («las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, incluidas las estructuras regionales y la autonomía local») y las funciones esenciales (las que garantizan «la integridad territorial, el orden público y la seguridad nacional») del Estado miembro. Los valores del artículo 2, por otra parte, afectan tanto a la identidad nacional como a la identidad de la Unión, con la consecuencia de que cuando se ven amenazados a nivel nacional, también lo están a nivel de la UE. En la medida en que, en tal caso, están en juego los propios cimientos de la Unión, la reacción de las autoridades de la UE consistirá *prima facie* en intervenciones destinadas a restablecer las condiciones del artículo 2 TUE y compatibles con el «respeto de las identidades nacionales», en cuanto que éstas consisten en la organización interna y las principales funciones del Estado miembro a que se refiere el artículo 4, apartado 2.

Además, la calificación de los valores mencionados en el artículo 2 del TUE como «comunes a los Estados miembros» se corresponde con la atribución, en el artículo 20 del TFUE, del estatuto de ciudadano europeo a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. Los valores del artículo 2 del TUE «encuentran» a la UE en un terreno supuestamente «común a los Estados miembros en una sociedad en la que primen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la jus-

ticia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». Esa sociedad es la sociedad europea, compuesta por mujeres y hombres que son los ciudadanos de Europa. Que, a su vez, según el artículo 20 del TFUE, son también ciudadanos nacionales. La coextensión es, pues, doble: entre valores y entre ciudadanos.

Todo ello demuestra

«cómo el esfuerzo político consciente por superar la división de las idiosincrasias de los Estados miembros maduró hasta el reconocimiento constitucional de las identidades de los Estados miembros como parte esencial del proyecto europeo, dentro de los parámetros de la libertad, la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. Estos principios fueron el principio y el fin de la integración europea pacífica, por la que lucharon sus pioneros. Sin embargo, su significado en la práctica debe seguir siendo objeto de un debate constitucional, político y jurídico basado en la tolerancia, la aceptación de la alteridad y la confianza»¹.

2. LOS INSTRUMENTOS PARA GARANTIZAR TALES VALORES

El Tratado no se ha limitado a enunciar los valores comunes, en su conexión dialéctica con las identidades nacionales. También ha previsto recursos para protegerlos de las violaciones que puedan perpetrar los Estados miembros. Éstos se contemplan en el artículo 7². En él se observa inmediatamente la opción de remitir

1 L.F.M. BESSELINK, «National and Constitution Identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, vol 6, núm 3 (noviembre) 2010, p. 37.

2 «1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos. 2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. 3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Las obligaciones del Estado miembro

el juicio sobre tales violaciones a instancias políticas: el Consejo en caso de «riesgo claro de violación grave» y el Consejo Europeo en caso de «existencia de una violación grave y persistente». ¿Por qué los autores de los Tratados remitieron ese juicio a otros Estados, excluyendo al poder judicial? Por dos razones, una estructural y otra histórica.

La razón estructural es que, con la atribución de tal poder a los jueces, la Unión habría dado el último paso en su transformación en Estado. Desde un punto de vista jurídico-constitucional, las violaciones de los valores comunes previstas por el Tratado corresponden a infracciones constitucionales no demasiado alejadas de las contempladas en el artículo 21 de la Ley Fundamental alemana cuando confía al Tribunal Constitucional la facultad de disolver los partidos inconstitucionales en la medida en que «tengan por objeto socavar el orden fundamental libre y democrático o subvertirlo o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania». Confiar al Tribunal de Justicia el enjuiciamiento de la violación grave y persistente de los «valores comunes» suponía introducir en la organización de la Unión una atribución propia de un Estado. Es significativo que la solución adoptada por el art. 7 TUE se asemeje a la del art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa para el caso de que un Estado miembro viole sus principios, tanto por los sujetos llamados a juzgar la violación (los Estados miembros reunidos en Comité de Ministros) como por el tipo de sanción que puede imponerse (suspensión del voto en el Consejo).

Si desde un punto de vista estructural la elección de los autores del Tratado casi parecería mantener a la Unión en el grupo de las organizaciones internacionales, desde un punto de vista histórico marca un importante paso adelante. Para comprenderlo, hay que remontarse al Tratado de Ámsterdam de 1997, que en su artículo 6 pone la primera piedra del respeto de los derechos humanos en el Derecho primario de la Unión. Y es que, dos años antes, los criterios de Copenhague sobre el respeto del *rule of law* y la democracia habían fijado un calendario muy exigente para la ampliación de la Unión hacia los países de Europa del Este, con el resultado de poner de relieve el contraste con el hecho de que, a este respecto, la Unión no se ponía límites a sí misma ni a los Estados que ya eran miembros³. A esto siguió el

de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado. 4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición. 5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

3 W. SADURSKY: «Charter and Enlargement», in *European Law Journal*, vol. 8 núm. 3

asunto Haider, llamado así por el político austriaco que encabezaba un partido liberal con tintes xenófobos, cuyas declaraciones bastaron para que los gobiernos de los demás Estados miembros prometieran una «reacción común» si ese partido entraba a formar parte de la coalición de gobierno. El asunto terminó, sin embargo, con la propuesta del Presidente de turno del Consejo Europeo de nombrar una Comisión de Sabios que examinara la conveniencia de introducir en el Tratado Europeo un procedimiento de advertencia previa para casos similares. Se sentaban así las bases del artículo 7 del TUE⁴, casi confirmando una vez más el curso progresivo y no programable del proceso de integración europea. En este sentido, puede decirse que el mecanismo de reacción ante las violaciones de los valores comunes va mucho más allá de una matriz internacionalista.

3. LAS DIFICULTADES Y RETICENCIAS EN LA ACTIVACIÓN DEL ART. 7 TUE

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, empezaron a aflorar violaciones de los valores comunes cometidas por los Estados miembros dentro de sus territorios. La lista incluía ataques a la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, la expulsión del territorio nacional de ciudadanos de la UE de origen romaní, disposiciones legislativas o constitucionales que permitían una influencia gubernamental indebida tanto en las funciones como en la composición de las autoridades independientes y de los tribunales, *gerrymandering* en el proceso electoral para atrincherar al partido gobernante, la aprobación de decretos para evitar los debates parlamentarios en nombre de la emergencia, la suspensión o revocación por el ejecutivo de las máximas autoridades del Estado⁵. En algunos casos, primero sólo en Hungría y luego también en Polonia, estas violaciones reflejaban una «destrucción deliberada del Estado de Derecho en los Estados miembros de la UE»⁶. Se trataba, por tanto, de

2002, p. 344 y C.Pinelli, «Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments», *European Law Journal*, vol. 10 núm. 3 2004, p. 358.

4 Cfr. C. PINELLI, «Rappresentanza e democrazia nel Trattato costituzionale e nella recente esperienza dell'Unione», en *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, elites al potere*, Giappichelli, Torino, 2006, P. 93.

5 Cfr. M. KUMM, «Rescue Package for Fundamental Rights: Comments by Mathias Kumm», *Verfassungsblog*, February 21, 2012.

6 J.W. MÜLLER, «Reflections on Europe's Rule of Law Crises», en P.F. KJAER-N. OLSON (eds), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, Rowman & Littlefield, Londra, 2016, P. 162.

violaciones sistémicas según lo previsto en el artículo 7 del TUE. Y se añadió: «Si la UE no recurre a estas medidas ahora, nadie la tomará en serio en el futuro, y la UE volverá a su deplorable doble rasero: estricta con los Estados candidatos, generosa con los miembros»⁷.

Téngase en cuenta que, mientras que en el caso Haider bastaron unas meras declaraciones xenófobas de un político para que los Gobiernos de los demás Estados miembros amenazaran con medidas de represalia, en los casos surgidos tras la aprobación del Tratado en 2009, fue el comportamiento o los actos normativos o administrativos de los Gobiernos de los Estados miembros los que revelaron un carácter continuado, e incluso fueron reclamados por los propios Gobiernos⁸.

Sin embargo, la activación de los mecanismos del artículo 7 del TUE fue tardía y poco eficaz. De hecho, reflejaba un difícil dilema constitucional. Partiendo de la base de que «un riesgo claro de violación grave», o «la existencia de una violación grave y persistente», por parte de un Estado miembro de los «valores en los que se fundamenta la Unión» pone en peligro su propia adhesión al Tratado de la UE, el art. 7 TUE confiere las competencias de la investigación pertinente exclusivamente a las instituciones políticas. Pero, ¿no es ésta, al mismo tiempo, la razón por la que estos mecanismos se han utilizado con extrema reticencia? Aparte de la exigencia de unanimidad (con la excepción del Estado miembro implicado) para la aprobación de las medidas del art. 7, que obviamente facilita el bloqueo del procedimiento, la atribución a los Estados de la constatación de las violaciones ha hecho que durante mucho tiempo haya pesado más la reticencia a iniciar siquiera tales procedimientos que la preocupación por los riesgos de violaciones graves de los valores del art. 2.1 TUE.

Solo a raíz de la grave crisis constitucional provocada tras las reformas del sistema judicial, introducidas en Polonia por el Gobierno surgido de las elecciones generales del 25 de octubre de 2015, y dirigido por el partido conservador *Prawo i Sprawiedliwość* (Derecho y Justicia), la Comisión decidió activar la propuesta de decisión del Consejo «sobre la determinación de la existencia de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia»⁹.

7 W. SADURSKI: «Rescue Page for Fundamental Rights: Comments by Wojciech Sadurski», *Verfassungsblog*, February 24, 2012.

8 Para una visión general actualizada a 2015, que incluía a Rumanía pero aún no a Polonia, véase A. VON BOGDANDY y P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, C.H.Beck —Hart— Nomos, 2015.

9 20 diciembre 2017 COM(2017) 835.

Posteriormente, el Parlamento Europeo adoptó una resolución en la que instaba al Consejo a determinar, de conformidad con el artículo 7, par. 1, TUE, la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, habida cuenta de la adopción de reformas que afectan al sistema constitucional y electoral, así como a las libertades fundamentales¹⁰.

También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 16 de enero de 2020, señaló la falta de avances significativos en Polonia y Hungría desde la activación del mecanismo del artículo 7.1 del TUE. En un contexto de deterioro del respeto de los valores comunes en ambos países, confirmado por informes y declaraciones de la Comisión y de organismos internacionales como las Naciones Unidas, la OSCE y el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo subrayó que «la incapacidad del Consejo para aplicar eficazmente el artículo 7 del TUE sigue socavando la integridad de los valores europeos comunes, la confianza mutua y la credibilidad de la Unión en su conjunto». Las críticas se centraron también en el hecho de que el Consejo de Asuntos Generales sólo había organizado tres audiencias de Polonia y dos de Hungría, que «no se organizan de manera regular, estructurada y abierta», cuando deberían ser «objetivas, basadas en hechos y transparentes», por no hablar de que el propio Parlamento Europeo, al que el artículo 7.1 del TUE sitúa en pie de igualdad con la Comisión y un tercio de los Estados miembros a efectos de la presentación de la propuesta motivada, no había sido invitado a ellas.

4. EL PROGRESIVO USO DE INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS PARA GARANTIZAR EL RESPETO A LOS VALORES COMUNES: DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN AL REGLAMENTO DE CONDICIONALIDAD

Mientras tanto, el número de procedimientos de infracción incoados por la Comisión *ex artículo* 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por violaciones de los valores comunes por parte de Polonia y Hungría había aumentado considerablemente. Desde un punto de vista textual, los procedimientos de infracción pueden considerarse complementarios de los del art. 7 TUE, al referirse a infracciones más limitadas y circunstanciales, por no mencionar el alcance muy diferente de las sanciones pertinentes¹¹. Sin embargo, dada la resistencia

10 DOUE, C 433, 23 diciembre 2019, 66.

11 C. HILLION, «Overseeing the rule of law in the European Union. Legal mandate and means», *European Policy Analysis*, Sieps enero, 2016, p. 9, así como P.MORI, «La questione del rispetto

a recurrir al artículo 7, la puesta en marcha de los procedimientos de infracción equivalía a suplir, en la medida de lo posible, el déficit de un mecanismo que resultó ser mucho más problemático de lo previsto sobre el papel. Esto, si se añade el empeño con el que la Comisión y el Parlamento Europeo habían desempeñado sus respectivas funciones de impulso en el marco del procedimiento del artículo 7, podría apuntar al hecho de que la protección y promoción de los valores comunes seguía encomendada a las instituciones supranacionales, frente a la inercia que caracterizaba a las intergubernamentales a este respecto¹².

Pero las ideologías dirigidas a destruir los valores comunes habían cobrado para entonces tanta fuerza que el «legalismo autocrático» se había convertido en una estrategia muy precisa de algunos gobiernos de la UE, que podía encontrarse más allá de las desviaciones individuales del *rule of law*¹³. Por tanto, se necesitaban instrumentos más eficaces, también por su alcance más general, que los procedimientos de infracción.

El mecanismo de condicionalidad, que desde 2010 se había referido a los Estados miembros con desequilibrios presupuestarios estructurales (la denominada condicionalidad macroeconómica), se amplió entonces mediante el art. 23 del Reglamento UE 1303/2013, relativo a las políticas de cohesión, a la solicitud de los Estados que aspirasen a obtener fondos para la consecución de objetivos comunes. Los procedimientos eran mucho más concertados entre el Estado miembro y la Comisión que en el caso de la condicionalidad macroeconómica, y las consecuencias del incumplimiento de las normas de la UE por parte de un Estado eran mucho menos graves que en el caso de los desequilibrios presupuestarios. Sin embargo, la condicionalidad macroeconómica seguía siendo el parámetro predominante. No es casualidad que, en una nota preparada para la revisión del Marco Financiero Plurianual, el Gobierno italiano afirmara que

«Antes que el cumplimiento de los parámetros macroeconómicos, cualquier condicionalidad, tanto en el caso de la cohesión como en otros sectores, debería contemplar

dello Stato in diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi», *Federalismi*, núm. 8 2020, p. 196 ss.

12 P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto*, cit., p. 209.

13 K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B.GRAWOSKA-MOROZ, «EU Values are Law after All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union», *Yearbook of European Law*, vol. 39, 2020, pp. 3-121. Además, el «legalismo autocrático» se está extendiendo mucho más allá de Europa, como demuestra F. DE SA E SILVA, «Autocratic legalism 2.0: Insights from a Global Collaborative Research Project», en *Verfassung und Recht in Übersee/ World Comparative Law* núm. 55 2022, p. 419.

el respeto de los valores fundamentales y las normas de convivencia en el seno de la Unión, tomando en consideración adecuadamente los principios del Estado de Derecho que representan su verdadera columna vertebral»¹⁴.

Las críticas a la condicionalidad macroeconómica aparecieron asociadas a una versión alternativa de la condicionalidad, ya que ahora se demostraba que los mismos países que más se habían beneficiado de las políticas de cohesión (Hungría, Polonia) habían violado con más frecuencia que otros las normas sobre el respeto del Estado de derecho. Entre los académicos empezó a prevalecer la convicción de que la *rule of law conditionality* era la última oportunidad de la Unión para garantizar el respeto de sus valores fundamentales en los Estados miembros más reticentes¹⁵.

El «Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE» de la Comisión, de 28 de junio de 2017, recogía el mensaje al señalar que

«El respeto del Estado de Derecho es importante para los ciudadanos europeos, pero también para el emprendimiento, la innovación y la inversión, que prosperan cuando el marco jurídico e institucional refleja plenamente los valores comunes de la Unión. Existe, por tanto, una clara correlación entre el Estado de Derecho y la ejecución eficiente de las inversiones públicas y privadas respaldadas por el presupuesto de la UE».

Sin embargo, la propuesta de Reglamento presupuestario de la UE para 2018 limitaba la posibilidad de suspender los fondos de la UE a las deficiencias en la administración de justicia que «afecten o puedan afectar a los principios de buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la Unión»¹⁶.

Dos años más tarde, la emergencia provocada por la pandemia de COVID-19 obligó a la UE a adoptar un paquete de gran alcance, que combinaba el futuro Marco Financiero Plurianual (MFP) con un esfuerzo específico de recuperación dentro de la UE de Nueva Generación (NGEU). Durante las negociaciones resurgió la idea de condicionar el desembolso de fondos del presupuesto de la UE al respeto del

14 Gobierno italiano, *Il quadro finanziario pluriennale: uno strumento strategico al servizio degli obiettivi dell'Unione europea*, Nota del 12.4. 2017, 3.

15 G. HALMAI, «The Possibility and Desiderability of Rule of Law Conditionality», *Hague Journal on the Rule of Law*, junio 2018, p. 18.

16 European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to protect the Union's budget in the case of generalised deficiencies regarding the rule of law in Member States*, Brussels, 2.5.2018, 2018/0136 (COD).

Estado de Derecho en los Estados miembros. En sus conclusiones de 21 de julio de 2020, el Consejo Europeo declaró que

«Los intereses financieros de la Unión se protegerán de conformidad con los principios generales consagrados en los Tratados de la Unión, en particular los valores del artículo 2 del TUE. El Consejo Europeo subraya la importancia de proteger los intereses financieros de la Unión. El Consejo Europeo destaca la importancia de respetar el Estado de Derecho»¹⁷.

Así, a pesar de la clara redacción del artículo 2 del TUE, los intereses financieros de la Unión se equiparaban al Estado de Derecho. La propuesta pareció demasiado prudente al Parlamento Europeo, que en una resolución de 23 de julio de 2020

«Lamenta profundamente que el Consejo Europeo debilitara significativamente los esfuerzos de la Comisión y del Parlamento para mantener el Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la democracia en el marco del MFP y del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea; reitera la confirmación de su petición de completar el trabajo del colegislador sobre el mecanismo propuesto por la Comisión para proteger el presupuesto de la Unión allí donde haya una amenaza sistémica contra los valores consagrados en el artículo 2 del TUE y donde los intereses financieros de la Unión estén en peligro; pone de relieve que, para ser eficaz, este mecanismo debe activarse por una mayoría cualificada inversa; subraya que este mecanismo no debe afectar a la obligación de las entidades públicas ni de los Estados miembros de efectuar pagos a los beneficiarios o destinatarios finales; hace hincapié en que el Reglamento sobre el Estado de Derecho será adoptado mediante el procedimiento de codecisión»¹⁸.

La resolución llevó al Consejo a negociar un acuerdo con el PE, justo cuando el primer informe de la Comisión sobre el *Rule of law* en Europa, de 30 de septiembre de 2020, planteaba «serias preocupaciones» sobre la independencia del poder judicial en Hungría y Polonia¹⁹. En el Informe, tras señalar que el Estado de Derecho

«Engloba los principios de legalidad, que implica un proceso de promulgación de leyes transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; seguridad jurídica, que prohíbe el ejercicio arbitrario del poder ejecutivo; tutela judicial efectiva por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales y control judicial

17 European Council, 21 July 2020, EUCO 10/20 CO EUR 8 CONCL 4.

18 European Parliament resolution of 23 July 2020 on the conclusions of the extraordinary European Council meeting of 17-21 July 2020 (2020/2732(RSP)).

19 European Commission, 2020 *Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, Brussels, 30.9.2020.

efectivo, lo que incluye la protección de los derechos fundamentales; separación de poderes; e igualdad ante la ley. Estos principios han sido reconocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

La Comisión afirmó que

«Las amenazas contra el Estado de Derecho ponen en entredicho su base jurídica, política y económica. (...) El respeto del Estado de Derecho también es central para el funcionamiento del mercado interior, para la cooperación en el ámbito de la justicia basada en la confianza y el reconocimiento mutuos, y para la protección de los intereses financieros de la Unión, como ha subrayado recientemente el Consejo Europeo. Para que la UE consiga llevar a cabo una recuperación sostenible y resiliente, es imprescindible que sus herramientas e instrumentos puedan funcionar en un entorno anclado en el Estado de Derecho».

Finalmente, el 16 de diciembre de 2020, se aprobó la propuesta de Reglamento de Presupuestos de la Unión para 2018, donde los síntomas de vulneración de los principios del Estado de Derecho incluyen

«(a) poner en peligro la independencia de los jueces; (b) no impedir, corregir o sancionar decisiones arbitrarias o ilícitas por parte de las autoridades públicas, incluidas las autoridades policiales, retener recursos financieros y humanos que afecten a su buen funcionamiento, o no garantizar la ausencia de conflictos de interés; (c) limitar la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judicial, a través, entre otros medios, de normas procesales restrictivas y de la no ejecución de las resoluciones judiciales, o limitar la investigación, la persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho» (artículo 3). Por ello, prevé «medidas adecuadas» siempre «que una vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo» (artículo 4).

Unos días antes, las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2020 habían completado el Reglamento con una serie de disposiciones de procedimiento derivadas del acuerdo alcanzado con los gobiernos húngaro y polaco para evitar su veto a la aprobación del presupuesto de la UE. En concreto, se encargó a la Comisión que adoptara

«directrices sobre la forma en que aplicará el Reglamento, incluida una metodología para llevar a cabo su evaluación», con el añadido de que «[s]i se interpone un recurso de anulación contra el Reglamento, las directrices se definirán después de la sentencia del Tribunal de Justicia, a fin de incorporar los elementos pertinentes que

se deriven de dicha sentencia. El Presidente de la Comisión informará plenamente al Consejo Europeo. Hasta que no se ultimen estas directrices, la Comisión no propondrá medidas en virtud del Reglamento»²⁰.

Este último mecanismo ha sido criticado, ya que con él el Consejo Europeo obliga a la Comisión a no aplicar el Reglamento hasta que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia²¹. Además, el ámbito de aplicación del Reglamento, al referirse únicamente a las violaciones del Estado de Derecho que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, sería demasiado limitado para proteger plenamente el Estado de Derecho. Se argumentó que un Estado miembro podría decidir atacar a grupos de la sociedad civil o discriminar a personas LGBT o perseguir a jueces independientes sin que se le considerara responsable de violar el mecanismo de condicionalidad²². Como veremos a continuación, el ámbito de aplicación del Reglamento será una de las cuestiones más importantes que abordará el Tribunal de Justicia en sus dos «sentencias gemelas» núm. 156 y 157/2021.

5. LA CENSURA DE LOS GOBIERNOS POLACO Y HÚNGARO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Las objeciones formuladas por Polonia y Hungría contra el Reglamento se centran, por una parte, en la violación del principio de atribución de competencias y, por otra, en la elusión de las normas establecidas por los Tratados en caso de transgresión de los valores comunes por parte de los Estados miembros y, en particular, del artículo 7 TUE.

En primer lugar, debe responderse negativamente a la cuestión de si el Reglamento impugnado puede, habida cuenta de su finalidad, tener su fundamento jurídico en el artículo 322 TFUE, apartado 1, letra a), ya que

«que el verdadero objetivo de dicho Reglamento consiste en permitir, en caso de constatarse una vulneración de los principios del Estado de Derecho, la imposición de sanciones a través del presupuesto de la Unión, objetivo que, en su opinión, se deduce, en particular, del artículo 7, apartado 2, párrafo segundo, de dicho Reglamento y de su considerando 14, aunque también del hecho de que no se haya demostrado la relación

20 European Council, 10 and 11 December 2020, Conclusions, Brussels, 11 December 2020, EUCO 22/20.

21 L. PECH, «The Rule of Law Compromise: The EU's Gift to Autocrats», *Green European Journal*, 18 December 2020.

22 L. PECH, *The Rule of Law Compromise*, cit.

entre el respeto del Estado de Derecho y la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión, de la exposición de motivos que acompañaba a la propuesta que condujo a la adopción del Reglamento impugnado y de las estadísticas de las que se desprende que, en el momento de la adopción de dicho Reglamento, no había ninguna necesidad de proteger el presupuesto de la Unión». (TJUE, núm. 157/2021, § 123).

En cuanto a la elusión del artículo 7 del TUE, el Gobierno polaco, apoyado por el Gobierno húngaro, declaró que

«una violación de los principios del Estado de Derecho sólo puede ser constatada por el Consejo Europeo, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, del TUE. Sólo esta institución podría, en virtud de su composición, garantizar el control del respeto del valor del Estado de Derecho, que sería discrecional y podría depender de consideraciones políticas. La única excepción a esta competencia exclusiva del Consejo Europeo resultaría de la obligación de los Estados miembros, derivada del artículo 19.1 TUE, de garantizar un control jurisdiccional efectivo. Esta competencia exclusiva quedaría confirmada por la sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Openbaar Ministerie* (Independencia de la autoridad judicial emisora) (C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, apartados 57 a 60), en la que el Tribunal declaró que, cuando se constate la existencia de deficiencias sistémicas en relación con la independencia del poder judicial de un Estado miembro, el mecanismo de la orden de detención europea sólo podrá ser suspendido por el Consejo, en virtud del artículo 7, apartado 3, del TUE». (TJUE, núm. 157/2021, § 191.).

La elusión de los mecanismos previstos por el Tratado se desprende concretamente de las siguientes consideraciones:

«el artículo 7 TUE, apartado 4, y el artículo 7, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento impugnado, relativos a la modificación y al levantamiento de las medidas adoptadas, indican que el objetivo de estos mecanismos consiste en incitar al Estado miembro de que se trate a respetar el valor del Estado de Derecho; pues bien, al no exigir una decisión unánime del Consejo Europeo, dicho Reglamento establece un procedimiento de adopción de sanciones mucho menos gravoso que el del artículo 7 TUE, privando así a este último de su efecto útil. La República de Polonia alega que, en un dictamen de 27 de mayo de 2014, el Servicio Jurídico del Consejo señaló, por una parte, que el artículo 7 TUE define deliberadamente un marco de control preciso, estructurado en diferentes fases, un umbral teórico elevado para iniciar los procedimientos, una mayoría reforzada en el seno del Consejo y del Consejo Europeo, así como un haz de garantías procedimentales para el Estado miembro de que se trate, incluida la posibilidad de un control judicial limitado por parte del Tribunal de Justicia, y, por otra parte, que dicho artículo no establece una base jurídica que permita desarrollar o

modificar este procedimiento. Esta postura se reiteró expresamente en el dictamen jurídico núm. 13593/18, que indica, además, que el Derecho derivado no puede modificar o completar dicho procedimiento ni tener como consecuencia privarlo de su efecto útil. A su juicio, por lo tanto, dada la identidad del objetivo, de los principios y de las medidas aplicables, el mecanismo establecido por el Reglamento impugnado constituye una elusión manifiesta y deliberada del procedimiento previsto en el artículo 7 TUE» (TJUE, n. 157/2021, §§. 105-107).

En la exposición del arsenal argumentativo relativo a la ilegalidad del Reglamento, la referencia a los citados dictámenes del servicio jurídico del Consejo constituyó una pieza especialmente valiosa, al permitir al Gobierno demandante poner de relieve las divergencias surgidas entre el aparato institucional de la Unión en torno a la interpretación del artículo 7 TUE durante la larga década de su congelación y, en particular, la convicción de los servicios del Consejo de que el artículo 7 TUE carecía de base jurídica para desarrollar o modificar el procedimiento previsto en el mismo.

6. LAS RESPUESTAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La respuesta del Tribunal es inequívoca a este respecto:

«el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que, como se ha señalado en el apartado 145 de la presente sentencia, forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros» (TJUE, n. 157/2021, § 264).

De forma igualmente incisiva, el Tribunal declaró que

«Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados» (TJUE, n. 157/2021, § 145).

Sin esta premisa, toda la búsqueda del fundamento del nuevo mecanismo de condicionalidad habría sido demasiado precaria. Sin embargo, esto no basta para vincular adecuadamente este mecanismo, por una parte, con el interés financiero de la Unión y, por otra, con el valor común del Estado de Derecho reconocido por el artículo 2 del TUE.

El Tribunal de Justicia (STJUE núm. 157/2021, § 16) recuerda los considerandos 12 a 15 del Reglamento impugnado, que, tras haber subrayado la obligación de los Estados miembros de garantizar una tutela judicial efectiva en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, prevista en el artículo 19 TUE y a la que ya se ha hecho referencia en un conocido precedente (sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, apartados 32 a 36), constata «una clara relación entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución eficiente del presupuesto de la Unión de conformidad con el principio de buena gestión financiera», y añade que

«La Unión ha desarrollado diversos instrumentos y procesos que fomentan el Estado de Derecho y su aplicación, como el apoyo financiero a las organizaciones de la sociedad civil, el Mecanismo Europeo del Estado de Derecho y el cuadro de indicadores de la justicia en la [Unión], y que ofrecen una respuesta eficaz de las instituciones de la Unión a las vulneraciones del Estado de Derecho mediante el procedimiento de incumplimiento y el procedimiento establecido en el artículo 7 [TUE]. El mecanismo establecido en el presente Reglamento complementa estos instrumentos protegiendo el presupuesto de la Unión frente a las vulneraciones de los principios del Estado de Derecho que afectan a su buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la Unión».

Si nos atenemos a la explicación que da el propio Reglamento, la tesis del carácter «complementario» del nuevo mecanismo de condicionalidad en relación con los instrumentos ya puestos en marcha por la UE para proteger el Estado de Derecho parece necesaria para dotarlo de base jurídica, dado que

«(15) Las vulneraciones de los principios del Estado de Derecho, en particular, las que afectan al buen funcionamiento de las autoridades públicas y al control judicial efectivo, pueden atentar gravemente contra los intereses financieros de la Unión. Así sucede con las vulneraciones puntuales de los principios del Estado de Derecho y, más aún, con las vulneraciones generalizadas o debidas a prácticas u omisiones reiteradas por parte de las autoridades públicas, o a medidas generales adoptadas por tales autoridades».

Sin embargo, en respuesta a la objeción de elusión del procedimiento del artículo 7 TUE, el Tribunal de Justicia niega toda analogía entre los objetivos del procedimiento del artículo 7 TUE y los del Reglamento impugnado. Mientras que el primero tiene por objeto permitir al Consejo sancionar las infracciones graves y persistentes de los valores contenidos en el artículo 2 TUE, con el fin, en particular, de instar al Estado miembro de que se trate a que ponga fin a dichas infracciones, el procedimiento establecido por el Reglamento impugnado

«tiene la finalidad de garantizar, de conformidad con el principio de buena gestión financiera recogido en los artículos 310 TFUE, apartado 5, y 317 TFUE, párrafo primero, la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros y no sancionar, a través del presupuesto de la Unión, la vulneración de dichos principios». (STJUE, núm. 157/2021, § 210).

Una vez más, el objeto de cada uno de estos dos procedimientos es también diferente, ya que el primero se refiere a todos los valores contenidos en el artículo 2 TUE, mientras que el otro sólo se refiere a uno de esos valores, a saber, el Estado de Derecho. Y mientras que el artículo 7 TUE permite incluir cualquier vulneración grave y persistente de un valor contenido en el artículo 2 TUE, el Reglamento impugnado sólo autoriza el examen de las vulneraciones de los principios del Estado de Derecho mencionados en su artículo 2, letra a), cuando existan razones fundadas para creer que tienen incidencia en el presupuesto, por lo que el Tribunal de Justicia concluye que «el procedimiento del artículo 7 TUE y el procedimiento del Reglamento impugnado persiguen finalidades diferentes y tienen un objeto claramente distinto». (TJUE, núm. 157/2021, § 218).

La afirmación contenida en el considerando de que el mecanismo de condicionalidad complementa los instrumentos desplegados por la UE para proteger el Estado de Derecho queda así contradicha textualmente por el Tribunal.

¿Era realmente necesario ir tan lejos para rebatir la objeción de que el Reglamento eludiría el procedimiento establecido en el artículo 7 del TUE? En rigor, no. Bastaba con señalar que, dado que su finalidad era salvaguardar el Estado de Derecho con el único fin de observar el interés financiero de la Unión, el mecanismo de condicionalidad introducido por el Reglamento no podía, como tal, haber eludido un procedimiento como el previsto en el artículo 7 TUE, que se dirige a la finalidad mucho más amplia de reprimir las conductas gravemente perjudiciales para el valor común del Estado de Derecho.

Así pues, la sentencia comentada no está exenta de incoherencias, del mismo modo que existe un desfase innegable entre el *Rule of Law Report* y la *Rule of Law Checklist* de la Comisión de Venecia, implícitamente citados por el Tribunal al establecer las normas del Estado de Derecho, y las hipótesis mucho más reducidas de vulneración del interés financiero de la Unión que pueden alegarse concretamente sobre la base del Reglamento.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la larga historia de la renuncia de la Unión al respeto de los valores comunes, lo que cuenta es la intención del Tribunal de legitimar el nuevo mecanismo de condicionalidad con todos los instrumentos a su alcance. Un Tribunal, se ha dicho, consciente de la obsolescencia del sistema de protección política de los valores comunes prefigurado por el artículo 7 TUE, y al

mismo tiempo de la necesidad de dar una versión pluralista a un concepto, como el de identidad constitucional, que en los últimos años se ha plegado a fines políticos nacionales. Habría situado la protección de las identidades constitucionales de los Estados miembros al mismo nivel que la protección de los principios fundamentales de la Unión, que connotan su identidad constitucional²³.

7. LAS RESPUESTAS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS ANTE EL RETO DE LOS «VALORES COMUNES»: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

En general, teniendo en cuenta todas las reacciones de sus instituciones políticas y judiciales, la respuesta de la Unión a los ataques a los valores comunes por parte de algunos de sus Estados miembros fue débil e insuficiente. Débil con respecto al alcance de esos ataques, e insuficiente con respecto a lo que exige el Derecho primario de la Unión. Se ha señalado el aislamiento del Tribunal de Justicia en la defensa de los valores comunes²⁴, así como la tendencia de las defensas de los Estados autocráticos a equiparar la interpretación del Tribunal del Derecho de la Unión con la suya propia, deslegitimando así implícitamente la primera como expresión de una mera opción política²⁵.

La debilidad e insuficiencia de las respuestas de las instituciones políticas europeas, y de las intergubernamentales en particular, denotan falta de previsión. La convicción de que se puede tratar la violación de los valores comunes por parte de algunos Estados miembros como una crisis entre otras, y así poder salir indemne de la continua transgresión del Estado de Derecho, expresa no sólo indiferencia ante el tenor textual del Tratado. Es también un grave error de política constitucional. Las medidas para garantizar el respeto de los «valores comunes» se reducen así a las que serían necesarias para garantizar la consecución de una política sectorial, en la que puede admitirse la aceptación continuada de la oposición de algunos Estados miembros. Dado que los

23 S. BARTOLE y P. FARAGUNA, «La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione», *Diritti comparati*, 17 marzo 2022. En el mismo sentido, G. DE AMICIS, «Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, núm. 1 2022, p. 37 ss.

24 D. KOCHENOV y P. BÁRD, «The Last Soldier Standing? Courts Versus Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU», en EH BALLIN, G VAN DER SCHYFF AND M STREMLER (eds), *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, p. 243 ss.

25 J.B ORNEMANN, «Judicial Responses to Autocratic Legalism: The European Court of Justice in a Cleft Stick?», *European Papers*, vol. 7, 2022, p. 655 ss.

«valores comunes» son también aquellos en los que «se funda la Unión», una violación prolongada de los mismos provoca, por otra parte, una herida que no puede cicatrizar fácilmente en el proceso de conformación de su identidad constitucional.

Resumen

La consideración de los valores expresados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) como comunes implica que las amenazas a estos valores a nivel nacional también se perciben como amenazas a la propia Unión Europea. Por esta razón, el Tratado no se limita a simplemente a enunciarlos, sino que establece un mecanismo para su protección a través del artículo 7 del TUE. Sin embargo, las violaciones sistemáticas y deliberadas de estos valores comunes por parte de algunos Estados miembros han revelado las limitaciones de este mecanismo. A la vista de los acontecimientos de los últimos años, este trabajo examina los mecanismos existentes para la salvaguardia de los valores comunes; tanto los previstos en el artículo 7 como los instrumentos alternativos a los que se ha recurrido: el proceso de infracción, y especialmente, el Reglamento de condicionalidad. Mecanismos que, pese a todo, pueden considerarse una respuesta débil e insuficiente por parte de la Unión ante los ataques sufridos a sus valores comunes. Lo que puede dañar el proceso de consolidación de su identidad constitucional.

Palabras clave

Valores comunes; Estado de Derecho; artículo 7 TUE; Reglamento de condicionalidad; identidad constitucional.

Abstract

Considering the values expressed in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU) as common implies that threats to these values at national level are also perceived as threats to the European Union itself. For this reason, the Treaty does not limit itself to simply stating them, but establishes a mechanism for their protection through Article 7 TEU. However, systematic and deliberate violations of these common values by some Member States have revealed the limitations of this mechanism. In the light of developments in recent years, this paper examines the existing mechanisms for safeguarding common values; both those provided for in Article 7 and the alternative instruments that have been used: the infringement procedure and, in particular, the conditionality regulation. These mechanisms can nevertheless be seen as a weak and insufficient response by the Union to the attacks on its common values. This may damage the process of consolidating its constitutional identity.

Keywords

Common values; Rule of Law; Article 7 TEU; Conditionality Regulation; constitutional identity.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

BREXIT: UN ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS CLAVE PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO EN PERSPECTIVA DE FUTURO

Brexit: an analysis of the key issues for European Constitutional Law with a view to the future

NÚRIA SAURA-FREIXES

Doctora en Derecho

SUMARIO:

1. El Brexit desde la perspectiva constitucional del Reino Unido y el derecho Internacional.
2. La sentencia Miller: la necesaria intervención del Parlamento Británico en el proceso de retirada.
3. De la notificación de la intención de retirada a las negociaciones del Acuerdo de Retirada.
4. El Acuerdo de Retirada en base al artículo 50 TUE y el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea.
5. El Protocolo de Irlanda del Norte: aspectos clave tras el Brexit.
6. La aplicación del artículo 49 TUE: una posible adhesión del Reino Unido a la UE.

1. EL BREXIT DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL REINO UNIDO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En los últimos años la UE ha tenido que hacer frente a uno de los más complejos desafíos para la integración europea, debido a la inesperada y compleja partida de uno de los Estados miembros clave para el proceso europeo: el Reino Unido. El objeto del presente artículo versa sobre un análisis que pondrá de relieve los artículos 50 y 49 del Tratado de la Unión Europea. Ambos constituyen la clave de un sistema jurídico en el cual, la UE, delimita las formas de acceso y de retirada de un sistema supranacional bajo la forma de una organización internacional. El artículo 50 que proviene de la anterior Constitución Europea, fue invocado por el Reino Unido para la retirada de la UE. Sin embargo, existe un sistema jurídico multinivel en el cual confluyen tanto el derecho de las organizaciones internacionales, como el derecho constitucional del Reino Unido, al que remite el artículo 50.1: «Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión».

Por consiguiente, se abre el juego a una remisión multinivel al sistema constitucional del Reino Unido, quien determinará conforme a sus normas constitucionales su voluntad de retirarse de la Unión. En base a dicho sistema es necesario mencionar una serie de aspectos, que deberán ser tenidos en cuenta, y se pondrá en relación con un régimen jurídico complejo para solicitar una posible nueva adhesión mediante la aplicación del artículo 49 TUE.

La retirada de la Unión Europea adopta la forma de una pérdida de la condición de miembro de una organización internacional¹, con características supranacionales, en base a una voluntariedad de dicha participación² que está vinculada con el principio de soberanía de los Estados. La integración del Reino Unido, desde su inicial adhesión a la UE, ha estado marcada por una polarización creciente, en la cual, como manifiesta Basaguren, ha existido una desafortunada reticencia al proceso de integración europea «que atraviesa todos los partidos»³. Por ello, desde su adhesión inicial, el Reino Unido había contado con un estatuto particular:

«caracterizado por el reconocimiento de excepciones (opt-outs) en la aplicación de algunas disposiciones de los Tratados en el Reino Unido, quedando al margen de determinados ámbitos de integración. El Reino Unido goza, en medida no desdeñable, de una integración *à la carte* —o *cherry picking*—»⁴.

Cabe recordar que el Partido Laborista estuvo presente como Gobierno en la adhesión a la UE, y el Partido Conservador en el Gobierno ha estado presente en la salida de ésta, a pesar de que observamos un sistema doble de referéndum tanto para la adhesión como para la retirada, pero ha sido el Parlamento, con presencia de ambos partidos, quien ha tenido la última palabra en el asunto.

Empecemos por la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas, con el Tratado de adhesión ratificado en 1972 por el Parlamento del Reino Unido. También en esta fecha se adhieren Dinamarca, Irlanda y hay un intento fallido de adhesión de Noruega, donde un referéndum con resultado negativo truncará el proceso de adhesión. Existirá un papel central en todo el proceso, a nivel constitucional, que recae en la necesaria intervención del Parlamento británico, no sólo del

1 A. BADIA MARTÍ, «Una reflexión en torno a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de una organización internacional», en A. BADIA MARTÍ, L. HUICI SANCHO, *El Brexit y sus consecuencias*, Madrid, Marcial Pons, p. 17.

2 *Idem*.

3 A. LÓPEZ BASAGUREN, «Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, p. 111.

4 *Idem*, p. 112.

Gobierno, pues la convocatoria de referéndum es sólo a nivel consultivo, desde una base legislativa *ad hoc*. En 1975 no existía una normativa previa al respecto, que se adoptará posteriormente, en base a la *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, que contempla aspectos formales, pero no criterios materiales que indiquen sobre qué materias se debe convocar un referéndum. Existe, por lo tanto, una ausencia de normas constitucionales materiales, y una remisión al poder legislativo para cada convocatoria⁵.

Tras la adhesión en 1972, el Partido Laborista convocó un referéndum, celebrado en junio de 1975 con una participación del 64% donde se obtuvo dos tercios del voto favorable a la permanencia en las Comunidades Europeas⁶ de aquel entonces. Mientras que, en 2016, el referéndum convocado por el Partido Conservador, obtuvo una participación del 72% y se obtuvo un estrecho margen del voto favorable, con un 51,89 % de partidarios de la salida de la UE frente a un 48,11% de partidarios del *remain* en la Unión Europea⁷. Sin embargo, no existía un umbral mínimo de votos fijado en la Ley de convocatoria del referéndum, la *European Union Referendum Act 2015*⁸. Conforme a la normativa constitucional del Reino Unido quien ostenta la soberanía y capacidad de decisión al respecto es el Parlamento⁹. Aunque debemos analizar, como indica Castellà, cuál es la particular posición del referéndum en el sistema constitucional británico¹⁰, poniéndolo en relación con el derecho de retirada de la UE.

El derecho a la retirada según Araceli Mangas

«sólo depende de la voluntad soberana del Estado que la invoca de conformidad con el derecho de ese Estado, si bien la formación de la voluntad del Estado y la forma

5 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, pp. 297-334.

6 R. DUNIN-WASOWICZ, «The referendums of 1975 and 2016 illustrate the continuity and change in British Euroscepticism», *London School of Economics*, 31 de julio de 2017. Accesible en: <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/07/31/the-referendums-of-1975-and-2016-illustrate-the-continuity-and-change-in-british-euroscepticism/>

7 A. LÓPEZ BASAGUREN, «Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad», *op. cit.*, p. 113.

8 EUROPEAN UNION REFERENDUM ACT 2015, UK Public General Acts, 2015, c.35. Accesible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/contents/enacted>

9 T. FREIXES, «El Brexit y sus implicaciones», *Diario La Ley*, núm. 8791, 27 de junio de 2016.

10 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *op. cit.*

de invocación y efectos pueden verse condicionados por el tratado que la prevé, o en su defecto, por el derecho internacional (art. 56.1. citado)»¹¹.

Como el Tratado de la Unión Europea prevé una cláusula de retirada en el artículo 50, esta será la norma aplicable a nivel internacional¹², sino se aplicaría el artículo 56.1 del Convenio de Viena de 1969¹³, pero a nivel interno, se debe aplicar el sistema constitucional del Estado que la invoca. Por ello, vemos como en el caso del Reino Unido deberán tenerse en cuenta las particularidades de un sistema que carece de una Constitución escrita, con un Estado democrático basado en la soberanía parlamentaria. En la aplicación del artículo 50 al Reino Unido ha existido, por lo tanto, un duro proceso para llegar a la retirada de la UE vinculado a un complejo procedimiento constitucional interno que debió pasar por dos fases iniciales: en primer lugar, la intención de retirada mediante su anuncio público, el 24 de junio de 2016; en segundo lugar, la notificación formal de la retirada, el 29 de marzo de 2017. Dado que existe una cláusula que remite al sistema constitucional interno, ambas fases deben ser realizadas por aquellos órganos constitucionales que tengan la competencia jurídica a nivel constitucional para realizarlo.

Si lo ponemos en relación con el mecanismo de adhesión, existe, como indica Araceli Mangas, un paralelismo entre el artículo 49 para la adhesión y el artículo 50 para la retirada, que no debe obviarse, en relación con la remisión al sistema constitucional interno¹⁴. El artículo 49 guarda silencio sobre qué órgano constitucional deberá impulsar la adhesión a la UE, puesto que es cada Estado quien lo determina, aunque debe ser una decisión soberana, mediante una solicitud que se dirige al Consejo, quien deberá aprobarla por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen¹⁵. Esta adhesión será objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo, prosigue el artículo 49, se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Existe por lo tanto una remisión constitucional, dado que será necesaria la ratificación, que como veremos también implica la necesaria intervención del Parlamento y no sólo del Gobierno,

11 A. MANGAS MARTÍN, «Retirada de un estado de una organizacion internacional: los procesos del Brexit», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 94-217, p. 293.

12 *Idem*, p. 305.

13 *Idem*.

14 *Idem*, p. 305.

15 Art. 49 Tratado Unión Europea, versión consolidada, DO C 202, 7 de junio de 2016.

con un paralelismo entre ambos artículos también a nivel constitucional en el Reino Unido, a pesar de la remisión abierta de los artículos 49 y 50 TUE. Tanto en el caso del artículo 49 como en el del artículo 50 se trata de un acuerdo de adhesión o retirada de una organización internacional, con características supranacionales, en la que no existe todavía un aspecto federalizante o estatal, puesto que la retirada no puede compararse a una secesión de parte del territorio de un Estado, ni tampoco a un acto de libre determinación, como pudo haber sido el caso de Argelia, en el pasado¹⁶.

El proceso de retirada, por lo tanto, lo enmarcamos en el ámbito del Derecho Internacional dentro del derecho de los Tratados, en el marco del artículo 50 TUE. Si no hubiera habido dicha previsión, seguiría habiendo también un *modus operandi*, ya que en caso de no existir previsión al respecto se realizaría conforme al artículo 56 del Convenio de Viena, donde se regula el procedimiento sobre cómo debería llevarse a cabo la retirada de una organización internacional, cuando no exista una previsión en el Tratado.

La controversia de la cuestión constitucional a nivel interno estriba en que, en el Reino Unido existía una ley (*act*) adoptada por mayoría absoluta en el Parlamento británico: la *European Communities Act* de 1972¹⁷, que fue modificada¹⁸ también por la *European Union Act* de 2010¹⁹.

Pero, el mecanismo para derogar dicha ley no puede ser mediante un referéndum, sino con un acto legislativo parlamentario, ya que tampoco podía ser derogada meramente con una decisión gubernamental. La iniciativa inicial del Gobierno de no someter al Parlamento la aprobación del proceso de retirada de la UE conllevaba substraer a la representación parlamentaria un ámbito de actuación constitucional, y, generó una oposición individual ante dicha actuación, que se resolvería en las sentencias Miller de 3 de noviembre de 2016²⁰, ratificada por la *Supreme Court* el 24 de enero de 2017²¹, tras ser recurrida. Dicha sentencia es crucial para comprender el

16 A. MANGAS MARTÍN, «Retirada de un estado de una organización internacional: los procesos del Brexit», *op. cit.*, p. 299.

17 *EUROPEAN COMMUNITIES ACT 1972*, UK Public General Acts 1972 c. 68. Accesible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>

18 A. MANGAS MARTÍN, «Retirada de un estado de una organización internacional: los procesos del Brexit», *op. cit.*, p. 305.

19 *EUROPEAN UNION ACT 2011*, UK Public General Acts 2011 c. 12. Accesible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/contents>

20 *MILLER ET AL. V. SECRETARY OF STATE FOR EXITING THE EUROPEAN UNION* (UK High Court, juicio de 3 de noviembre de 2016, [2016] EWHC 2768 (Admin)).

21 *R (ON THE APPLICATION OF MILLER AND ANOTHER) (RESPONDENTS) V SE-*

proceso interno en el Reino Unido por ello, remarcaremos los aspectos más relevantes, que se desprenden de la sentencia final.

2. LA SENTENCIA MILLER: LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL PARLAMENTO BRITÁNICO EN EL PROCESO DE RETIRADA

En primer lugar, debemos recordar que la adhesión inicial del Reino Unido a la UE se enmarca dentro de un arduo debate parlamentario en ambas cámaras, con el consentimiento regio, obtenido el 17 de octubre de 1972, que permitió tras la firma del Tratado, su ratificación al día siguiente el 18 de octubre de 1998, y la entrada en las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1973. El Tratado no resultaba vinculante hasta dicha ratificación, que comportó la adopción de la *European Communities Act* de 1972²².

Como indica la sentencia Miller 2, en apelación, el Derecho de la UE se integraba como fuente del derecho gracias a dicha norma legislativa como emanación del poder soberano del Parlamento. La convocatoria del primer referéndum en el Reino Unido, fue fruto de un compromiso electoral, y dio lugar a la convocatoria mediante una ley del Parlamento, la *Referendum Act 1975*, aprobada en segunda lectura el 10 de abril de 1975²³. El 5 de junio de 1975 se convocó dicho referéndum, con una amplia mayoría del 67% favorable a la permanencia o *remain* en la Unión Europea, con una participación del 64%²⁴.

Sin embargo, el referéndum no era preceptivo, ni tampoco era vinculante jurídicamente, puesto que la ratificación del Tratado es lo que genera su eficacia, siendo una medida de política interna, que afortunadamente contó con la aprobación favorable a la permanencia en la UE. Por lo tanto, lo que inserta el Derecho de la UE dentro del sistema británico es su ratificación por el Parlamento, quien decide qué pasa a ser fuente del derecho.

A lo largo de los últimos años, ha existido una incorporación de al menos 20 Tratados relativos a las Comunidades Europeas, que se integraron en la ley de 1972, *European Communities Act 1972*, con un listado de Tratados en la sección 1(2) que

CRETARY OF STATE FOR EXITING THE EUROPEAN UNION (APPELLANT), 24 de enero de 2017, [2017] UKSC 5.

22 MILLER, 24 enero de 2017, [2017] UKSC 5, para. 14, 15.

23 V. MILLER, *The 1974-75 UK Renegotiation of EEC Membership and Referendum*, House of Commons Briefing Paper, núm. 7253, 13 de Julio de 2015. Accesible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7253/>

24 *Idem*.

se introducían mediante enmienda realizada por el Parlamento y su posterior ratificación por el Reino Unido²⁵. La sentencia menciona también la necesaria participación del Parlamento Británico en todo incremento de poderes del Parlamento Europeo, que debería requerir su aprobación, como estipula la *European Assembly Elections Act* 1978, antes de su ratificación²⁶.

Por lo tanto, existe un precedente constitucional en el cual la democracia representativa es el marco en el que se decide la adopción de la normativa en lo que atañe a la UE, mediante una separación de poderes, donde el Gobierno depende de una aprobación previa del Parlamento. Ello constituye un marco constitucional interno, que no puede cambiarse ni derogarse sólo por un acto unilateral del Gobierno, sin una previa aprobación del Parlamento. Este fue el criterio en Miller para situar el Parlamento como actor necesario durante el proceso de retirada, y por ello, parece coherente pensar que debería ser también el marco para una eventual nueva adhesión, mediante el artículo 49 TUE que entraría en juego, en caso de que el Reino Unido quisiera volver a la UE, ahora en términos de un tercer Estado, donde se requiere la ratificación de dicho Tratado por el Parlamento, como analizaremos posteriormente.

Particularmente remarcable es la adhesión del Tratado de Lisboa y el TFUE a la normativa original de la Ley de 1972, dado que hay una previsión específica en la 2008 *Act*, donde se limitan los poderes del Gobierno para cualquier Tratado que enmiende o altere las competencias previstas de la UE o su procedimiento de toma de decisiones o que disminuya la influencia de los Estados miembros, que no debe ser ratificada por los ministros, «*unless approved by Act of Parliament*»²⁷.

Por todo ello, el Parlamento Británico se constituye en el foro del que emerge la aprobación necesaria en el marco del derecho constitucional interno de toda medida respecto al ámbito de los Tratados de la UE. Sin embargo, en 2011 es cuando se desplaza la capacidad soberana del Parlamento, con Cameron como primer ministro, mediante la *European Union Act* 2011, que elimina las secciones previas e inserta unas restricciones a la ratificación por el Reino Unido de cualquier tratado que enmiende o reemplaza al TUE o TFUE, y las decisiones al respecto, mediante lo que se denomina *simplified revision procedure*. Mediante la introducción de dicho procedimiento es cuando aparece una doble medida, con la introducción de la necesidad de una aprobación por referéndum de toda ampliación de competencias de la UE,

25 MILLER, 24 enero de 2017, [2017] UKSC 5, para. 24.

26 *Idem*, para. 27.

27 *Idem*, para. 28.

vinculada a determinados artículos del Tratado. Dichas restricciones, extrañas hasta la fecha al sistema constitucional británico, fueron las siguientes:

«Those restrictions were that (a) a statement relating to the treaty or decision had to be laid before Parliament (b) the treaty or decision had to be approved by statute, and (c) in broad terms, where the treaty or decision increased the competences of the European Union, it had to be approved in a UK-wide referendum. Section 6 provided that ministers should not, without prior approval both in a statute and in a UK-wide referendum, vote in favour of certain decisions, including those which resulted in a dilution in the influence of individual member states in relation to a number of different articles of the TEU and TFEU including in particular article 50(3)»²⁸.

Se abría así por parte del Gobierno conservador, el camino que llevaría al Brexit. Tras la llegada de Cameron al poder, se observa una proliferación de la referencia al referéndum, tanto en la aprobación de la European Union Act 2011, como desde el discurso de Cameron de 23 de enero de 2013 (*EU Speech at Bloomberg*) que abre las puertas a las presiones del sector conservador más euroescéptico²⁹. La convocatoria de un referéndum se realizará mediante ley *ad hoc*, al transmitir el Gobierno al Parlamento, la *2015 Act*, en cuya Sección 1 se prevé que se convoque un referéndum, con una fecha límite del 31 de diciembre de 2017, sobre la cuestión «*on whether the United Kingdom should remain a member of the European Union*».

Sin embargo, dicha ley electoral, no indicaba ni umbral de participación ni de mayorías. La deriva política de la cuestión afloró mediante políticas y presiones por parte del UKIP y sectores conservadores euroescépticos, así como una desigual participación y resultado distinto en Escocia e Irlanda del Norte, que serían aspectos clave a tratar en las futuras negociaciones. La postura del Partido Laborista, un tanto tímida, no pudo tampoco contener la maquinaria del Brexit, que se impuso en el referéndum del 23 de junio de 2016, admitido tristemente por la *House of Commons*, el 7 de diciembre de 2016 que reconocía la voluntad expresada en dicho referéndum: «*[to recognise] ... that this House should respect the wishes of the United Kingdom as expressed in the referendum on 23 June; and further [to call] on the Government to invoke article 50 by 31 March 2017*»³⁰. Una vez más, el parlamentarismo británico vuelve a entrar en juego, dado que interviene al dar reconocimiento constitucional

28 *Idem*, para. 29.

29 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *op. cit.* p. 310.

30 MILLER, 24 enero de 2017, [2017] UKSC 5, para. 33.

a la decisión obtenida en el referéndum y llama al Gobierno para invocar el artículo 50, con un plazo hasta el 31 de marzo de 2017.

Conforme al propio artículo 50 TUE entra en juego el Derecho constitucional interno del Estado que se retira por la forma en la que se llega a la invocación del artículo 50. En el caso del Reino Unido no podía entrar en juego sólo el Gobierno, sino el Parlamento y fue necesaria la revisión por parte del poder judicial, quien en *Miller 2* analizó la cuestión clave acerca de si, en ausencia de una autorización previa por parte del Parlamento mediante una ley/*statute*, la notificación por parte de los ministros sería inefectiva bajo los requisitos constitucionales del Reino Unido, ya que generaría algo no permisible como es un resultado de cambio y derogación de una norma en el Derecho interno —la *European Communities Act 1972*— sin intervención del Parlamento³¹. Dicho cambio no puede producirse en el sistema constitucional británico meramente por parte de una decisión del Gobierno, sino que ha de ser del Parlamento, ya que la norma que resultaría cambiada sería la mencionada *European Communities Act de 1972*, un camino legislativo para la inclusión del Derecho de la UE como fuentes del derecho en el Derecho interno del Reino Unido, aunque sin ser fuente del mismo³², en base a la voluntad del Parlamento que la emite como una norma legislativa.

Resulta interesante ver cómo en esta sentencia se dilucida lo que ha constituido el procedimiento de integración, la asimilación e inserción del Derecho de la UE, en un *dynamic process* que parecía irreversible. El Derecho de la UE era fuente del derecho en el sistema británico, incluso con primacía respecto a otras fuentes del derecho en el Reino Unido, pero en base a la norma *European Communities Act 1972*, que no puede ser derogada meramente por un acto de Gobierno, de modo que es la voluntad del Parlamento la que otorga vinculación como fuente del derecho al Derecho de la UE³³.

Por ello, resulta crucial comprender que el Brexit no es meramente un acuerdo político, sino que, a resultas de él, se pierde todo un sistema multinivel de derechos, que requería la participación del Parlamento, hecho que la sentencia *Miller 2*, resolvió con buen criterio frente a una deriva excesivamente gubernamental, decidiendo que no puede existir una derogación ministerial de los tratados, a resultas del Acuerdo de Retirada, sin previa aprobación del Parlamento británico³⁴. Una

31 *Idem*, para. 59.

32 *Idem*, para. 60.

33 *Idem*.

34 *Idem*, paras. 77, 78.

buena descripción de lo que era la Unión Europea para el Reino Unido reside en la doble naturaleza de las fuentes del Derecho ya que, por un lado, existe la *Act* de 1972, sin la cual no tendría estatus de Derecho interno, y, por otro lado, las fuentes del derecho provenían de las instituciones europeas, pero el Parlamento era y sigue siendo soberano:

«It is also true that EU law enjoys its automatic and overriding effect only by virtue of the 1972 Act, and thus only while it remains in force. That point simply reflects the fact that Parliament was and remains sovereign: so, no new source of law could come into existence without Parliamentary sanction - and without being susceptible to being abrogated by Parliament. However, that in no way undermines our view that it is unrealistic to deny that, so long as that Act remains in force, the EU Treaties, EU legislation and the interpretations placed on these instruments by the Court of Justice are direct sources of UK law»³⁵.

En el caso de la UE, la retirada no es meramente la retirada de una organización internacional, sino fruto de la naturaleza supranacional de la Unión Europea, la eliminación de un acervo europeo de derechos y normativa que incidía directamente en la vida de los ciudadanos, muchos de los cuales fueron a votar sin ser conscientes de ello. La remisión al Parlamento abre la puerta a cierta esperanza a que pueda ser en un futuro una cuestión que se vuelva a debatir mediante el juego del libre debate que caracteriza al Reino Unido. En el origen de la inserción de dichas fuentes del derecho de la UE en el Derecho del Reino Unido se halla el Parlamento soberano, y el Gobierno no podía privar por sí solo al conjunto de ciudadanos de todo un conjunto normativo de derechos cuya inserción dentro del sistema jurídico británico, reposaba en una voluntad emanada del Parlamento, no del Gobierno.

Kenny y Cardesa Salzmänn critican lo que derivó posteriormente en una maniobra del Gobierno para erradicar lo que se consideró de forma populista un activismo judicial, a raíz del caso *Miller* y el anuncio del Gobierno de limitar el recurso a revisión judicial. A partir del *Queen's speech* 2021, se llegó a la *Judicial Review and Courts Bill* en 2021, con una reducción del ámbito de la revisión judicial, que genera un poder más concentrado en el Ejecutivo, al margen del Parlamento y del Poder Judicial, siendo un aspecto clave para lo que ambos autores denominan establecer una arquitectura constitucional para una «*elective dictatorship*»³⁶.

35 MILLER, 24 enero de 2017, [2017] UKSC 5, para. 61.

36 M. KENNY, A. CARDESA SALZMANN, «Brexit, the “Unwritten” Constitution and the Populist Policy Agenda of the Elective Dictatorship», en A. BADIA, MARTÍ, L. HUICI SANCHO, *El Brexit y sus consecuencias*, Madrid, Marcial Pons, p. 50.

Esta limitación del papel del poder judicial no parece acorde tampoco con la posición del Estado de Derecho dentro del sistema constitucional británico y respondería a una deliberada intención política de limitar el juego del libre debate parlamentario y la soberanía parlamentaria, clave en el sistema constitucional del Reino Unido³⁷. Todo ello mermaría la calidad democrática de la separación de poderes, reforzando un presidencialismo impropio de la trayectoria del parlamentarismo inglés, que ha sido eje de la soberanía en el ámbito constitucional del Reino Unido y referencia para el constitucionalismo global.

La *European Communities Act* de 1972 tenía carácter constitucional³⁸. Por lo tanto, la *Supreme Court* estimó que no era una prerrogativa ministerial eliminar dicha fuente y otros derechos derivados de los Tratados, sin previa autorización del Parlamento³⁹, ya que ello requería la autorización mediante una normativa legislativa primaria antes de ser llevada a cabo⁴⁰. La conclusión del Brexit conlleva, por lo tanto, con la aprobación del Acuerdo de Retirada, la derogación de la *European Communities Act* de 1972 y la eliminación de todo un sistema jurídico que formaba parte del Derecho del Reino Unido con fuentes del derecho que provenían de las instituciones de la UE y un sistema de derechos del cual se ha privado a millones de personas.

3. DE LA NOTIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN DE RETIRADA A LAS NEGOCIACIONES DEL ACUERDO DE RETIRADA

El 29 de marzo de 2017 se notificó al Consejo Europeo la intención del Reino Unido de retirarse de la UE. Se inició entonces el plazo para la negociación del Acuerdo de Retirada. Dentro de este procedimiento entran en juego las instituciones de la UE y por ello, en primer lugar, el Estado que se retira será excluido de las instituciones, en base al artículo 50.4 TUE, dado que «El miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo y del Consejo que le afecten». Las decisiones, como recuerda Huici, se tomarán por la mayoría cualificada prevista en el artículo 238.3.b) TFUE, con un «apoyo mínimo del 72 por 100 de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan

37 T. FREIXES, «El Brexit y sus implicaciones», *op. cit.*

38 MILLER, 24 enero de 2017, [2017] UKSC 5, para. 67.

39 *Idem*, para. 101.

40 *Idem*.

como mínimo el 65 por 100 de la población de dichos Estados»⁴¹. Por ello, durante este proceso hay una limitación en la suspensión del derecho de participación en las reuniones del Consejo y del Consejo Europeo, como indica Huici, cuando se trate la cuestión de la retirada. Parece un sistema de protección de la UE, frente al Estado que inicia un proceso de retirada. Pero como señala dicha autora, el régimen es diferente para la participación en el Parlamento Europeo ya «que mantienen la participación los Eurodiputados en la sesión del Parlamento Europeo que debe dar su conformidad a los acuerdos entre el Estado en retirada y la UE, o el Comisario en el seno de la Comisión»⁴². Ello responde con acierto a la propia estructura institucional de la UE, ya que el Parlamento no es un órgano de representación estatal, sino de los ciudadanos de la UE⁴³.

Las fechas clave a tener en cuenta durante este proceso fueron debidas a un progreso dinámico⁴⁴ en las negociaciones, donde el Parlamento británico tuvo un rol destacado a la hora de rechazar un Acuerdo de Retirada inicial que no cumplía con las expectativas esperadas. Por ello, el cronograma a tener en cuenta conlleva que, tras la notificación de su intención de abandonar la UE el 29 de marzo de 2017 invocando el artículo 50, hubo un largo *itineris*, hasta llegar a la ratificación el 30 de enero de 2020 del Acuerdo de Retirada. El 31 de enero 2020, con la entrada en vigor del Acuerdo de Retirada, el Reino Unido abandonaba oficialmente la UE, y devenía un tercer Estado⁴⁵. A partir de este momento se abre un período de transición hasta el 31 de diciembre de 2020. Tras la retirada de la UE, debido a la condición de tercer Estado ello obligará en lo sucesivo a realizar un nuevo procedimiento de adhesión, si se quisiera volver a la Unión Europea, conforme a los criterios para ser país candidato en base al artículo 49 TUE.

Pero encontramos que en realidad no hubo sólo una negociación del Acuerdo de Retirada, sino que hubo una negociación de dos Tratados distintos en base a dos finalidades: un Acuerdo de Retirada para poner fin a la integración del Reino Unido dentro de la Unión Europea, en base al artículo 50 TUE, y otro para delimitar las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido en base al Acuerdo de Comercio

41 L. HUICI SANCHO, «El tortuoso camino jurídico hacia el Acuerdo de Retirada y el Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea», en A. BADIA MARTÍ, L. HUICI SANCHO, *El Brexit y sus consecuencias*, Madrid, Marcial Pons, p. 29.

42 *Idem*, p. 30.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

45 EUR-LEX, «Brexit: relaciones entre la UE y el Reino Unido». Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/content/news/Brexit-UK-withdrawal-from-the-eu.html#3.Summaries>

y Cooperación, que se acordó el 24 de diciembre de 2020 y fue aprobado por todos los 27 Estados miembros el 29 de diciembre de 2020. Tras su publicación en el Diario Oficial de la UE, dicho Acuerdo se aplica desde el 1 de enero de 2021⁴⁶. Destacamos a continuación algunas de las cuestiones clave al respecto.

Como indican Colom-Piella y Cózar Murillo, el objetivo de las negociaciones era sentar las bases para una nueva asociación a partir de los aspectos de interés señalados en la Declaración Política adoptada el 17 de octubre de 2019 en su versión revisada⁴⁷. La negociación del Acuerdo de Comercio y Cooperación halla su base jurídica, no ya en el artículo 50 sino en el artículo 218 TFUE, como veremos posteriormente.

El procedimiento es distinto, dado que la negociación del Acuerdo de Retirada halla su base jurídica en el artículo 50 TUE. El Parlamento Europeo como Institución que representa a la ciudadanía de la UE también interviene en el proceso que requiere su aprobación, en base al artículo 50.2 TUE⁴⁸. El Consejo lo debía aprobar con una mayoría super cualificada que comprende el 72% de los miembros del Consejo, que comprendan como mínimo un 65% de la población de los Estados miembros⁴⁹. Una diferencia entre el procedimiento de adhesión que requiere la ratificación de todos los Estados miembros es que el artículo 50 calla respecto a la necesidad de ratificación de todos los Estados, como indica Poptcheva⁵⁰.

El proceso se inscribe dentro de un plazo de dos años máximo desde la notificación de la intención de abandonar la Unión Europea. Pero el Consejo Europeo podía conceder, como indica Górriz, por unanimidad, una prórroga. Debido a las dificultades en el proceso de negociación y al rechazo del Parlamento británico tres veces, sin que se permitiera la retirada sin acuerdo, hubo distintas prórrogas⁵¹. La última prórroga fue hasta el 31 de enero de 2020. Las Orientaciones del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017⁵² señalaron ya *ab initio*, una serie de principios bá-

46 *Idem*.

47 G. COLOM-PIELLA, B. CÓZAR MURILLO, «Unión Europea y Reino Unido: ¿dueños de su propio destino?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 67, 2022, p. 65.

48 E. POPTCHEVA, «Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU», *Briefing EPRS | European Parliamentary Research Service*, febrero de 2016, p. 4.

49 *Idem*.

50 *Idem*.

51 C. GÓRRIZ, «Brexit: Pasado, Presente y Futuro», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, p. 306.

52 CONSEJO EUROPEO, «Orientaciones consecutivas a la notificación del Reino unido en virtud del artículo 50 del TUE», Bruselas, 29 de abril de 2017 (OR. en) EUCO XT 20004/17. Accesible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20004-2017-INIT/es/pdf>

sicos de las negociaciones, como recuerda Górriz⁵³, siguiendo a Pons-Rafols⁵⁴. Estos principios fueron los siguientes:

1. Salida ordenada: evitar una negociación que no llevara al pacto.
2. Principio de unidad: actuación concertada de los 27 Estados miembros.
3. Transparencia e inclusividad.
4. Integridad del mercado único: las cuatro libertades de la UE actúan como un bloque en el cual no puede darse el *cherry picking*.
5. Principio del enfoque progresivo: «primero debía negociarse la retirada y después el vínculo futuro».
6. Cooperación leal: vinculación al acervo comunitario en base al artículo 4 y al principio de cooperación leal hasta la retirada.
7. Disponibilidad: hasta que se hiciera efectivo el acuerdo era posible retirar unilateralmente la notificación de su intención de abandonar la UE⁵⁵.

La primera de las prioridades para el Consejo de la Unión Europea en esta fase de la negociación era «salvaguardar el estatuto y los derechos de los ciudadanos de la UE 27 y sus familias en el Reino Unido, así como los de los ciudadanos del Reino Unido y de sus familias en los Estados miembros de la UE 27»⁵⁶, por ello el acuerdo debe incluir «las necesarias garantías efectivas, exigibles, no discriminatorias e integrales de los derechos de esos ciudadanos, en particular el derecho de adquirir la residencia permanente tras un período ininterrumpido de cinco años de residencia legal y los derechos a él asociados»⁵⁷, como indicaron las Directrices de 22 de mayo de 2017.

La segunda de las cuestiones era la liquidación financiera por parte del Reino Unido; en tercer lugar, se aborda la necesidad de aclarar la situación de los productos introducidos en el mercado antes de la fecha de la retirada así como, los procedi-

53 C. GÓRRIZ, «Brexit: Pasado, Presente y Futuro», *op. cit.*, p. 307.

54 X. PONS RAFOLS, «La Unión Europea y las negociaciones del Brexit: del temor al efecto contagio a un hastiado cierre de filas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, p. 23 ss.

55 C. GÓRRIZ, «Brexit: Pasado, Presente y Futuro», *op. cit.*, p. 307.

56 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Anexo de la Decisión (UE, Euratom) 2017/... del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativas a un acuerdo en el que se establecen las modalidades de su retirada de la Unión Europea - Directrices de negociación de un acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el que se establecen las modalidades de su retirada de la Unión Europea», 21009/17 BXT 16 ADD 1, Bruselas, 22 de mayo de 2017, para. 11.

57 *Idem*.

mientos de cooperación judicial, cooperación administrativa y judicial⁵⁸. Se ha prestado poca atención a esta última cuestión, sin embargo, ello generará la eliminación del espacio de libertad, seguridad y justicia, que formaba parte inherente del Reino Unido dentro de la UE. Por último, se aborda lo que dará lugar posteriormente a un protocolo especial para la situación en Irlanda del Norte, dado que:

«Ninguna de las disposiciones del Acuerdo debe menoscabar los objetivos y compromisos fijados en el Acuerdo del Viernes Santo en su integridad ni en los correspondientes acuerdos de ejecución; las circunstancias y dificultades peculiares de la isla de Irlanda exigirán soluciones flexibles e imaginativas»⁵⁹.

Una cuestión clave era evitar reintroducir una frontera dura en Irlanda del Norte, a resultas del Acuerdo de Retirada y en consecuencia las Directrices prevén un marco específico para las negociaciones respecto a dicho territorio, así como el respeto a los derechos de ciudadanía:

«Las negociaciones deben, en especial, tratar de evitar el establecimiento de una frontera física en la isla de Irlanda, respetando al mismo tiempo la integridad del ordenamiento jurídico de la Unión. Hay que tener plenamente en cuenta el hecho de que los ciudadanos irlandeses residentes en Irlanda del Norte seguirán disfrutando de los derechos que les confiere la ciudadanía de la UE. Deben reconocerse los acuerdos y convenios bilaterales vigentes entre Irlanda y el Reino Unido, como la Zona de Viaje Común, que sean conformes con el Derecho de la UE. El Acuerdo debe abordar asimismo las cuestiones derivadas de la peculiar situación geográfica de Irlanda, como el tránsito de mercancías (hacia y desde Irlanda a través del Reino Unido). Estas cuestiones se abordarán con arreglo al planteamiento establecido en las orientaciones del Consejo Europeo»⁶⁰.

Vemos esbozados así los aspectos principales de las negociaciones que, desde un principio, culminaron en el Acuerdo de Retirada.

Las negociaciones continuaron con unas nuevas directrices, aprobadas por el Consejo de la UE en enero de 2018, con una fecha como horizonte para finalizar el período transitorio, el 31 de diciembre de 2020. Fue, sin embargo, un proceso marcado por las prórrogas forzosas debido al «reiterado rechazo por el Parlamento británico que debía autorizar la aprobación por parte del Reino Unido», que llevó a un acuerdo de voluntades con tres prórrogas, como indica Huici, acordadas por una-

58 *Idem*, para. 13.

59 *Idem*, para. 14.

60 *Idem*, para. 14.

nimidad del Consejo Europeo, a petición del Reino Unido⁶¹. Finalmente, el acuerdo se firmó en enero de 2020, con una entrada en vigor, el 31 de enero de 2020.

4. EL ACUERDO DE RETIRADA EN BASE AL ARTÍCULO 50 TUE Y EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA

A continuación, analizaremos algunos de los aspectos del Acuerdo de Retirada, así como del Tratado de Comercio y Cooperación, que nos parecen más problemáticos. Cabe remarcar el parco acuerdo sobre los derechos de ciudadanía, que era una de las prioridades señaladas *ab initio* en las negociaciones. En virtud del artículo 15 del Acuerdo de Retirada:

1. «Los ciudadanos de la Unión y los nacionales del Reino Unido, así como los miembros de sus familias respectivas, que hayan residido legalmente en el Estado de acogida con arreglo al Derecho de la Unión por un período continuado de cinco años o por el período especificado en el artículo 17 de la Directiva 2004/38/CE tendrán derecho a residir permanentemente en el Estado de acogida en las condiciones establecidas en los artículos 16, 17 y 18 de la Directiva 2004/38/CE. Se tendrán en consideración para el cálculo del período mínimo necesario para la adquisición del derecho de residencia permanente los períodos de residencia o de trabajo legales con arreglo al Derecho de la Unión antes y después del final del período transitorio»⁶².

Existirá también un principio de igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida, en base al artículo 23:

«1. De conformidad con el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE y con sujeción a las disposiciones específicas establecidas en el presente título y en los títulos I y IV de la presente parte, todos los ciudadanos de la Unión o los nacionales del Reino Unido que residan en el territorio del Estado de acogida con arreglo al presente Acuerdo gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en los ámbitos tratados en la presente parte. El disfrute de este derecho será extensivo a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión o nacionales del Reino Unido que sean titulares del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente»⁶³.

61 L. HUICI SANCHO, «El tortuoso camino jurídico hacia el Acuerdo de Retirada y el Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea», *op. cit.*, p. 37.

62 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 384 I/01), art. 15.

63 *Idem*, art. 23.

También se regulan los derechos de salida y entrada, en el artículo 14 y se abordan los derechos de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, en los artículos 24 y 25. Pero, a pesar de dichas cláusulas de ciudadanía y respecto a los trabajadores, las dificultades denotan que el proyecto de Unión Europea es algo más que un mercado interior, un espacio en el cual existían vínculos con los países de acogida que comportaban una ciudadanía europea con un catálogo de derechos y libertades que se pierden con el Brexit. Algo que explicaría también la oposición de los dos territorios del Reino Unido, Escocia e Irlanda donde existió una oposición al voto favorable al Brexit. Por ello, la adopción de un Tratado pro futuro en base a términos comerciales, si bien es necesaria desde un punto de vista práctico, no parece a largo plazo tan sencilla su implementación ni da una respuesta al verdadero problema tras el Brexit, el de una Europa desmembrada, que decide sentar sus futuras relaciones en términos económicos.

La Unión Europea y el Reino Unido adoptaron el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea el 24 de enero de 2020. El Parlamento británico lo aprobó el 30 de diciembre de 2020, y tras un período transitorio para su implementación, el Parlamento Europeo lo aprueba el 28 de abril de 2021⁶⁴.

Las principales áreas que aborda dicho Tratado, como indica el Informe *Where next? The future of the UK-EU relationship*, son: el comercio de mercancías y, en menor medida servicios; la relación entre la UE y el Reino Unido en el comercio digital; la propiedad intelectual; aviación y transporte; energía, pesca y la implementación de la cooperación judicial en asuntos penales. También mecanismos para la participación del Reino Unido en algunos programas como *Horizon Europe*⁶⁵. Aborda también un concepto clave denominado *level playing field* para garantizar la competencia leal y abierta⁶⁶. Para ello se establecen unas cláusulas de no regresión respecto a los acuerdos en materia de trabajo y protección social, el medio ambiente y clima, de tal modo que el Reino Unido y la UE pueden establecer sus propios niveles de protección, pero, sin necesidad de armonizar sus normas. Las previsiones de no regresión se establecen para asegurar que dichas protecciones no serán reducidas más allá de los niveles al final del período de transición si ello afectase el comercio o la inversión⁶⁷.

64 UK IN A CHANGING EUROPE, «Where next? The future of the UK-EU relationship», p. 9. Accesible en: <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/where-next-the-future-of-the-uk-eu-relationship/>

65 *Idem*.

66 E. ARES *et aliter*, «The UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Level Playing Field», House of Commons Briefing Paper, núm. 9190, 2021.

67 *Idem*.

Sin embargo, existía un umbral alto de cooperación en la Declaración política en la que se exponía el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, que no vemos claro, en cuanto al resultado final del Acuerdo de Comercio y Cooperación, negociado en base al artículo 218 TFUE. El gran aspecto central de dicho acuerdo es el comercio de mercancías, que juega un rol prominente⁶⁸, y que no llegó a resultados satisfactorios en Escocia e Irlanda del Norte, en este último caso, debido a su particularidad se adoptó también un Protocolo específico para mantener los Acuerdos del Viernes Santo. Vemos por lo tanto, una cierta involución democrática al mantener los acuerdos entre la UE y el Reino Unido, con una primacía respecto a aspectos meramente económicos, que no pueden solucionar lo que existía como base del descontento, una desconexión política de la ciudadanía con el proyecto de la UE, que debería hacer reflexionar no sólo al Reino Unido sino también a las instituciones de la Unión Europea, y los otros Estados miembros para cimentar una posible vuelta al ámbito UE de dicho Estado.

Una gran pérdida es la del sistema multinivel de derechos. Conforme a las bases de la cooperación, se establecía en la Declaración política una referencia a valores comunes «como el respeto y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los principios democráticos, el estado de derecho y el apoyo a la no proliferación»⁶⁹.

Existe también una remisión en la Declaración política al marco de otra organización internacional, no la Unión Europea sino el Consejo de Europa de la cual sigue formando parte el Reino Unido. Pero la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea queda excluida, puesto que sólo vincula a la UE y a los Estados miembros:

«Las relaciones futuras deben incorporar el mantenimiento del compromiso del Reino Unido de respetar el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); la Unión y sus Estados miembros, a su vez, seguirán vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reafirma los derechos derivados, en particular del CEDH»⁷⁰.

68 M. KENNY, A. CARDESA SALZMANN, «Brexit, the “Unwritten” Constitution and the Populist Policy Agenda of the Elective Dictatorship», *op. cit.*, p. 55.

69 Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, (2019/C 66 I/02), 19 de febrero 2019, para. 6.

70 *Idem*, para. 7.

La Carta de Derechos Fundamentales también formó parte del debate en el Parlamento del Acuerdo de Retirada, dado que no se podían retener dichos derechos, como indica la FRA⁷¹. Sin embargo, desde un inicio, el umbral de derechos humanos era un tema, sobre el cual existía una reticencia a ser considerado por parte del Gobierno⁷². A pesar de ello, se fraguó una teoría por parte del Gobierno en base a la que los derechos fundamentales existen ya en otras fuentes⁷³, por las que no se perdería el umbral de derechos, algo que el *Joint Committee on Human Rights* y la *Equality and Human Rights Commission*, pusieron en duda⁷⁴, dado que el marco jurídico de actuación no era el mismo que en base al CEDH o en base al Derecho interno⁷⁵.

Ello supone en la práctica dismantelar la función constitucional que existía en el seno de la UE, y las fuentes del Derecho que se habían integrado en el Reino Unido, permitiendo sin embargo un marco económico de cooperación en ámbitos de interés común. El principio que se establece es un proceso de diálogo e intercambio en ámbitos de interés común, pero sin que pueda existir una integración sino una mera multilateralidad, que se manifiesta mediante la negociación de este nuevo Acuerdo de comercio y cooperación que rige en la actualidad las relaciones entre la UE y el Reino Unido.

Si contemplamos escenarios pro futuro en base a dicho Acuerdo de comercio y cooperación, si bien el artículo 50 remite al artículo 49 (ambos del TUE), en caso de que un Estado que haya realizado una retirada de la Unión Europea solicitara de nuevo su adhesión, una de las vías progresivas por las cuales se podría aumentar el nivel de integración entre la UE y el Reino Unido, para frenar el descontento de la población que contempla a nivel estadístico los efectos nocivos de su decisión de abandonar la Unión Europea, podría ser una extensión del ámbito del Acuerdo de comercio y cooperación. Sería partir desde una mayor integración económica para llegar a una mayor integración política, como ha sido la UE desde la Declaración

71 FRA, *The EU Charter of Fundamental Rights in the United Kingdom*, FRA, 2019, p. 2. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-charter-in-united-kingdom_en.pdf

72 PARLIAMENT UK. «The human rights implications of Brexit», 16 de diciembre de 2016. Accesible en: https://publications.parliament.uk/pa/jt201617/jtselect/jtrights/695/69504.htm#_idTextAnchor009

73 J. DAWSON, «How might Brexit affect human rights in the UK?», *House of Commons Library*, 17 de diciembre de 2019. Accesible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/how-might-brexit-affect-human-rights-in-the-uk/>

74 *Idem.*

75 *Idem.*

Schumann de 9 de mayo de 1950 «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho».

Por ello, una de las opciones iniciales sería una posible revisión progresiva de las cláusulas del Acuerdo de Comercio y Cooperación ampliando dicha solidaridad de hecho, mediante la introducción de fórmulas que lo ampliaran, abriendo así camino para la futura adhesión en base al cumplimiento de los criterios de Copenhague, y la aplicación del artículo 49 TUE.

En el seno del Reino Unido coexisten los euroescépticos, más vinculados al voto conservador, junto con los que todavía son partidarios de la Unión Europea. Si bien el Reino Unido se incorpora tarde a la UE, Churchill el 19 de diciembre de 1946 se inclinó por la creación de una Europa federal. En su discurso, Churchill mira al futuro, dejando atrás los horrores del pasado⁷⁶, y aboga por la creación de unos Estados Unidos de Europa. Pero, el Brexit no puede leerse en clave federal, sino multilateral. Ello no obsta a pensar, que una Unión Europea con estructuras más federalizantes pudiera volver a atraer al Reino Unido, con una creciente población descontenta con el Brexit. El desencanto con la «burocracia de Bruselas» ha minado la visibilidad de un proyecto que, si bien no pudo aprobar el proyecto Constitucional *de iure, de facto*, supuso una integración tardía mediante el Tratado de Lisboa de mecanismos cuasi constitucionales⁷⁷. El obstáculo no era una mayor integración, sino quizás la necesidad de avanzar hacia una mayor federación que podría generar otro tipo de remisiones entre el derecho de la UE y el Derecho interno. Sobre todo, este descontento es latente todavía a la vista del voto en Irlanda del Norte y Escocia, que merece una atención particular, como a continuación realizaremos.

El Acuerdo de comercio y cooperación como indican Kenny y Cardesa-Salzmán se ratificó mediante la EU (*Future Relationships*) Act 2020, con una amplia mayoría en la Cámara de los Comunes de 521 votos frente a 73, pero no hubo tiempo para un mayor escrutinio en el subcomité del Brexit. Sin embargo, no obtuvo el mismo consentimiento ni en Escocia, ni en Irlanda del Norte. El Parlamento Escocés negó su consentimiento por 92 votos frente a 30. En el caso de Irlanda del Norte, la *Northern Ireland Assembly* negó su consentimiento por 47 frente a 28 votos. El

76 UNIÓN EUROPEA, «Winston Churchill: defensor de los Estados Unidos de Europa». Accesible en: [HTTPS://EUROPEAN-UNION.EUROPA.EU/PRINCIPLES-COUNTRIES-HISTORY/HISTORY-EU/EU-PIONEERS/WINSTON-CHURCHILL_ES](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/eu-pioneers/winston-churchill_es)

77 F. BALAGUER, «La UE frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global», *Fundación Manuel Giménez Abad*, 22 de febrero de 2018.

Parlamento Europeo, como indican dichos autores, retardó su ratificación todo lo que pudo, hasta el último momento, 27 de abril de 2021⁷⁸. En cuanto al futuro tras el Brexit, debemos recordar las particularidades que emergen de Escocia e Irlanda del Norte, como factores que pueden promover una mayor integración futura de la UE con el Reino Unido.

5. EL PROTOCOLO DE IRLANDA DEL NORTE: ASPECTOS CLAVE TRAS EL BREXIT

En el marco del referéndum sobre el Brexit, Irlanda del Norte registró resultados distintos a los de Inglaterra y Gales. Irlanda del Norte obtuvo un 55,8% de votos a favor de la permanencia. En cuanto a resultados estadísticos, Pozo Serrano, indica que hubo también un voto desigual en función de las comunidades con una mayoría de nacionalistas irlandeses con un 88% del voto en favor de la permanencia, y una mayoría del 66% en el caso de Unionistas en favor del *leave*, así como una última mayoría del 70% a favor de la permanencia en la UE de quienes no se identificaban con ninguna de las comunidades⁷⁹. Inicialmente «el SNP y Nicola Sturgeon, primera ministra de Escocia así como otros líderes nacionalistas galeses e irlandeses», como recuerda Castellà habían solicitado una doble mayoría, de modo que la mayoría debiera ser alcanzada «en cada una de las cuatro naciones, además de en el conjunto del país»⁸⁰. Pero el Parlamento británico rechazó la enmienda de Salmond (SNP)⁸¹ en el debate de la *European Union Referendum Bill*. Los aspectos clave que pueden indicar la variación en el voto favorable se centran en una serie de cuestiones clave, como indica Pozo Serrano:

- El papel de la UE como un actor que ha favorecido el proceso de paz.
- La posibilidad de reinstauración de una frontera «dura» entre Irlanda e Irlanda del Norte debido a ser una frontera exterior entre la UE y el Reino Unido.

78 M. KENNY, A. CARDESA SALZMANN, «Brexit, the “Unwritten” Constitution and the Populist Policy Agenda of the Elective Dictatorship», *op. cit.*, p. 54.

79 P. POZO SERRANO, «Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.72/1, 2020, p. 150.

80 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *op. cit.*, p. 325.

81 UK PARLIAMENT, «European Union Referendum Bill», vol. 597, debate martes, 16 de junio de 2015. Accesible en: <https://hansard.parliament.uk/commons/2015-06-16/debates/15061658000001/europeanunionreferendumbill>

— El beneficio económico social de las ayudas de la UE a Irlanda del Norte considerada como «región prioritaria».

— El mantenimiento de los Acuerdos del Viernes Santo⁸².

Sin embargo, pese a que se intentó gozar del acuerdo de los Parlamentos regionales, reticentes al Brexit, como Escocia o Irlanda del Norte, la *High Court* señaló que los parlamentos regionales no tenían competencia sobre la retirada de la UE, puesto que dicha competencia prevalecía por parte del Parlamento británico⁸³, el titular de la soberanía. Pero, tras el Brexit parece plausible que exista una creciente presión tanto para la celebración de un nuevo referéndum, así como la existencia de un creciente descontento en Escocia, como muestra la aprobación, según recuerda Górriz, del Informe por parte del Gobierno Escocés en el que se propone la celebración de un nuevo referéndum⁸⁴. Sin embargo, ello no es una competencia privativa del Parlamento regional, sino que requeriría la intervención del Parlamento Británico⁸⁵. Otro aspecto que Pozo Serrano indica en base a la sentencia Miller, anteriormente comentada, estriba en el estatuto constitucional de Irlanda del Norte cuyo cambio en base al Acuerdo de Viernes Santo exigiría el consentimiento de Irlanda del Norte pero no se refiere a su permanencia en la UE, sino a su permanencia en el Reino Unido o dentro de Irlanda⁸⁶.

Todo ello, no quedaba dilucidado aplicando las mismas condiciones presentes en el Acuerdo de Retirada para el resto del Reino Unido, sino que exigía la adopción de una normativa que tuviera en cuenta la particularidad de Irlanda del Norte, así como del proceso de paz y el Acuerdo de Viernes Santo concluido al efecto, y por ello fue una prioridad dentro de las negociaciones. El papel de Irlanda fue relevante con la necesidad de garantizar el respeto al marco constitucional delimitado en base al Acuerdo de Viernes Santo, que no debía quedar mermado por el Acuerdo de Retirada⁸⁷, ni tras el Brexit. Ahora bien, existe un escenario distinto entre Irlanda del

82 P. POZO SERRANO, «Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales», *op. cit.*

83 *Idem*, p. 151.

84 SCOTTISH GOVERNMENT, «Scotland's Right to Choose. Putting Scotland's Future in Scotland Hands». Accesible en: [85 C. GÓRRIZ LÓPEZ, «Brexit, pasado, presente y futuro», *op. cit.*, p. 327, 328.](https://www.gov.scot/publications/scotlands-right-choose-putting-scotlands-future-scotlands-hands/#:~:text=The%20Scottish%20Government%20believes%20the,people%20who%20live%20in%20Scotland,cit., en C. GÓRRIZ LÓPEZ, «Brexit, pasado, presente y futuro», <i>op. cit.</i>, p. 237.</p>
</div>
<div data-bbox=)

86 P. POZO SERRANO, «Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales», *op. cit.*, p. 151.

87 *Idem*, p. 153.

Norte y Escocia, pues mientras que Irlanda del Norte, en caso de un referéndum favorable a la unidad con Irlanda, obtendría el estatuto de Estado miembro, en el caso de Escocia, seguiría siendo un tercer Estado, y debería negociarse su adhesión en el marco del artículo 49⁸⁸, como un nuevo Estado miembro⁸⁹. Este es un aspecto de alto interés, tanto para Irlanda como para la UE.

Otro aspecto clave que debía dilucidarse era garantizar el derecho a elegir entre la nacionalidad irlandesa, la británica o ambas. Por ello, ya desde la Declaración Política de 12 de noviembre de 2019 se considera necesaria la protección de los Acuerdos del Viernes Santo:

«Ambas Partes afirman que los logros, beneficios y compromisos del proceso de paz en Irlanda del Norte seguirán revistiendo una importancia capital para la paz, la estabilidad y la reconciliación. Convienen en que el Acuerdo del Viernes Santo o el Acuerdo de Belfast alcanzado el 10 de abril de 1998 por el Gobierno del Reino Unido, el Gobierno irlandés y los demás participantes en las negociaciones multilaterales (el Acuerdo de 1998) debe protegerse en todas sus partes y en que ello se hace extensivo a la aplicación práctica del Acuerdo de 1998 en la isla de Irlanda y a la totalidad de las relaciones establecidas en el Acuerdo de 1998»⁹⁰.

El primer Protocolo se caracterizaba por una difícil provisionalidad, pero el último Protocolo adoptado puede definirse como:

«una solución jurídicamente operativa que evita una frontera física en la isla de Irlanda, protege la economía de toda la isla en su conjunto así como el Acuerdo de Viernes Santo (Belfast) en todos sus aspectos y conserva la integridad del mercado único. Será aplicable a partir del final del período transitorio»⁹¹.

88 *Idem*, p. 153, 154.

89 HM Government, Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence, febrero de 2013, Annex A. Opinion: Referendum on the independence of Scotland-International Law Aspects (Prof. James Crawford, Prof. Alan Boyle), 10 de diciembre de 2012, paras 153-155. *cit.*, en P. POZO SERRANO, «Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales», *op. cit.*, p. 153-154.

90 Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, *op. cit.*, para. 136.

91 EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, «Preguntas y respuestas sobre la retirada del Reino Unido de la Unión Europea el 31 de enero de 2020», Bruselas, 24 de enero de 2020, accesible en: https://www.eeas.europa.eu/eeas/preguntas-y-respuestas-sobre-la-retirada-del-reino-unido-de-la-union-europea-el-31-de-enero-de_en

Un aspecto clave radica en que se ha creado un mecanismo de «consentimiento» en virtud del cual se da a la asamblea de Irlanda del Norte «la última palabra sobre la aplicación a largo plazo de la legislación pertinente de la UE en Irlanda del Norte». Ello significa que, transcurridos cuatro años después del final del período transitorio, la «Asamblea puede dar su consentimiento por mayoría simple a que se siga aplicando el Derecho de la Unión pertinente, o votar para que no se haga, en cuyo caso el Reino Unido debe notificarlo a la UE. En ese caso, el Protocolo dejará de aplicarse dos años después»⁹². Existe sin embargo una vocación de obtener una «solución estable y duradera» en cuanto a la aplicación del Protocolo⁹³.

El Protocolo fue firmado por el Presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, y la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von Leyden, con el Primer Ministro del Reino Unido, en aquel entonces Boris Johnson. La fecha de la firma fue el 24 de enero de 2020 y se aplica desde el 1 de enero de 2021.

Sin embargo, debido a las dificultades prácticas tras el Brexit, recientemente se ha adoptado el Marco de Windsor, tras improbables esfuerzos al respecto, que han culminado en febrero de 2023. El ámbito en el cual se fundamenta el acuerdo político alcanzado con el Marco de Windsor se halla en el Acuerdo de Retirada. Los principales aspectos son los siguientes:

«una solución integral, transversal y definitiva, que aborda las dificultades prácticas de la aplicación del Protocolo; un equilibrio entre la flexibilidad respecto de la circulación de mercancías para su uso final y las salvaguardias efectivas que garanticen la protección del mercado único de la UE; una distinción clara entre las mercancías para las que existe el riesgo de que entren en el mercado único de la UE, y aquellas para las que no»⁹⁴.

Cabe remarcar un aspecto clave relativo a la gobernanza y es la previsión de un nuevo mecanismo de emergencia el freno de Stormont (*Stormont Brake*) que:

«permitirá al gobierno del Reino Unido, a petición de 30 miembros de la Asamblea Legislativa de Irlanda del Norte, detener la aplicación en Irlanda del Norte de aquellas disposiciones que sustituyan o modifiquen la legislación de la UE relativa al Protocolo y que tengan un efecto significativo y duradero específico en la vida cotidiana

92 *Idem.*

93 *Idem.*

94 COMISIÓN EUROPEA, Nueva etapa en el Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte: acuerdo político de principio sobre el acuerdo marco de Windsor, Comunicado de Prensa, 27 de febrero de 2023, accesible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_1268

de las comunidades locales. Dicho mecanismo se activaría en las circunstancias más excepcionales y como último recurso, en un procedimiento claramente definido establecido en la Declaración Unilateral del Reino Unido»⁹⁵.

Este procedimiento es un último recurso y no resulta aplicable para todos los actos, sino para aquellos previstos en un listado⁹⁶. El marco en el cual se dilucida es en el *Joint Committee* donde se intercambiarán las perspectivas al respecto. Si las Partes no llegaran a un acuerdo sobre añadir o reemplazar dicho acto u otras medidas para asegurar el correcto funcionamiento del Protocolo, la UE puede adoptar las medidas como remedio que resulten adecuadas, bajo el artículo 13.4 del Protocolo⁹⁷. También «se dará más voz a se dará más voz a la población de Irlanda del Norte y a las partes interesadas a través de la colaboración periódica en cada uno de los niveles de las estructuras del Acuerdo de Retirada»⁹⁸.

Las negociaciones y conclusión de las enmiendas del Marco de Windsor se han adoptado en base al artículo 164 del Acuerdo de Retirada, que prevé dicha posibilidad en el marco de un período de cuatro años, por lo que dicho nuevo marco se halla dentro del plazo establecido que finaliza a finales de 2024⁹⁹.

6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 49 TUE: UNA POSIBLE ADHESIÓN DEL REINO UNIDO A LA UE

Una vez realizada la retirada del Reino Unido de la UE, en caso de que el Reino Unido pretendiera volver a adherirse a la UE, el mecanismo que se aplicaría se halla regulado en el artículo 49 TUE¹⁰⁰.

Se trata por lo tanto de la negociación de un nuevo Tratado internacional de adhesión a una organización supranacional, la UE, cuyas condiciones se basan también en el cumplimiento de los Criterios de Copenhague, establecidos por el Consejo Europeo, que pueden resumirse del siguiente modo:

95 *Idem*.

96 COMISIÓN EUROPEA, «Questions and Answers: political agreement in principle on the Windsor Framework, a new way forward for the Protocol on Ireland / Northern Ireland», 27 de febrero de 2023. Accessible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_23_1271

97 *Idem*.

98 *Idem*.

99 *Idem*.

100 Art. 49 Tratado Unión Europea, versión consolidada, DO C 202, 7 de junio de 2016.

— «la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías;

— la existencia de una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la competencia y las fuerzas del mercado dentro de la UE;

— la capacidad para asumir y cumplir de manera eficaz las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluidos los objetivos de la unión política, económica y monetaria»¹⁰¹.

Para poder tener el estatuto de país candidato deberá contarse con el dictamen favorable de la Comisión y la aprobación del Consejo Europeo. Para el inicio de las negociaciones deberá contarse con la decisión unánime del Consejo de la UE. Las negociaciones se realizan y pueden durar años, entre el Gobierno del país candidato, en este caso el Reino Unido, en conferencias intergubernamentales con los Gobiernos de los países de la UE. En dichas negociaciones se divide en capítulos o ámbitos políticos y pueden existir criterios de referencia fijados por el Consejo de la UE, para el cierre de los capítulos en las negociaciones. Cuando se muestre que se ha aplicado cada capítulo puede darse el cierre de este, sin perjuicio de que puedan aplicarse medidas transitorias. La Comisión informa al Consejo de la UE y al Parlamento Europeo durante todo este proceso. Finalmente, tras el cierre de todos los capítulos, se realiza la conferencia de redacción por parte de los Estados UE y se prepara el tratado de adhesión que debe ser aprobado por unanimidad del Consejo de la UE y el Parlamento Europeo puede aceptarlo o rechazarlo, pero no modificarlo¹⁰². A continuación, los Estados miembros deben ratificarlo, así como el nuevo Estado candidato, en este caso el Reino Unido, conforme a sus propios procedimientos constitucionales. En este caso es donde interviene el procedimiento constitucional del Reino Unido que muestra ciertas particularidades.

En primer lugar, el Reino Unido no tiene una Constitución escrita, pero existe una práctica de ratificación de Tratados internacionales, en base a la *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, que introduce la posibilidad de que el Parlamento, en un plazo de 21 días antes de la ratificación del Tratado, puede vetar la ratificación del mismo, aunque sin introducir enmiendas¹⁰³, pero no hay mención del referén-

101 EUR-LEX «Tratado de la Unión Europea: Adhesión a la Unión Europea». Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/treaty-on-european-union-joining-the-eu.html>

102 EUR-LEX, «Procedimiento de aprobación». Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aassent_procedure#

103 HOUSE OF COMMONS LIBRARY, «Parliament's role in ratifying treaties», *Briefing Paper*, núm. 5855, 17 de febrero de 2017, p. 3.

dum que se rige por otra normativa. En el primer referéndum de 1975 no existía un marco regulador¹⁰⁴. El referéndum de 2016 fue realizado en base a la *European Union Referendum Act 2015*. Sin embargo, la proliferación de referéndums en el Reino Unido, extraña a la soberanía parlamentaria, ha puesto de relieve su utilización para cuestiones de trascendencia constitucional. Existe el precedente de la *European Union Act 2011* en virtud de la cual, en caso de transferencia de poderes del Reino Unido a la UE, en base a 12 artículos, se requiere un acto del Parlamento y un Referéndum en todo el Reino Unido, antes de que el Gobierno pueda dar su aprobación¹⁰⁵. Dicha normativa de forma paradójica reforzaba el rol del Parlamento frente al Gobierno dado que proporciona una cláusula que afirma que el Derecho de la UE tiene efecto en el Reino Unido sólo porque el Parlamento así decide que sea. Lo que confirma como indica el informe de la Cámara de los Comunes, el principio de que el Parlamento es soberano. Pero por otro, el Gobierno introdujo un referéndum estatal como base de la ampliación de competencias. Sin embargo, dicha norma fue derogada con el Acuerdo de Retirada de la UE.

Tras el Brexit, se abre un marco en el cual existirá una ratificación conforme a la normativa que regula la ratificación de Tratados por el Reino Unido, la *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, donde no se halla previsto el referéndum como condición de ratificación del Tratado, sino que este requiere que el Parlamento británico no se oponga a ello, en el plazo de 21 días. Pero si la Cámara de los comunes se opone en dicho plazo, el Tratado no puede ser ratificado. Dicho procedimiento puede requerirse en más de una ocasión respecto al Tratado, en base al artículo 20 de la *Constitutional Reform and Governance Act 2010*¹⁰⁶.

En el caso de que quisiera convocarse un referéndum, la base legal sería la *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, donde se prevé que la convocatoria del referéndum requiere una ley *ad hoc* del Parlamento británico para la celebración del mismo¹⁰⁷. Hasta la fecha se han convocado tres referéndums de ámbito nacional en todo el Reino Unido, dos de ellos vinculados con la Unión Europea. Se trata sin embargo de una decisión que requiere una autorización del Parlamento que los habilita mediante una ley, con intervención de la Comisión Electoral. En un informe

104 HOUSE OF COMMONS LIBRARY, «Referendums», *Briefing Paper*, núm. 7692, 31 de agosto de 2016, p. 7.

105 *Idem*, p. 9.

106 HOUSE OF COMMONS LIBRARY, «Parliament's role in ratifying treaties», *op. cit.*

107 HOUSE OF COMMONS LIBRARY, «Referendums», *op. cit.*, p. 15.

de la Cámara de los Lores de 2010 se citan, como recuerda Castellà, «sin pretensión de exhaustividad», como asuntos de relevancia constitucional,

«la abolición de la monarquía, la salida de la Unión Europea, la independencia de alguna nación del Reino Unido, la abolición de una Cámara del Parlamento, el cambio de sistema electoral en la cámara de los Comunes, el cambio de moneda o la aprobación de una Constitución escrita»¹⁰⁸.

Pero no existe una previsión constitucional explícita que obligue a la convocatoria de referéndums. Dada esta ausencia de normativa constitucional, se decide caso por caso, en base a la ley *ad hoc* que lo habilite. Se trata por lo tanto de una decisión política, como sucedió con el Referéndum de 1975, o el intento de adoptar la *European Union Bill* que preveía la ratificación del fallido Tratado Constitucional de la Unión Europea en caso de aprobación en referéndum, que dio marcha atrás al no obtenerse la mayoría en los referendos francés y holandés de 2005. Ello da lugar a una práctica constitucional abierta que debería resolverse en un proceso de reflexión interna, sin que ello obste a la ratificación de un futuro Tratado de adhesión a la UE.

Frente a los argumentos esgrimidos por parte de los euroescépticos durante la campaña del Brexit, en base a criterios económicos, se demuestra que años después del Brexit, existe en el Reino Unido una tasa del crecimiento económico inferior a la esperada:

1. El Brexit ha impactado de forma significativa en el comercio con una caída del 25% de las exportaciones que ha ocurrido más rápido de lo esperado y una recesión en el crecimiento de la economía; 2. La economía británica está menos abierta ahora tras el Brexit en comparación con otras economías; 3. La burocracia en el ámbito comercial ha aumentado con un impacto en el coste de las operaciones comerciales; 4. El nivel de inversión post-Brexit se sitúa en un 30% menos que antes del referéndum; 5. La previsión de crecimiento de la economía británica es peor que antes de 2016, siendo un 5,5 por cien más pobre que si hubiera permanecido en la UE; 6. No ha habido una diferencia en cuanto a una mayor libertad para realizar acuerdos comerciales¹⁰⁹.

108 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada», *op. cit.*, p. 304.

109 TONY BLAIR INSTITUTE FOR GLOBAL CHANGE, «Three Years On, Brexit Casts a Long Shadow Over the UK Economy», 3 de febrero de 2023. Accesible en: <https://www.institute.global/insights/geopolitics-and-security/three-years-brexit-casts-long-shadow-over-uk-economy>

Todo ello invita a una reflexión sobre los impactos negativos del Brexit para el Reino Unido donde «la decisión de abandonar el mercado único europeo ha conllevado de forma irrefutable nuevas barreras comerciales, contribuido a un alza de los precios del consumo y ha hecho la economía menos abierta globalmente»¹¹⁰. Si bien existe un Acuerdo de comercio y cooperación, el número de exportaciones a la UE ha caído en un 42% en 2022¹¹¹. En la actualidad, existe un creciente descontento entre la población que según las últimas estadísticas del Yougov en marzo 2023, con una reprobación de la gestión del Gobierno tras el Brexit del 68%, así como un 53% que consideran que fue una mala decisión la salida del Reino Unido de la Unión Europea, frente a un 32% que todavía lo aprueban. En cuanto a la valoración de las negociaciones del Brexit, se situaba en 2019 en una evaluación desfavorable de la gestión de un 76%, frente a un 12% de valoración positiva¹¹².

Todo ello son indicadores de la necesidad de revertir este proceso de desconexión que ha roto vínculos económicos, sociales y culturales entre el Reino Unido y la UE, con un efecto desfavorable que todavía puede ser peor en los próximos años de proliferar en el descenso de intercambios y una continuidad de las políticas conservadoras euroescépticas, que han llevado a ello, así como el descontento *ab initio* en las zonas de Irlanda del Norte y Escocia. Son tiempos en los cuales existe la necesidad de reabrir un diálogo a nivel parlamentario, que permita volver a poner sobre la mesa, la posibilidad de una futura vuelta del Reino Unido a la Unión Europea, y, por otro lado, una puerta abierta por parte de las instituciones europeas para que ello sea posible.

Resumen

En este artículo se analiza el Brexit tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional, como a nivel constitucional en el Reino Unido, a partir de la aplicación del artículo 50 TUE, y los aspectos clave para el Derecho Constitucional Europeo. En el ámbito interno, se observa el rol del Parlamento Británico y la normativa ad hoc que habilita para la convocatoria de referéndums, así como la decisión judicial en la sentencia Miller de la Supreme Court. El Brexit da lugar a un proceso marcado por las negociaciones del Acuerdo de Retirada, en el que merece una atención particular la adopción del mismo, así como del Acuerdo de Comercio y Cooperación y el Protocolo de Irlanda del Norte, con el reciente Marco de

110 *Idem*.

111 HOUSE OF COMMONS LIBRARY, «Statistics on UK-EU TRADE», 11 de mayo de 2023. Accesible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7851/>

112 YOUNGOV. «EU Tracker questions EU Tracker Questions (GB)», accesible en: https://docs.cdn.yougov.com/jzpbj66qn5/YG%20Trackers%20-%20EU%20Tracker%20Questions_W.pdf

Windsor. Por último, se contempla también tanto desde la perspectiva del Derecho de la UE como del Derecho constitucional del Reino Unido, una posible adhesión del mismo a la UE en el marco del artículo 49 TUE.

Palabras clave

Brexit, Acuerdo de Retirada, Artículo 50 TUE, Protocolo de Irlanda del Norte, Derechos Fundamentales, Referéndum, Artículo 49 TUE, Parlamento Británico, Ratificación de Tratados.

Abstract

This paper analyses Brexit both from the perspective of international law and at the constitutional level in the United Kingdom, based on the application of Article 50 TEU, and the key aspects for European Constitutional Law. In the domestic sphere, the role of the British Parliament and the ad hoc regulations that enable referendums to be called, as well as the judicial decision in the Miller judgment of the Supreme Court, are observed. Brexit gives rise to a process marked by the negotiations of the Withdrawal Agreement, in which the adoption of the Agreement deserves particular attention, as well as the Trade and Cooperation Agreement and the Northern Ireland Protocol, with the recent Windsor Framework. Finally, a possible accession of the UK to the EU under Article 49 TEU is also envisaged from the perspective of both EU law and UK constitutional law.

Keywords

Brexit, Withdrawal Agreement, Article 50 TEU, Northern Ireland Protocol, Fundamental Rights, Referendum, Article 49 TEU, British Parliament, Treaty Ratification.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

SALIDA DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL TUE

Withdrawal from the European Union. Constitutional Law and practice of article 50 TEU

THOMAS BEUKERS

*Asesor Jurídico Superior del Ministerio de Asuntos Exteriores de los
Países Bajos¹*

Traducido del inglés por Marta Lucena Pérez

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Notificación de la intención de retirarse de la Unión.
3. Negociaciones sobre la retirada.
4. Una transición ordenada hacia la futura relación.
5. Los efectos constitucionales de la retirada: la pérdida automática de la ciudadanía de la Unión.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa de 2009, con la introducción del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE) sobre la retirada de la Unión Europea (UE), eliminó cualquier duda que pudiera quedar sobre la posibilidad de que un Estado miembro abandonara la UE. Sin embargo, como ha demostrado su primera aplicación en el caso de la retirada del Reino Unido (RU) de la UE (en adelante: Brexit), el texto del artículo 50 del TUE, no ofrece una respuesta explícita a muchas de las cuestiones constitucionales e institucionales que plantea su aplicación. De hecho, la disposición deja un importante margen de interpretación a las instituciones políticas implicadas, y su primera aplicación también ha dado lugar a nuevas interpretaciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En consecuencia, existe

¹ Las opiniones expresadas por el autor son personales y no reflejan necesariamente las del Ministerio.

ahora una plétora de fuentes constitucionales adicionales en relación con la retirada de la UE, incluida la jurisprudencia y la práctica².

En este artículo se analizarán las nuevas fuentes constitucionales principales de la UE, agrupándolas en torno a algunas de las principales cuestiones relativas a la retirada de la UE: la notificación de la intención de retirarse (sección 2), las negociaciones sobre la retirada (sección 3), la futura relación entre la UE y el Estado miembro que se retira (sección 4) y los efectos constitucionales de la retirada efectiva (sección 5).

Veremos que las fuentes constitucionales adicionales confirman y pueden entenderse generalmente a la luz del doble objetivo constitucional del artículo 50 del TUE: en primer lugar, consagrar un derecho soberano de cada Estado miembro a abandonar la Unión y confirmar así el carácter voluntario de la pertenencia a la UE; y, en segundo lugar, permitir una retirada ordenada de la UE³. Aunque la esencia de una retirada ordenada se refiere a cuestiones sustantivas como los derechos de los ciudadanos, la finalización de los procedimientos en curso y, en el caso del Reino Unido, una solución a la delicada posición de Irlanda del Norte, la perspectiva adoptada en este artículo es de carácter institucional. Como se verá, varias de las decisiones institucionales tomadas durante la primera aplicación del artículo 50 del TUE en el caso del Brexit pueden entenderse mediante una comparación con el Derecho «normal» de las relaciones exteriores de la UE.

2. NOTIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN DE RETIRARSE DE LA UNIÓN

Las principales condiciones consagradas en la legislación de la UE que califican el derecho soberano de un Estado miembro a retirarse de la Unión se refieren al elemento de notificación. Para retirarse de la Unión, un Estado miembro tendrá que notificarlo al Consejo Europeo, una vez adoptada una decisión de conformi-

2 Esta contribución no discutirá la distinción entre fuentes primarias y secundarias de la constitución; la jurisprudencia de los tribunales constitucionales se considera generalmente un ejemplo de estas últimas. Tampoco abordará la cuestión de hasta qué punto las prácticas constitucionales pueden considerarse parte de la constitución jurídica de la UE. HILLION sugiere que sí pueden, ya que en referencia a cuestiones como la negociación por fases —véase la sección 3.3 más adelante— sostiene que «la elaboración en curso del artículo 50 del TUE equivale a una naciente ley de retirada de la UE», C. HILLION, «Withdrawal under Article 50 TEU: An Integration-Friendly Process», *Common market law review*, 2018, p. 29-56, 49.

3 Compárese STJUE, 10 de diciembre de 2018, asunto C-621/18, *Wightman*, § 56.

dad con los requisitos constitucionales propios del Estado miembro (sección 2.1). Además, como demuestra el análisis de los efectos de una notificación, no existe el derecho a una retirada inmediata (sección 2.2). Estas y otras cuestiones relativas a la notificación, como la posibilidad de revocarla (sección 2.3), se examinarán a continuación, incluidas las distintas interpretaciones constitucionales del artículo 50 del TUE.

2.1. Requisitos constitucionales nacionales

El artículo 50 del TUE establece que cualquier Estado miembro puede notificar su intención de retirarse de la UE al Consejo Europeo⁴, tras haber decidido retirarse de la Unión de conformidad con sus propias normas constitucionales⁵. Esto demuestra inmediatamente que la cuestión de la notificación debe considerarse desde dos perspectivas relacionadas. Una primera perspectiva es la del Estado miembro que se retira, que debe decidir de conformidad con sus requisitos constitucionales nacionales. Una segunda perspectiva es la de la Unión Europea, ya que el Consejo Europeo debe interpretar si un acto específico de un Estado miembro equivale o no a una «notificación» en el sentido del artículo 50.2 del TUE.

Por lo que respecta a la perspectiva nacional, obviamente los requisitos pueden diferir de un Estado miembro a otro. Asimismo, el Brexit ha ilustrado que las normas constitucionales nacionales relativas a la notificación no son necesariamente claras en el momento en que la dinámica política que conduce a dicha notificación da un giro decisivo (en este caso, el referéndum del Reino Unido de 23 de junio de 2016). Así, sólo siete meses después del referéndum, se aclaró un aspecto fundamental de los requisitos constitucionales nacionales en el Reino Unido. El Tribunal Supremo del Reino Unido determinó el 24 de enero de 2017 en el caso «*Miller I*» que el Gobierno británico no puede notificar la intención de retirarse sin la aprobación previa del Parlamento británico⁶. Sólo desde entonces sabemos con certeza que, a diferencia de lo que había sostenido el propio Gobierno británico, la Prerrogativa no incluye la facultad de notificar la intención de retirarse de la UE, sino que ésta forma parte de la soberanía del Parlamento británico. Por último, el debate sobre los requisitos constitucionales en Italia —analizado en algunos de los otros artículos de este

4 Artículo 50.2 del TUE.

5 Artículo 50.1 del TUE.

6 R (Miller) contra el Secretario de Estado para la Salida de la Unión Europea (2017) Tribunal Supremo del Reino Unido, 5.

número— ilustra que los requisitos constitucionales tampoco están necesariamente claros en los actuales Estados miembros de la UE⁷.

Respecto a la perspectiva de la UE, obviamente no corresponde al Consejo Europeo determinar cuáles son los requisitos constitucionales nacionales de un Estado miembro concreto. Sin embargo, sí corresponde al Consejo Europeo interpretar cuándo debe considerarse que un acto de un Estado miembro constituye una notificación con arreglo al artículo 50.2 TUE. Poco después del referéndum británico, el Consejo Europeo dejó claro que el referéndum en sí (o el hecho de que el Primer Ministro británico informara al Consejo Europeo del resultado) no iba a considerarse una notificación implícita por parte del Reino Unido, como sugirieron algunos, sino que en su lugar es necesaria una comunicación explícita del Gobierno al Consejo Europeo: «Corresponde al Gobierno británico notificar al Consejo Europeo la intención del Reino Unido de retirarse de la Unión»⁸. Y, de hecho, inmediatamente después de que el Gobierno británico presentara su notificación, el Consejo Europeo, en su configuración del artículo 50 del TUE (en lo sucesivo: el artículo 50 del Consejo Europeo), confirmó su recepción⁹.

Tras la sentencia *Wightman* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que el Tribunal estableció un paralelismo explícito entre notificación y revocación¹⁰, cabe suponer que no sólo la revocación de una notificación, sino también la propia notificación original debe «en primer lugar, presentarse por escrito al Consejo Europeo y, en segundo lugar, ser inequívocas e incondicionales»¹¹. De hecho, no es probable que el Consejo Europeo (art. 50) se hubiera conformado con menos. Sin embargo, incluso con estas condiciones, no se puede excluir totalmente la controversia después de que un gobierno nacional haya presentado una notificación¹².

7 Véanse las contribuciones de BIN y LUPO. También R. BIN, «Italexit? Come si potrebbe fare, se si può fare», *Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 813-830; N. LUPO, «L'art. 11 come "chiave di volta" della Costituzione vigente», *Rassegna Parlamentare*, 2021, p. 379-418.

8 Reunión informal a 27, Bruselas, 29 de junio de 2016, Declaración, punto 2.

9 Declaración del Consejo Europeo (art. 50) sobre la notificación del Reino Unido, 29 de marzo de 2017.

10 *Wightman*, cit., § 58.

11 Estas son las condiciones explícitamente impuestas por el Tribunal a la revocación de una notificación, véase *Wightman*, cit., § 74.

12 En sus conclusiones en el asunto *Wightman*, el Abogado General M. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA con respecto a una notificación insinúa la posibilidad de que un «órgano competente (ordinariamente los tribunales superiores de cada Estado) considere que esa decisión no se adoptó de conformidad con los requisitos constitucionales», argumentando que debería ser posible entonces

Eeckhout y Frantziou argumentan que la obligación de la UE de mostrar un respeto «profundo y genuino» por los requisitos constitucionales nacionales tiene consecuencias que van más allá del momento de la notificación¹³. Sostienen que esto significa que la UE debe adoptar un «enfoque no punitivo hacia la retirada»¹⁴. En el caso del Reino Unido, con la soberanía parlamentaria como requisito constitucional clave, también significa que la UE debe respetar que «la decisión definitiva de retirada sólo puede tomarse una vez que se conozcan plenamente los términos del acuerdo de retirada y de las futuras relaciones entre el Estado que se retira y la UE»¹⁵. Evidentemente, no corresponde a la UE decidir si, en virtud del Derecho constitucional nacional, el Parlamento debe tomar la decisión final o cómo debe organizarse¹⁶. Si el resultado de la decisión final de un Estado miembro que se retira, a la luz de los términos del acuerdo de retirada y de las relaciones futuras, fuera favorable a la permanencia, sabemos que puede revocar unilateralmente su notificación (véase el apartado 2.3). La UE tendría que respetarlo.

2.2. Efectos de la notificación

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 Estados miembros restantes, junto con los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión, dejaron claro poco después del referéndum británico que: «No puede haber negociaciones de ningún tipo antes de que se haya producido esta notificación»¹⁷. Por lo tanto, el principal efecto político de la notificación del Reino Unido del 29 de marzo de 2017 fue que permitió el inicio de las negociaciones entre la UE y el Reino Unido sobre los acuerdos de retirada¹⁸. Esto no significa que no se hicieran preparativos para el Bre-

revocar la notificación, véanse las conclusiones de 4 de diciembre de 2018, C-621/18, *Wightman*, § 104. HOFMEISTER confía en que «No hay riesgo de que el TJUE se convierta en árbitro final sobre el derecho constitucional nacional», véase H. HOFMEISTER, «Should I Stay or Should I Go? A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 5, 2010, p. 589-603, 599.

13 P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, «Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading», *Common market law review*, 2017, p. 695-734, 710.

14 *Ibidem*, p. 696.

15 *Ibidem*, p. 710.

16 Para un debate en relación con el Reino Unido, véase P. CRAIG, «Brexit. A Drama in Six Acts», *European Law Review*, vol. 41, núm. 4, 2016, p. 447-468, 465-467.

17 Reunión informal a 27, Bruselas, 29 de junio de 2016, Declaración, punto 2.

18 Después de que el Consejo Europeo (art. 50) adoptara unas directrices el 29 de abril de

xit antes de la notificación. Lo más importante es que, inmediatamente después del referéndum, la Unión empezó a prepararse internamente para las negociaciones de retirada. Pero, además, y aunque todavía no se había recibido ninguna notificación del Reino Unido, dado que tras el referéndum «un Estado miembro ha[bía] hecho saber públicamente que se retirará de la Unión», el Consejo ya un mes después del referéndum decidió modificar el orden de las presidencias del Consejo para tener en cuenta esa circunstancia¹⁹.

El principal efecto jurídico de una notificación es el inicio de un período de dos años tras el cual la retirada surtirá efecto y los Tratados dejarán de aplicarse a ese Estado miembro, a menos que se decida activamente lo contrario. Además de la observación anterior de que la decisión de retirada debe adoptarse de conformidad con los requisitos constitucionales propios, ésta parece ser la observación jurídica más relevante de la retirada que se desprende del artículo 50 del TUE: no hay derecho a una retirada inmediata²⁰. La duración de este período de dos años ha sido criticada por ser demasiado corta²¹, aunque en comparación con otros ejemplos —de organizaciones internacionales ciertamente mucho menos complejas— podría considerarse larga²². El plazo de dos años puede entenderse como un equilibrio entre los dos objetivos de permitir una retirada ordenada mediante la negociación de un acuerdo de retirada, por un lado, y salvaguardar el derecho soberano de un Estado miembro a poner fin a sus derechos y obligaciones como miembro incluso en ausencia de dicho

2017 y el Consejo (art. 50) el 22 de mayo de 2017 diera mandato a la Comisión para que iniciara estas negociaciones.

19 Decisión (UE) 2016/1316 del Consejo, de 26 de julio de 2016, que modifica la Decisión 2009/908/UE, por la que se establecen medidas para la aplicación de la Decisión del Consejo Europeo relativa al ejercicio de la Presidencia del Consejo, y a la presidencia de los órganos preparatorios del Consejo (DO L 208 de 2.8.2016, p. 42).

20 Algunos partidarios del Brexit duro argumentaron lo contrario, a saber, que el Reino Unido podría abandonar la UE sin pasar por el proceso establecido en el artículo 50 del TUE y que bastaría con una simple derogación de la Ley de Comunidades Europeas de 1972. Véase P. CRAIG, «Brexit, A Drama: The Interregnum», *Yearbook of European Law*, vol. 36, 2017, p. 3-45, 8.

21 Weiler habla incluso de un «plazo irrisorio», J. WEILER, «Brexit - Apportioning the Blame», *Blog of the European Journal of International Law*, núm. 17, abril de 2020; HERBST está convencido de que el plazo es «demasiado corto para negociar y celebrar un acuerdo de aplicación de la retirada», J. HERBST, «Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the “Masters of the Treaties”?», *German Law Journal*, vol. 6, 2005, p. 1757-58.

22 En el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía, por ejemplo, el plazo es de un año, véase el artículo 47.2 TCE; en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos es de seis meses, véase el artículo 58.1 CEDH.

acuerdo, por otro. Es importante destacar que el plazo de dos años puede acortarse —si la entrada en vigor de un acuerdo de retirada se produce antes—, pero también puede ampliarse, como ocurrió tres veces en el caso del Brexit.

La notificación de la intención de retirarse no modifica fundamentalmente el estatuto del Estado miembro en cuestión. El Consejo Europeo (art. 50) se afanó en señalarlo y en recordar al Reino Unido, en particular, el principio de cooperación leal: «*Hasta que abandone la Unión, el Reino Unido seguirá siendo miembro de pleno derecho de la Unión Europea, sujeto a todos los derechos y obligaciones establecidos en los Tratados y en el Derecho de la UE, incluido el principio de cooperación leal*»²³. También el Tribunal de Justicia confirmó en *RO* que «una notificación no tiene por efecto suspender la aplicación del Derecho de la UE en el Estado miembro que ha efectuado la notificación»²⁴ y en *Wightman* que el estatuto de un Estado miembro «no queda suspendido ni alterado por dicha notificación»²⁵ y que «disfruta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 4, del TUE, de todos los derechos y sigue vinculado por todas las obligaciones establecidas en los Tratados»²⁶.

La única excepción a esta norma está prevista en el artículo 50.4, del TUE, que excluye al miembro del Consejo (Europeo) que represente al Estado miembro que se retira de la participación en los debates del Consejo (Europeo) o en las decisiones que le conciernan en virtud del artículo 50, apartados 2 y 3, del TUE. En el período comprendido entre el referéndum y la notificación, esta disposición aún no se había activado, por lo que la UE-27 tuvo que encontrar un *modus operandi* para organizarse y prepararse. La solución encontrada fue que el 29 de junio de 2016²⁷, seis días después del referéndum del Reino Unido, y el 15 de diciembre de 2016²⁸, fueron los 27 Jefes de Estado y de Gobierno los que se reunieron junto con los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea. Hillion habla con razón de un Consejo Europeo (Art. 50) «*avant la lettre*»²⁹. Solo después de la notificación del Reino Unido del 29 de marzo de 2017, fue formalmente posible operar en la formación

23 Directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, 29 de abril de 2017, punto 25.

24 STJUE, 19 de septiembre de 2018, asunto C-327/18 PPU, *RO*, § 45.

25 *Wightman*, cit., § 59.

26 *Ibidem*, § 73.

27 Reunión informal a 27, Bruselas, 29 de junio de 2016, Declaración.

28 Reunión informal de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros, así como de los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea Bruselas, 15 de diciembre de 2016.

29 C. HILLION, *op. cit.*, p. 37.

del artículo 50 del Consejo Europeo y del Consejo —así sin el Reino Unido— y el Consejo Europeo (art. 50) rápidamente, el 29 de abril de 2017, adoptó directrices que respaldaban las declaraciones anteriores³⁰.

Más adelante, durante las negociaciones del Brexit, se pondría seriamente a prueba el cumplimiento por parte del Reino Unido de los derechos y obligaciones que conlleva el estatus de Estado miembro de la UE. Cuando el 20 de marzo de 2019 el Reino Unido solicitó una prórroga del período de dos años hasta el 30 de junio de 2019³¹, esto planteó serios desafíos a la UE, en la que las elecciones al Parlamento Europeo (PE) debían celebrarse en cada Estado miembro del 23 al 26 de mayo. Por ello, el Consejo Europeo del 22 de marzo —de acuerdo con el Reino Unido— sólo concedió una prórroga hasta el 12 de abril, fecha límite para que el Reino Unido organizara la celebración de las elecciones al PE³². Cuando el Gobierno británico solicitó el 5 de abril una segunda prórroga hasta el 30 de junio³³, el Consejo Europeo —de nuevo de acuerdo con el Reino Unido— concedió una prórroga hasta el 31 de octubre como máximo, pero con la condición de que el Reino Unido celebrara a tiempo elecciones para la 9ª legislatura del PE: de no ser así, la prórroga terminaría automáticamente el 1 de junio³⁴. No se trataba de una nueva condición de adhesión creada por el Consejo Europeo, sino de un ejemplo de la necesidad de respetar las obligaciones constitucionales fundamentales para proteger el funcionamiento de una institución de la UE y evitar los riesgos de un Parlamento compuesto de forma irregular. Al final, el Reino Unido celebró elecciones al PE, pero en verano decidió —a pesar de las obligaciones derivadas de los apartados 5 y 7 del artículo 17 del TUE— no proponer un candidato a Comisario británico para

30 De hecho, el Consejo Europeo refrendó posteriormente las disposiciones establecidas en la declaración de los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de 15 de diciembre de 2016, véanse las directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, punto 28.

31 Decisión (UE) 2019/476 del Consejo Europeo, adoptada de acuerdo con el Reino Unido, de 22 de marzo de 2019, por la que se prorroga el período previsto en el artículo 50.3 del TUE (DO L 80 I de 22.3.2019, p. 1).

32 Decisión (UE) 2019/476 del Consejo Europeo, adoptada de acuerdo con el Reino Unido, de 22 de marzo de 2019, por la que se prorroga el período previsto en el artículo 50.3, del TUE (DO L 80 I de 22.3.2019, p. 1).

33 Primera ministra Theresa May, «Carta al presidente del Consejo Europeo Donald Tusk», 5 de abril de 2019.

34 Decisión (UE) 2019/584 del Consejo Europeo, adoptada de acuerdo con el Reino Unido, de 11 de abril de 2019, por la que se prorroga el período previsto en el artículo 50.3, del TUE (DO L 101 de 11.4.2019, p. 1).

la nueva Comisión³⁵. Después de que el Reino Unido solicitara el 19 de octubre de 2019 una tercera prórroga de su pertenencia a la UE hasta el 31 de enero de 2020, esta vez el Consejo Europeo (art. 50) no insistió en una «cláusula de guillotina». Sin embargo, el Reino Unido aceptó explícitamente que tenía «la obligación de sugerir un candidato para su nombramiento como miembro de la Comisión»³⁶. A pesar de varias invitaciones más del Presidente electo de la Comisión, e incluso del inicio de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión contra el Reino Unido el 14 de noviembre, el Reino Unido no había propuesto ningún candidato. No obstante, el Consejo Europeo («ordinario!») del 28 de noviembre decidió que ese fracaso «no puede socavar el funcionamiento regular de la Unión y sus instituciones y, por lo tanto, no puede constituir un obstáculo para el nombramiento de la próxima Comisión, a fin de que empiece a ejercer cuanto antes todas las competencias que le confieren los Tratados»³⁷.

2.3. Revocación de la notificación

Una de las cuestiones que los redactores del artículo 50 del TUE dejaron sin abordar es la de la posibilidad de revocar una notificación. Antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea zanjara la cuestión en el asunto *Wightman*³⁸, se encontraron dos posturas principales en el debate. Según la primera postura, defendida por varios académicos, el artículo 50 del TUE debe interpretarse en el sentido de que permite una revocación unilateral³⁹. Según una segunda posición, en particular la defendida por el Consejo y la Comisión ante el Tribunal, una notificación en virtud del artículo 50 del TUE puede revocarse, pero sólo con el consentimiento unánime del Consejo Europeo⁴⁰. El propio Gobierno británico no se pronunció al respecto.

35 Carta del Representante Permanente del Reino Unido de 23 de agosto de 2019 a la Comisión Europea y al Consejo.

36 Decisión (UE) 2019/1810 del Consejo Europeo adoptada de acuerdo con el Reino Unido el 29 de octubre de 2019 por la que se prorroga el período previsto en el artículo 50.3, del TUE (DO L 278 I de 30.10.2019, p. 1), preámbulo 11.

37 Decisión (UE) 2019/1989 del Consejo Europeo, de 28 de noviembre de 2019, por la que se nombra a la Comisión Europea (DO L 308 de 29.11.2019, p. 100).

38 *Wightman*, cit.

39 P. CRAIG, «Brexit. A Drama in Six Acts...cit.». Véase P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 711-714.

40 *Wightman*, cit., § 42.

La laguna del artículo 50 TUE fue colmada el 10 de diciembre de 2018 por el Tribunal en su sentencia *Wightman*, en la que dejó claro que mientras un Estado miembro que se retira no se haya ido «conserva la capacidad de revocar unilateralmente la notificación de su intención de retirarse de la Unión Europea, de conformidad con sus requisitos constitucionales»⁴¹.

Un elemento central del razonamiento del Tribunal se refiere al significado de la palabra «intención» en el artículo 50.2, del TUE: «(...) *del tenor literal del artículo 50.2 TUE se desprende que un Estado miembro que decide retirarse debe notificar su "intención" al Consejo Europeo. Una intención no es, por su naturaleza, ni definitiva ni irrevocable*»⁴². Esta interpretación de la «intención» ha encontrado apoyo entre los académicos⁴³, pero también ha sido muy criticada. Vidmar, por ejemplo, argumenta que «la interpretación del Tribunal de la palabra intención en *Wightman* no es compatible con el significado ordinario de ese término en la teoría y la práctica tanto del derecho de los contratos como de los tratados»⁴⁴.

Sin embargo, el elemento más importante del razonamiento del Tribunal es sin duda la soberanía de los Estados miembros. Según el Tribunal «el carácter soberano del derecho de retirada consagrado en el artículo 50.1 TUE, apoya la conclusión de que el Estado miembro afectado tiene derecho a revocar la notificación»⁴⁵. Ningún Estado miembro puede ser obligado a retirarse de la UE contra su voluntad⁴⁶. En otras palabras, es a la luz de uno de los dos objetivos constitucionales del artículo 50 TUE, el derecho soberano de un Estado miembro, como debemos entender la forma en que el Tribunal colmó la laguna de esta disposición (Cuyvers habla de un «derecho soberano aparentemente absoluto» a permanecer y a revocar)⁴⁷.

41 *Ibidem*, § 73.

42 *Ibidem*, § 49.

43 Véase, por ejemplo, en relación con la opinión del Abogado General, S. PEERS, «Revoking the notice to withdraw from the EU? The opinion in *Wightman*», *EU Law Analysis Blog*, 4 de diciembre de 2018.

44 J. VIDMAR, «Unilateral Revocability in *Wightman*: Fixing Article 50 with Constitutional Tools», *EuConst*, 2019, p. 359-375, 368.

45 *Wightman*, cit., § 57.

46 *Ibidem*, § 65.

47 A. CUYVERS, «*Wightman*, Brexit, and the sovereign right to remain», *Common market law review*, vol. 56, 2019, p. 1303-1332, en 1303 y 1312.

3. NEGOCIACIONES SOBRE LA RETIRADA

En las negociaciones sobre el acuerdo de retirada, se han tomado importantes decisiones institucionales en la aplicación del artículo 50 del TUE, que pueden entenderse a través del objetivo de salvaguardar una retirada ordenada. De hecho, se ha considerado que una retirada ordenada necesita unidad, tanto política como jurídica. Esto ha llevado a los 27 Estados miembros restantes a optar por abordar las negociaciones con el Reino Unido exclusivamente a través de la UE, sin negociaciones bilaterales entre el Reino Unido y las capitales de los Estados miembros, con la Comisión como único negociador y un papel director del Consejo Europeo (sección 3.1). También les ha llevado a considerar el artículo 50 del TUE como una base jurídica horizontal excepcional, que permite un acuerdo (de retirada) exclusivo de la UE —del que solo son parte la UE y el Reino Unido— con un alcance excepcionalmente amplio (sección 3.2). Además, ha dado lugar a un enfoque gradual de las negociaciones de retirada (sección 3.3).

3.1. El papel de las instituciones de la UE

Las principales decisiones institucionales de la UE sobre cómo organizarse para las negociaciones del Brexit ya se habían tomado antes de la notificación al Reino Unido⁴⁸. El artículo 50 del TUE prescribe expresamente una opción importante, a saber, que el Consejo Europeo (art. 50) adopte directrices a la luz de las cuales la UE negociará el acuerdo de retirada. A diferencia de los acuerdos internacionales con terceros países celebrados por la Unión Europea en virtud del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se prescribe así un papel destacado para el Consejo Europeo en el caso de un acuerdo de retirada. Como dice Hillion *«La posición reforzada del Consejo Europeo compensa la ausencia formal de los Estados miembros en el procedimiento de retirada desde su activación»*⁴⁹. De hecho, un acuerdo de retirada es diferente de los acuerdos de adhesión, ya que no requiere la ratificación de todos los Estados miembros para entrar en vigor⁵⁰.

Muchas de las otras decisiones institucionales tomadas en la organización de las negociaciones de retirada o, en otras palabras, en la interpretación del artículo 50

48 Véanse ya las disposiciones de procedimiento decididas en la reunión informal de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros, así como de los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea Bruselas, 15 de diciembre de 2016.

49 C. HILLION, *op. cit.*, p. 38.

50 Sobre los acuerdos de adhesión, véase el artículo 49 del TUE.

del TUE dada por los actores constitucionales relevantes, fueron deliberadamente tomadas dentro de la discreción que la disposición discutiblemente proporciona. La mayoría de ellos pueden entenderse a través del deseo de salvaguardar un Brexit ordenado mediante la unidad política entre las instituciones de la UE y los Estados miembros restantes⁵¹. Algunas de ellas pueden comprenderse mejor comparándolas con el Derecho institucional de las relaciones exteriores «regulares» de la UE.

El papel del Consejo Europeo (art. 50) no se limitó a establecer directrices para las negociaciones al principio. Decidió «seguir ocupándose permanentemente de la cuestión»⁵², actualizando sus directrices en el curso de las negociaciones según fuera necesario, y se encargó de decidir cuándo pasar a la siguiente fase de las negociaciones (véase el apartado 3.3). Respaldó el resultado de las negociaciones sobre el acuerdo de retirada⁵³, lo que demuestra que la norma del consenso al más alto nivel político se aplica también al final del proceso. Además, mientras que Dougan señala con razón que el artículo 50 del TUE no dice nada sobre la forma en que debe negociarse y aprobarse el marco de la futura relación⁵⁴, por parte de la UE fue el Consejo Europeo (art. 50) el que, en primer lugar, decidió qué forma adoptaría (una declaración política)⁵⁵, y finalmente lo aprobó tras las negociaciones de la Comisión⁵⁶. Como señala Laffan, un efecto particular del poder del Consejo Europeo fue asegurar la unidad en el sentido de que «*contenía los intereses sectoriales dentro de los objetivos y preferencias generales de la UE*»⁵⁷.

51 Véase también en este sentido, B. LAFFAN, «Brexit: What Role did Process Play?», *Global Policy*, vol. 13, 2022, p. 79-88.

52 Directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, 29 de abril de 2017; ya reflejadas en: Reunión informal de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros, así como de los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea Bruselas, 15 de diciembre, punto 1.

53 Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50), 25 de noviembre de 2018, Conclusiones, punto 1; Consejo Europeo (art. 50), Conclusiones, 21 de marzo de 2019, punto 2; Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50), 17 de octubre de 2019, Conclusiones, punto 1.

54 M. DOUGAN, *The UK's Withdrawal from the EU: A Legal Analysis*, Oxford University Press, 2021, p. 52.

55 Véase reunión del Consejo Europeo (art. 50), 15 de diciembre de 2017, Directrices, punto 6.

56 Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50), 25 de noviembre de 2018, Conclusiones, punto 1; Consejo Europeo (art. 50), Conclusiones, 21 de marzo de 2019, punto 2; Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50), 17 de octubre de 2019, Conclusiones, punto 2.

57 B. LAFFAN, *op. cit.*, p. 82.

Otra elección institucional realizada con el objetivo de salvaguardar la unidad fue la de la Comisión como negociadora del acuerdo de retirada. Puede argumentarse que el artículo 50 del TUE también deja margen para una opción diferente⁵⁸, pero no por ello dejaba de ser obvia. Laffan sostiene que la elección de Juncker de Michel Barnier fue una declaración de intenciones: «El criterio del presidente Juncker era que el proceso del Brexit debía ser dirigido por un político y no por un alto funcionario de la Comisión, debido a la necesidad de ganarse la confianza de los Estados miembros y de aportar criterio político»⁵⁹. Parte de la cooperación entre Barnier y los 27 Estados miembros consistió en un ritmo único de cuatro semanas para preparar, llevar a cabo e informar sobre las negociaciones con el Reino Unido y un nivel único de transparencia. Además, la Comisión cooperó estrechamente con el grupo director del PE sobre el Brexit.

Menos visibles para el público en general, pero igualmente interesantes desde una perspectiva constitucional, son varios elementos no mencionados en el artículo 50 del TUE que se han añadido al procedimiento por elección institucional. Se trata de elementos de la práctica constitucional que no se desprenden estrictamente del texto del artículo 50.2 TUE, ni del artículo 218.3 TFUE al que remite. Así pues, la disposición no prescribe una decisión del Consejo para la firma del acuerdo de retirada, ni una propuesta de la Comisión para la decisión del Consejo sobre la celebración (o una propuesta de la Comisión para una decisión del Consejo sobre la firma). El artículo 50 del TUE tampoco prevé la adopción de directrices de negociación detalladas por parte del Consejo, ni la designación de un comité especial en consulta con el cual deban llevarse a cabo las negociaciones. Y, sin embargo, todos estos elementos adicionales pueden considerarse lógicos a la luz de la práctica habitual en materia de relaciones exteriores en virtud del artículo 218 del TFUE⁶⁰.

Tomemos como ejemplo el elemento de las directrices de negociación detalladas adicionales del Consejo. Una práctica habitual en virtud del artículo 218 del TFUE es incluir las directrices de negociación como anexo a la decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones. Normalmente, esa decisión del Consejo hará referencia tanto al artículo 218.3, del TFUE para la autorización como al artículo 218.4, del TFUE para las directrices de negociación (y la designación

58 Puesto que no prescribe el nombramiento de la Comisión como negociador, como hace el artículo 207 del TFUE para los acuerdos comerciales.

59 B. LAFFAN, *op. cit.*, p. 82.

60 C. HILLION, *op. cit.*, p. 32, sugiere además entender el papel asignado al Parlamento Europeo durante las negociaciones de retirada como «reflejo de los términos del artículo 218.10 del TFUE».

del comité especial)⁶¹. En el caso de la Decisión del Consejo (art. 50) por la que se autorizan las negociaciones sobre el acuerdo de retirada, aunque de acuerdo con el texto del artículo 50 TUE sólo se incluyó una referencia al artículo 218.3, TFUE, las directrices de negociación se incorporaron, no obstante, mediante un anexo⁶². Esta interpretación del artículo 50 TUE, en el sentido de que permite al Consejo (art. 50) adoptar directrices de negociación en la práctica, es lógica y concuerda también con la invitación del Consejo Europeo (art. 50) al Consejo a adoptar directrices de negociación sobre el fondo⁶³, y a actualizarlas⁶⁴.

También era lógico que la Comisión presentara una propuesta de decisión del Consejo sobre la celebración del acuerdo de retirada⁶⁵. Sin embargo, al no tratarse de una propuesta «con arreglo a los Tratados», en teoría el Consejo no necesitaba unanimidad para modificarla⁶⁶. Y la mayoría cualificada que prescribe el artículo 50.4 TUE para esta decisión del Consejo es, en efecto, la que se aplica siempre que el Consejo no decide a propuesta de la Comisión, es decir, una mayoría cualificada reforzada⁶⁷. Sin embargo, hay que admitir que en el caso del Brexit estas formalidades no desempeñaron un papel importante, ya que nunca se consideró que faltase consenso sobre la decisión del Consejo (art. 50) relativa a la celebración del acuerdo de retirada (recuérdese la aprobación por consenso del Consejo Europeo, art. 50).

61 Véase. Decisión (UE) 2022/2349 del Consejo, de 21 de noviembre de 2022, por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea para un Convenio del Consejo de Europa sobre la inteligencia artificial, los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho (DO L 311 de 2.12.2022, p. 138).

62 Decisión del Consejo, de 22 de mayo de 2017, por la que se autoriza la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para un acuerdo que establezca las modalidades de su retirada de la Unión Europea.

63 Incorporado por primera vez en la declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de 15 de diciembre de 2017, punto 2, y refrendado posteriormente por las directrices del Consejo Europeo de 29 de abril de 2017, punto 28.

64 Consejo Europeo (art. 50), Conclusiones, 15 de diciembre de 2017, punto 5.

65 El Consejo Europeo (art. 50) del 25 de noviembre de 2018 y posteriormente de nuevo el 17 de octubre de 2019 invitó a la Comisión Europea «a tomar las medidas necesarias para garantizar que el acuerdo pueda entrar en vigor»; véase Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (art. 50), 17 de octubre de 2019, Conclusiones, punto 1.

66 Véase el artículo 293, apartado 1, del TFUE: «Cuando, en virtud de los Tratados, el Consejo actúe a propuesta de la Comisión, sólo podrá modificar dicha propuesta por unanimidad (...)».

67 En este caso, la mayoría cualificada reforzada que se aplica cuando no todos los miembros del Consejo participan en la votación; para la definición, véase el artículo 238, apartado 3, letra b), del TFUE.

Tras el Brexit, queda por saber hasta dónde llega la analogía con el artículo 218 del TFUE. Esto se refiere al papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿puede solicitarse al Tribunal un dictamen en virtud del artículo 218.11, del TFUE sobre si un acuerdo de retirada previsto es compatible con los Tratados? En la literatura académica se asume generalmente que esto es posible⁶⁸. Bradley destaca las ventajas del efecto preventivo de la revisión *ex ante* por el Tribunal⁶⁹, pero argumenta que tendría que «estar dispuesto a apartarse de la interpretación literal de las disposiciones pertinentes»⁷⁰. En cualquier caso, está claro que el plazo de dos años del artículo 50 del TUE puede suponer una limitación práctica relevante⁷¹. Y no cabe duda de que la validez de una retirada (en puridad de una decisión del Consejo relativa a la celebración de un acuerdo de retirada) puede ser controlada por el Tribunal *a posteriori* mediante una remisión prejudicial (como se hizo en el asunto *Préfet du Gers*⁷², sobre el que me remito a la sección 5 *infra*) y mediante un recurso de anulación (aunque puede no ser fácil para los demandantes demostrar que tienen interés en ejercitar la acción así como *locus standi*, como se vio en los diversos asuntos interpuestos contra el acuerdo de retirada)⁷³.

3.2. Una competencia horizontal excepcional

A la hora de abordar el Brexit, la UE optó no solo por la unidad política en las negociaciones, sino también por la unidad en la configuración jurídica que adoptó

68 Véase, por ejemplo, A. LAZOWSKI, «Withdrawal from the European Union and alternatives to membership», *European Law Review*, vol. 37, 2012, p. 523-540, en 528; C. HILLION, *op. cit.*, p. 33.

69 K. BRADLEY, «Agreeing to Disagree: The European Union and the United Kingdom after Brexit», *EuConst*, vol. 16, 2020, p. 379-416, 392.

70 *Ibidem*, p. 392.

71 P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 732, sostienen incluso que si se pide un dictamen al TJUE «el respeto del Estado de Derecho exigiría que se suspendiera el proceso de retirada, de nuevo si fuera necesario más allá del plazo de dos años».

72 STJUE, 9 de junio de 2022, asunto C-673/20, *Préfet du Gers*.

73 Con respecto al *locus standi* de las personas físicas y jurídicas en relación con el acuerdo de retirada, véase Tribunal General de la UE, 8 de junio de 2021, asunto T-252/20, *Silver y otros/Consejo*; 8 de junio de 2021, asunto T-198/20, *Shindler/Consejo*; 8 de junio de 2021, asunto T-231/20, *Price/Consejo*. En relación con el interés en ejercitar la acción, véase TJUE, 15 de junio de 2023, asunto C-499/21 P, *Silver y otros*; 15 de junio de 2023, asunto C-521/21 P, *Shindler*; 15 de junio de 2023, asunto C-502/21 P, *Price*.

el acuerdo. La UE optó por un acuerdo único, de alcance excepcionalmente amplio, para evitar los procedimientos nacionales de ratificación.

Para facilitarlo, el Consejo tomó una importante decisión institucional en una fase temprana del procedimiento de retirada: el artículo 50 del TUE se considera una base jurídica especial en lo que respecta a las competencias, y el ejercicio excepcional de competencias en virtud del artículo 50 del TUE es un hecho aislado sin consecuencias para el reparto de competencias de cualquier otro acuerdo futuro⁷⁴.

Para apreciar hasta qué punto esto es excepcional, conviene examinar más de cerca la cuestión del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. En el ámbito de las relaciones exteriores de la UE, se trata normalmente de una cuestión política delicada. Cuando un asunto es competencia exclusiva de la Unión en el sentido del artículo 3.1, del TFUE, es evidente que sólo la Unión puede ejercer la competencia. Cuando una materia es de competencia compartida (tanto la Unión como los Estados miembros son competentes) y tampoco existe una competencia externa exclusiva como consecuencia del artículo 3.2, del TFUE⁷⁵, hay que elegir políticamente si la Unión o los Estados miembros deben ejercer la competencia cuando se celebra un acuerdo internacional específico. Tradicionalmente, muchos Estados miembros preferirán ser sean ellos quienes ejerzan tales competencias, lo que dará lugar a un acuerdo mixto. A diferencia de lo que afirma Craig⁷⁶, ir más allá de la competencia exclusiva de la UE en un acuerdo internacional no requiere automáticamente un acuerdo mixto, como ha dejado claro el Tribunal en su sentencia sobre la *OTIF*⁷⁷. Pero aun así, en vista de la práctica «normal» de las relaciones exteriores, no era en absoluto evidente que los Estados miembros estuvieran dispuestos a ir más allá de las competencias exclusivas de la Unión en un acuerdo de retirada exclusivamente comunitario.

74 Esta elección se reflejó en el apdo. 5 de las directrices de negociación del Consejo (art. 50), véase el ANEXO de la Decisión (UE, Euratom) del Consejo, de 22 de mayo de 2017, por la que se autoriza la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para un acuerdo que establezca las modalidades de su retirada de la Unión Europea, punto 5.

75 La Comisión y el Consejo discrepan a menudo en su apreciación sobre este punto.

76 Véase P. CRAIG, «Brexít, A Drama: The Interregnum... *cit.*», p. 43: «También se plantea la cuestión de si las disposiciones transitorias detalladas que suavicen las futuras relaciones comerciales serían competencia exclusiva de la UE. Si no lo fueran, sería necesaria la ratificación de todos los Estados miembros, así como de la UE».

77 TJUE, 5 de diciembre de 2017, C-600/14, Alemania/Consejo (OTIF), en particular §§ 49-51.

De hecho, a la luz del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros, el carácter excepcional del acuerdo de retirada puede ilustrarse con dos ejemplos. Un ejemplo es la inclusión de un período de transición mediante el cual casi todo el acervo pasó a ser aplicable temporalmente al Reino Unido como tercer país, incluyendo así temas como los derechos de tráfico aéreo y las inversiones no directas (véase la sección 4.2 sobre la transición)⁷⁸. Un segundo ejemplo, situado fuera de la parte del acuerdo de retirada que trata del período de transición, es la categoría especial de acuerdos plurilaterales, celebrados por los Estados miembros de la Unión en esa calidad específica, también cubiertos por el acuerdo de retirada⁷⁹.

3.3. Un acercamiento a las negociaciones de retirada por fases

Hay otro elemento importante de la práctica constitucional en la aplicación del artículo 50 del TUE que puede explicarse a través del objetivo de gestionar el Brexit de manera ordenada: la opción institucional adoptada el 29 de abril de 2017 por el Consejo Europeo (art. 50) de dividir las negociaciones en dos fases principales⁸⁰. En una primera fase había que lograr «progresos suficientes» en las cuestiones de separación más importantes del acuerdo de retirada: personas, dinero y fronteras. El Reino Unido insistió inicialmente en que las negociaciones sobre la retirada y las relaciones futuras se desarrollaran en paralelo⁸¹, pero finalmente tuvo que aceptar el enfoque por fases. El Consejo Europeo (art. 50) del 15 de diciembre de 2017 decidió que los progresos realizados durante la primera fase de las negociaciones eran

78 Sobre el período transitorio, véanse los artículos 126 a 132 (cuarta parte) del acuerdo de retirada. La misma voluntad de que la Unión ejerza competencias compartidas se puso de manifiesto en el Reglamento de contingencia (UE) 2019/502, de 25 de marzo de 2019, relativo a la conectividad aérea básica, véase DO L 85 de 27.3.2019, p. 49-59, y, por supuesto, también en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido (DO L 149 de 30.4.2021, p. 10-2539).

79 Véase el artículo 2.a.v. del acuerdo de retirada en general. Véase, en particular, el artículo 63.1.b), del Acuerdo de retirada del «Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras», y el artículo 152.1, del Acuerdo de retirada del «Fondo Europeo de Desarrollo» (FED) y el «Acuerdo interno del 11º FED».

80 Directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, 29 de abril de 2017, puntos 4-5.

81 Véase también la carta de notificación del Reino Unido de 29 de marzo de 2017: «Por lo tanto, creemos que es necesario acordar los términos de nuestra futura asociación junto con los de nuestra retirada de la Unión Europea».

suficientes para pasar a la segunda fase relacionada con la transición y el marco de la futura relación⁸².

La elección institucional de la secuencia y la condicionalidad fue tomada en una fase temprana por el Consejo Europeo (artículo 50) y no se menciona ni se impone en el artículo 50 del TUE. Sin embargo, está en consonancia con el objetivo del artículo 50 del TUE de salvaguardar una retirada ordenada.

El enfoque por fases fue duramente criticado, por ejemplo, por Weiler: «*La Unión insistió en el divorcio primero* —ya sabemos quién ganó esa vez—, con un coste enorme para ambas partes debido a un año y medio perdido de negociaciones, con la inevitable y espantosa falta de tiempo en el último set del partido. No creo que nadie pueda dar una explicación racional a esa insistencia de la Unión»⁸³. Hillion, que argumenta que el enfoque por fases «aumentó la influencia de la UE en las negociaciones e incrementó la probabilidad de que el acuerdo se ajustara a sus ambiciones iniciales»⁸⁴, Craig, que considera que la elección institucional «no es sorprendente», ya que presiona al Reino Unido⁸⁵, y Laffan, que lo ve como «un ejemplo de cómo la UE utilizó el proceso como poder para estructurar las negociaciones de forma que le diera la máxima ventaja»⁸⁶. De hecho, el planteamiento no puede considerarse al margen del nivel de confianza de los veintisiete en un buen resultado de las negociaciones del acuerdo de retirada. Echando la vista atrás, Dougan llega a la conclusión de que «(...) los acontecimientos posteriores demostraron sin duda que la evaluación política inicial del Consejo Europeo era totalmente acertada»⁸⁷.

4. UNA TRANSICIÓN ORDENADA HACIA LA FUTURA RELACIÓN

La lectura de los Tratados de la UE por parte de las instituciones políticas de la UE ha sido estricta en lo que respecta a la (im)posibilidad de finalizar y concluir un

82 Consejo Europeo (art. 50), 15 de diciembre de 2017, Directrices, punto 1.

83 J. WEILER, «Brexit, the Irish Protocol and the “Versailles Effect”», *Blog of the European Journal of International Law*, 8 de septiembre de 2021. LAZOWSKI también se muestra crítico argumentando que: «Se podría incluso contemplar si tal enfoque no fuera contrario al principio de cooperación leal». Véase A. LAZOWSKI, «Exercises in Legal Acrobatics: The Brexit Transitional Period», *European Papers*, 2017, p. 845-862 en 849.

84 C. HILLION, *op. cit.*, p. 45.

85 P. CRAIG, Brexit, A Drama: «The Interregnum... *cit.*», p. 32.

86 B. LAFFAN, *op. cit.*, p. 83.

87 M. DOUGAN, «So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Goodbye: The UK's Withdrawal Package», *Common market law review*, 2020, p. 631-704, 648.

acuerdo sobre la futura relación con el Reino Unido mientras éste aún fuera Estado miembro (sección 4.1). Al mismo tiempo, su lectura del ámbito de aplicación sustantivo del artículo 50 del TUE ha sido amplia, permitiendo un acuerdo transitorio para eliminar progresivamente la adhesión, pero también potencialmente para introducir una relación futura (sección 4.2). Esto último puede entenderse a la luz del objetivo de salvaguardar no sólo una retirada ordenada en el sentido (podría decirse que primario) de tratar los problemas de la separación, sino también en el sentido (podría decirse que secundario) de una transición ordenada a la futura relación.

4.1. Sin acuerdo sobre la futura relación (todavía)

Una cuestión fundamental que debía responderse tras la notificación del Reino Unido es cómo se relaciona el artículo 50 del TUE con la futura relación entre la UE y el Estado miembro que se retira. ¿Puede utilizarse para determinar la relación futura? A diferencia de lo que ha argumentado, por ejemplo, Lazowski⁸⁸, que es consciente de que su interpretación del artículo 50 del TUE es maximalista⁸⁹, la disposición no está disponible como base jurídica para celebrar un acuerdo sobre la futura relación con el Estado miembro que se retira. Al referirse al «marco para la futura relación», el artículo 50 del TUE presupone negociaciones al respecto antes de la retirada. Pero eso no es lo mismo que celebrar un acuerdo sobre la relación futura.

Esto no quiere decir que un acuerdo de retirada no pueda entenderse como un acuerdo sobre relaciones futuras. Sin embargo, el acuerdo de retirada sólo aborda expresamente un aspecto muy concreto de la relación posterior a la retirada, es decir, las condiciones que deben guardar una relación creíble con la propia retirada. Este es obviamente el caso de los derechos adquiridos de los ciudadanos, los acuerdos sobre procedimientos en curso de todo tipo y el acuerdo financiero. En el caso concreto del Reino Unido, también es claramente el caso de los acuerdos relativos a la delicada frontera con Irlanda. Estas condiciones no tienen por qué estar expresamente limitadas en el tiempo, como ilustra el Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte. Pero un acuerdo de retirada no puede constituir un acuerdo permanente sobre la relación futura.

Si el propio artículo 50 del TUE no puede utilizarse para celebrar un acuerdo sobre la futura relación, la cuestión que se plantea es cómo llegar (ordenadamente)

88 A. LAZOWSKI, «Withdrawal... *cit.*», p. 529.

89 A. LAZOWSKI, «Mind the Fog, Stand Clear of the Cliff! From the Political Declaration to the Post-Brexit EU-UK Legal Framework - Part I», *European Papers*, 2020, p. 1105-1141, en 1108.

a dicho acuerdo. ¿Puede celebrarse paralelamente al acuerdo de retirada —es decir, mientras el Reino Unido sigue siendo Estado miembro— utilizando otras bases jurídicas de los Tratados de la UE, por ejemplo, una combinación del artículo 218 del TFUE (como base jurídica de procedimiento) y el artículo 217 del TFUE (como base jurídica sustantiva para un acuerdo de asociación)? En la literatura académica se puede encontrar apoyo a esta afirmación. Eeckhout y Frantziou abogan por una lectura flexible y sostienen que un mismo acuerdo de retirada puede basarse en múltiples bases jurídicas: «En términos de principio jurídico de la UE, no vemos ninguna barrera significativa a un acuerdo de retirada que también regule la futura relación sobre una base jurídica diferente del artículo 50 del TUE»⁹⁰. Craig sostiene asimismo que un acuerdo de retirada y un acuerdo sobre la futura relación «*podrían negociarse y concluirse al mismo tiempo, pero es poco probable*»⁹¹.

La respuesta a la pregunta («No») la dio el Consejo Europeo en una fase temprana del proceso de retirada (art. 50): «un acuerdo sobre una futura relación entre la Unión y el Reino Unido como tal sólo podrá ultimarse y celebrarse una vez que el Reino Unido se haya convertido en un tercer país»⁹². Este estricto planteamiento se complementó posteriormente con la posición expresada en las decisiones del Consejo Europeo (art. 50) por las que se prorrogaba la pertenencia del Reino Unido, en las que —con el acuerdo del Reino Unido— se afirmaba que la «*prórroga no puede utilizarse para iniciar negociaciones sobre la futura relación*»⁹³.

Hillion coincide con la postura adoptada por la UE: «La UE no puede negociar, y mucho menos celebrar, un acuerdo exterior con un Estado miembro que, en virtud del Derecho de la UE, no tiene formalmente autoridad para actuar, al menos mientras siga siendo Estado miembro, es decir, en ámbitos de competencia exclusiva de la UE como el comercio»⁹⁴. Además de la cuestión de la competencia exclusiva de la UE —que en teoría podría resolverse proporcionando a un Estado miembro una autorización para actuar en virtud del artículo 2.1, del TFUE—, parece que los obstáculos jurídicos relevantes son la redacción del artículo 218.1, del TFUE, que determina que el procedimiento está disponible para acuerdos con «terceros» países⁹⁵, y el hecho de que un Estado miembro que se retira queda excluido de la toma

90 Véase P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 715-716.

91 P. CRAIG, «Brexit. A Drama in Six Acts...*cit.*», p. 465.

92 Directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, 29 de abril de 2017, punto 5.

93 Véase la Decisión del Consejo Europeo (UE) 2019/584, *cit.*, preámbulo 12.

94 C. HILLION, *op. cit.*, p. 34.

95 En este sentido, véase también M. DOUGAN, «So Long...*cit.*», p. 649.

de decisiones en el Consejo únicamente a efectos del artículo 50, apartados 2 y 3, del TUE. En otras palabras, no se podía excluir al Reino Unido de participar en una decisión del Consejo —y en las deliberaciones pertinentes— sobre las directrices de negociación de la UE relativas a las negociaciones con el propio Reino Unido.

La imposibilidad de finalizar y concluir un acuerdo no significa, sin embargo, que no se pueda hacer nada. De hecho, anteriormente hemos visto que el artículo 50 del TUE presupone negociaciones entre la UE y el Estado miembro que se retira sobre un marco para su futura relación. Tampoco se excluyen los pasos preparatorios hacia un acuerdo. Ya antes del Brexit, la UE ha llevado a cabo intensos preparativos internos, por ejemplo, mediante frecuentes e intensos debates entre la Comisión y los veintisiete miembros de la UE en el Grupo de Trabajo del Artículo 50 sobre muchos aspectos de la futura relación. Estos preparativos, junto con el marco acordado para la futura relación, hicieron posible que la Comisión Europea publicara su recomendación de autorización para iniciar las negociaciones sobre la futura relación ya el 3 de febrero de 2020, es decir, sólo tres días después de la retirada, y que el Consejo adoptara la decisión pertinente sólo tres semanas después⁹⁶. Por otra parte, parece justo decir que los límites de lo que es posible en términos de pasos preparatorios en paralelo con el artículo 50 del TUE aún no se han probado completamente, debido a las circunstancias políticas específicas del Brexit, con grandes incertidumbres hasta el último momento respecto a si el Reino Unido ratificaría el acuerdo de retirada.

4.2. El acuerdo de retirada y una transición ordenada a la futura relación

Curiosamente, la interpretación estricta que se ha dado de que ningún acuerdo sobre la futura relación puede ultimarse y concluirse antes de la retirada, parece pedir algún tipo de medidas transitorias si se pretende una retirada ordenada que incluya también una transición ordenada a la nueva relación. Por parte de la UE, esto se reconoció cuando el Consejo Europeo (art. 50) ya desde el principio mostró su disposición a debatir medidas transitorias como puente hacia la futura relación, aunque bajo estrictas condiciones: *«En la medida en que sea necesario y jurídicamente posible, las negociaciones también podrán tratar de determinar las disposiciones transitorias que redunden en interés de la Unión y, en su caso, prever pasarelas hacia el marco previsible de la futura relación a la luz de los progresos realizados»*⁹⁷.

96 Decisión (UE, Euratom) 2020/266 del Consejo, de 25 de febrero de 2020, por la que se autoriza la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para un nuevo acuerdo de asociación (DO L 58 de 27.2.2020, p. 53-54).

97 Directrices del Consejo Europeo (art. 50) para las negociaciones del Brexit, 29 de abril de

La preocupación de que la redacción del artículo 50.3, del TUE («Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada») pudiera «interpretarse en el sentido de que prohíbe las disposiciones provisionales y de protección de derechos adquiridos en un acuerdo de aplicación de la retirada» ha resultado ser injustificada⁹⁸. De hecho, en el texto del artículo 50 del TUE, que prescribe que al celebrar el acuerdo de retirada la UE debe tener en cuenta el marco de la futura relación, se puede encontrar un claro apoyo a las disposiciones transitorias⁹⁹.

Sin embargo, para construir un puente, es necesario tener una comprensión compartida clara y detallada de hacia dónde se va. A pesar de que finalmente se llegó a un acuerdo sobre un marco para la futura relación, en el caso del Brexit claramente no se daban las condiciones políticas para construir un puente e «introducir gradualmente» la nueva relación. En otras palabras, no se han probado las posibilidades ni los límites de la construcción de un puente de este tipo.

Más bien, en el caso del Brexit, la transición que se acordó como parte del acuerdo de retirada adoptó la forma de una situación única en la que, durante un período de tiempo limitado y con algunas excepciones notables¹⁰⁰, el Reino Unido iba a ser tratado como un Estado miembro sin serlo¹⁰¹. Una combinación de diversas circunstancias ha conducido a este tipo particular de transición y discutirlas va más allá del alcance de este artículo¹⁰². Entre ellas, la petición del Reino Unido de lo que denominó un período de aplicación, el hecho de que este período de transición fuera políticamente más aceptable (o menos inaceptable) que una nueva ampliación de la pertenencia a la UE, unido a la necesidad de crear las condiciones no sólo para las negociaciones formales, sino también para la finalización y conclusión de un acuerdo sobre la futura relación¹⁰³.

2017, punto 6.

98 J. HERBST, «Observations...*cit.*», p. 1757; H. HOFMEISTER, «Should I Stay...*cit.*», p. 598.

99 Véase la posibilidad de incluir disposiciones transitorias: P. CRAIG, «Brexit, A Drama: The Interregnum...*cit.*», p. 43; A. LAZOWSKI, «Exercises...*cit.*», p. 851; M. DOUGAN, «An Airbag for the Crash Test Dummies? EU-UK Negotiations for a Post-Withdrawal “Status Quo” Transitional Regime under Article 50 TEU», *Common market law review*, vol. 55, 2019, p. 57-100, 84.

100 Artículos 126-132 del Acuerdo de Retirada.

101 *Ibidem*, artículo 127.1.

102 Véase, por ejemplo, M. DOUGAN, «So Long...*cit.*»; K. ARMSTRONG, «After EU Membership: The United Kingdom in Transition», *European Journal of Legal Studies*, 2019, p. 59-86.

103 K. ARMSTRONG, «After EU Membership...*cit.*», p. 66: «Más obviamente, una de las

Se han planteado dudas sobre la legalidad de un período de transición que implica la aplicación continuada del Derecho de la Unión al Reino Unido. Dougan sostiene que «no sólo es difícil de cuadrar con el texto explícito del propio artículo 50 del TUE. También podría encajar mal con otras innumerables disposiciones del Derecho de la UE»¹⁰⁴. Se puede argumentar que una primera preocupación, relativa a las posibles amenazas a la autonomía del Derecho de la Unión¹⁰⁵, no se ha materializado debido a la insistencia de la UE en unas condiciones estrictas, por ejemplo, excluyendo al Reino Unido de las instituciones de la UE durante el período de transición. Una segunda preocupación es que ese período de transición puede considerarse problemático porque el artículo 50 del TUE establece que los Tratados dejarán de aplicarse al Estado miembro a partir de la fecha en que entre en vigor el acuerdo de retirada¹⁰⁶. Aquí, la distinción entre la aplicación directa sobre la base de los Tratados de la UE (en el caso de la adhesión) y la aplicación a través de un acuerdo internacional y como tercer país (en el caso del acuerdo de retirada) se hace relevante. Se puede argumentar que el artículo 50 del TUE prescribe que con la retirada los Tratados dejan de aplicarse por sí mismos, pero no prohíbe que se sigan aplicando de forma limitada (en el tiempo y/o en el fondo) sobre la base de un nuevo acuerdo (incluido el acuerdo de retirada). Otra preocupación es que pueda considerarse una elusión del requisito de unanimidad que se aplica a una prórroga más allá del período de dos años (artículo 50.3 del TUE)¹⁰⁷. Teniendo en cuenta que se han acordado tres prórrogas de la adhesión, y que ambas partes consideraron creíblemente necesario este acuerdo de transición específico para salvaguardar una retirada ordenada, parece difícil considerar la transición acordada un caso de abuso. Y aunque parece justo decir que el período de transición acordado puso a prueba nuestras «expectativas constitucionales normales»¹⁰⁸, las preocupaciones «podrían parecer ahora más teóricas que reales»¹⁰⁹.

funciones centrales de un periodo de transición es dar tiempo a la Unión y al Reino Unido para negociar una nueva relación futura».

104 M. DOUGAN, «An Airbag...*cit.*», p. 91.

105 *Ibidem*, p. 87-90.

106 *Ibidem*, p. 84 and 90-91; P. CRAIG, «Brexit, A Drama: The Interregnum...*cit.*», p. 44.

107 M. DOUGAN, «So Long...*cit.*», p. 664-5; P. CRAIG, «Brexit, A Drama: The Interregnum...*cit.*», p. 44.

108 M. DOUGAN, «An Airbag...*cit.*», p. 59.

109 M. DOUGAN, «So Long...*cit.*», p. 665.

5. LOS EFECTOS CONSTITUCIONALES DE LA RETIRADA: LA PÉRDIDA AUTOMÁTICA DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

La ex primera ministra británica Theresa May hizo del «Brexit significa Brexit» su lema. Lo que el Brexit significa realmente en términos de efectos constitucionales puede explicarse a través de algunas de las interpretaciones dadas por las instituciones políticas de la UE. Un ejemplo es que el Brexit conlleva la pérdida automática de la ciudadanía de la Unión¹¹⁰.

En el asunto *Préfet du Gers*, el Tribunal de Justicia confirmó que el Brexit supone la pérdida automática de la ciudadanía de la Unión para las personas que posean la nacionalidad del Reino Unido¹¹¹. Existe un «vínculo inseparable y exclusivo entre la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro y no sólo la adquisición, sino también el mantenimiento del estatuto de ciudadano de la Unión»¹¹². La pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión y, en consecuencia, la pérdida de los derechos inherentes al mismo son consecuencia automática de la única decisión soberana adoptada por el Reino Unido de retirarse de la UE, en virtud del artículo 50.1 del TUE¹¹³. No se exige realizar un examen individual de las consecuencias de la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión para el interesado, a la luz del principio de proporcionalidad¹¹⁴.

Con su sentencia, el Tribunal confirma la lectura que hicieron las instituciones de la UE y el Reino Unido, y que fue la base para pactar los derechos de los ciudadanos en el acuerdo de retirada. De hecho, la respuesta a la cuestión jurídica era obvia para muchos. Van den Brink y Kochenov hablan de «un caso en el que la ley es cristalina»¹¹⁵; Eeckhout y Frantziou afirman que «es imposible argumentar que debe mantenerse el estatus de ciudadanía para los ciudadanos del Reino Unido»¹¹⁶. Sin embargo, la sentencia ha sido criticada, por ejemplo, por Shuibhne, quien argumenta que, aunque el Tribunal dio la respuesta correcta a las cuestiones prelimina-

110 Otro ejemplo, no tratado aquí, es el fin automático de los mandatos en curso de los miembros de las instituciones, órganos y organismos de la Unión nombrados, designados o elegidos en relación con la pertenencia del Reino Unido a la Unión.

111 *Préfet du Gers*, *cit.*

112 *Ibidem*, § 48.

113 *Ibidem*, § 59.

114 *Ibidem*, § 61.

115 M. VAN DEN BRINK, D. KOCHENOV, «Claiming “We are out but I am in” post-Brexit», en *Verfassungsblog*, 25 de febrero de 2022.

116 Véase P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 715-716, 728.

res¹¹⁷, «se recurrió con demasiada facilidad y poco peso a la discrecionalidad política incorporada en la conducción de las relaciones exteriores de la UE»¹¹⁸. Lashyn llega a afirmar que «el Tribunal sacrificó la naturaleza fundamental de la ciudadanía de la Unión y sus perspectivas de evolución ulterior en aras del Brexit»¹¹⁹.

6. CONCLUSIONES

La primera aplicación del artículo 50 del TUE en el caso del Brexit ha dado lugar a fuentes constitucionales adicionales que pueden entenderse a la luz del doble objetivo constitucional del artículo 50 del TUE: en primer lugar, consagrar un derecho soberano de cada Estado miembro a abandonar la Unión; y, en segundo lugar, permitir una retirada ordenada de la UE.

Los principales responsables de la interpretación del artículo 50 del TUE han sido el Consejo Europeo (art. 50) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las instituciones políticas de la UE han tomado importantes decisiones institucionales para salvaguardar el objetivo de una retirada ordenada, incluida la unidad política en las negociaciones con el Reino Unido, la unidad en la forma jurídica del acuerdo de retirada exclusivo de la UE mediante la interpretación del artículo 50 del TUE como una competencia horizontal excepcional, un enfoque gradual de las negociaciones y una interpretación amplia de la competencia para adoptar disposiciones transitorias. El Tribunal de Justicia ha sido decisivo para salvaguardar el derecho soberano de un Estado miembro no solo a retirarse de la UE, sino también a cambiar de opinión, y para confirmar los plenos efectos del Brexit en lo que respecta a la ciudadanía de la Unión: Brexit significa Brexit.

Resumen

Este artículo analiza el Brexit, agrupando el análisis en torno a algunas de las principales cuestiones relativas a la retirada de la UE: la notificación de la intención de retirarse, las negociaciones sobre la retirada, la futura relación entre la UE y el Estado miembro que se retira, y los efectos constitucionales de la retirada efectiva.

El proceso de retirada del Reino Unido puede entenderse en general a la luz del doble objetivo constitucional del artículo 50 TUE: en primer lugar, consagrar un derecho soberano

117 N. NIC SHUIBHNE, «Protecting the legal heritage of former Union citizens: EP v. Préfet du Gers», *Common market law review*, 2023, p. 475-516, 477.

118 *Ibidem*, p. 515.

119 S. LASHYN, «Sacrificing EU citizenship on the altar of Brexit», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, p. 736-744, 743.

de cada Estado miembro a abandonar la Unión y confirmar así el carácter voluntario de la pertenencia a la UE; y, en segundo lugar, permitir una retirada ordenada de la UE.

Palabras clave

Brexit, retirada de la Unión, artículo 50.

Abstract

This article discusses the main new EU constitutional sources, grouping them around some of the main issues concerning withdrawal from the EU: the notification of the intention to withdraw, negotiations about withdrawal, the future relationship between the EU and the withdrawing Member State, and the constitutional effects of actual withdrawal.

We will determine that the additional constitutional sources confirm and can generally be understood in light of the dual constitutional objective of article 50 TEU: first, to enshrine a sovereign right of each Member State to leave the Union and thus confirm the voluntary nature of EU membership; and second, to enable an orderly withdrawal from the EU.

Keywords

Brexit, withdrawal from the EU, article 50.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

VITTORIO FROSINI JURISCONSULTO Y HUMANISTA

Vittorio Frosini juristconsult and humanist

TOMMASO EDOARDO FROSINI

Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao

SUMARIO:

1. Prólogo.
2. La formación científica: Pisa, Catania, Oxford.
3. La Filosofía del Derecho.
4. La Informática Jurídica.
5. La Teoría de la interpretación.
6. El eclecticismo como valor.

1. PRÓLOGO

Dice Luis Sepúlveda: «Porque mientras los nombremos y contemos sus historias, nuestros muertos nunca mueren». Una frase muy hermosa y muy cierta en la que pensé cuando acepté escribir, venciendo una reticencia inicial, unas memorias sobre la figura de mi padre. Un difícil reto emocional, que ya he afrontado¹, y para el que debo invocar la indulgencia del lector, por si considera este recuerdo mío demasiado velado por el afecto filial. Ciertamente, un intelectual vuelve a vivir cada vez que alguien coge uno de sus libros, lo hojea, lo lee, lo cita. En el caso del jurista, además, no sólo hay libros, sino también artículos en revistas científicas que representan la doctrina (autorizada y en algunos casos muy autorizada) y que puede elevarse a Derecho vivo cuando los jueces la utilizan (aunque sin poder citarla) para afirmar

1 Por invitación de mis amigos y colegas Antonio Punzi y Francesco Riccobono, presenté una ponencia en el Congreso «Vittorio Frosini: una coscienza giuridica aperta al futuro», que se celebró en la Universidad Luiss-Guido Carli de Roma el 27 de octubre de 2017. Mi ponencia «Vittorio Frosini al CNR e al CSM. Piccolo lessico familiare» fue publicada en *Federalismi*, núm. 15, 2018 y en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019, 15 ss. (número monográfico que recoge las Actas del referido Congreso). Véase también mi Prefacio al volumen de A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, («Piccola biblioteca del pensiero giuridico», a cargo de D. Quagliani) il Formichiere, Foligno 2019, V-VIII.

una determinada dirección jurisprudencial. Es más, estas páginas tienen como objetivo principal poner a las nuevas generaciones de juristas «a hombros de gigantes» para que escudriñen mejor el horizonte de la ciencia jurídica. También por esta razón, al relatar el perfil de mi padre, concederé muy poco espacio a los recuerdos familiares, centrándome en cambio en su vida académica y en sus trabajos científicos.

Sobre la figura intelectual de mi padre, fallecido en Roma el 24 de septiembre de 2001 (y nacido en Catania el 9 de marzo de 1922), se han publicado ya numerosos estudios en forma de libros y artículos²; además quisiera mencionar el «Premio Vittorio Frosini», que se concede cada dos años (va ya por su séptima edición), está promovido por la Fundación Calamandrei y la revista «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», y se destina a la mejor tesis doctoral en Informática Jurídica y Derecho de la informática. La Universidad de Oslo, dentro del Departamento de «Computers and Law», tiene la «Frosini Room» (que es la sala de profesores), al igual que el Instituto de estudios jurídicos Arturo Carlo Jemolo de Roma y el Instituto de Informática Jurídica del CNR de Florencia con otra sala, ambas, dedicadas a mi padre. Así que, en este caso, la memoria no sólo está en el papel impreso de libros y

2 Recuerdo aquí las siguientes obras: F. COSTANTINI, *Vittorio Frosini. Genesi filosofica e struttura giuridica della società dell'informazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; en España, C. CASTILLO JIMÉNEZ, *La nuevas tecnologías de la información y el derecho. De Vittorio Frosini a Internet*, con Prólogo de A.E. PÉREZ LUÑO, Instituto de Estadística de Andalucía, 2003; y por último, la monografía de A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, cit. Numerosas contribuciones aparecieron en el volumen *In ricordo di Vittorio Frosini*, a cargo de A. JELLAMO y F. RICCOBONO, ed. Giuffrè, 2004, que recogen las Actas de una Jornada de estudio tenida en la Sapienza de Roma el 7 de junio de 2002, y al que los propios coordinadores, discípulos cariñosos y afectuosos, habían ya escrito una larga introducción y otro largo epílogo a la reedición del volumen *La democrazia nel XXI secolo* (ed. Liberilibri, 2010), así como otros ensayos en otras ocasiones. También: el trabajo de M. GIORGIANNI, «Vittorio Frosini e la teoria dell'interpretazione dei diritti umani», *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 2015; los volúmenes del *Liber Amicorum in onore di Vittorio Frosini*, vol. I y II, ed. Giuffrè, 1999; y el *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini*, a cargo de D.A. LIMONE, ed. Giuffrè, 1995. Luego está el Congreso, además del ya referido, «Vittorio Frosini: una coscienza giuridica aperta al futuro», llevado a cabo en la Universidad Luiss-Guido Carli de Roma el 27 de octubre de 2017, con numerosas relaciones publicadas en el número monográfico de la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019. Indico asimismo el Congreso de la *Associazione degli storici del pensiero politico In memoria di Vittorio Frosini, Dottrine Istituzioni, Filosofia e Politica*, que se tuvo en el Universidad de Catania los días 19-20-21 de febrero de 2004. Finalmente, está la publicación de la reimpresión anastática de *La struttura del diritto* (1962), a cargo de F. RICCOBONO, por Edizioni Scientifiche Italiane (2021).

revistas, sino que también pervive en lugares de estudio e investigación. Creo poder decir, objetivamente, que la posteridad ha emitido un arduo juicio...

2. LA FORMACIÓN CIENTÍFICA: PISA, CATANIA, OXFORD

Su gran pasión por los viajes y las mudanzas comenzó a una edad temprana. A los 13 años, es decir en 1935, se trasladó con su familia a Capodistria, pues mi abuelo Tommaso, que era latinista, iba a ser el Director del liceo clásico «Carlo Combi», donde mi padre estudió y se graduó. Cuatro años más tarde, en 1939, aprobó los exámenes de ingreso en la «Scuola Normale Superiore» de Pisa y se matriculó en la Facultad de Letras. A menudo contaba que, durante el examen de admisión, se sentía incómodo en la entrevista de filosofía, porque le examinaba Giovanni Gentile y le infundía un temor reverencial³. Tras un breve período en el Guf (Grupo Universitario Fascista) como redactor de la revista mensual «Il Campano», cambió radicalmente de opinión y de postura política tras conocer en las aulas de la Universidad Normale, durante las clases de filosofía, a Guido Calogero, quien se convertiría en uno de sus maestros⁴. Es más, recopiló sus conferencias sobre Filosofía del Derecho, que más tarde se publicarían como segundo volumen de las «Lezioni di Filosofia. Etica, giuridica, politica» en 1946. En esos mismos años también entabló amistad con Aldo Capitini⁵ y Giacomo Perticone, que impartía clases en la Universidad de la Sapienza pisana⁶. En 1943 fue llamado a filas, como oficial alumno en el Regimiento Autieri, y en diciembre del mismo año se graduó en Pisa con una tesis oral sobre los «Motivi pedagogici nella filosofia di Benedetto Croce», dirigida por Vladimiro Arangio Ruiz, ya que sus maestros Calogero y Perticone se encontraban en la clandestinidad. Al año siguiente, 1944, regresó a Capodistria y frecuentó la Universidad de Trieste, donde se convirtió en profesor adjunto de la Cátedra Filosofía Teórica

3 El periodo de estudiante en la Normale de Pisa fue recogido en una larga entrevista realizada por Raimondo Cubeddu publicada en Sant'Anna News, núm. 10, 1997, y después republicada con el título «Gli anni alla Normale di Pisa (1939-1943)», en el vol. In ricordo di Vittorio Frosini, cit., pp. 179 ss.

4 V. FROSINI, «La filosofia giuridica di Guido Calogero», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, pp. 3 ss. (ahora en *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, a cargo de F. RICCOBONO, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 223 ss.).

5 V. FROSINI, «Ritratto di Aldo Capitini», *Nuova Antologia*, núm. 2132, 1979, pp. 73 ss.

6 V. FROSINI, «Giacomo Perticone e la cultura giuridica del Novecento», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1996, pp. 1 ss. (ahora en *La coscienza giuridica.*, cit., pp. 185 ss.), con algunos recuerdos personales del periodo pisano.

a cargo de Francesco Collotti. Durante su estancia en Trieste, conoció, frecuentó y entabló amistad con el escritor Giani Stuparich, recién salido de la cárcel⁷. En la Facultad de Derecho triestina, sin embargo, también conoció y entabló relaciones intelectuales con Angelo Ermanno Cammarata y Salvatore Satta⁸, cuyo manuscrito «Manuale di diritto fallimentare» regaló mi padre a Carlo Scialoja con ocasión de un paso por Roma camino de Catania. De vuelta a su ciudad natal, obtuvo un segundo título en Derecho, discutiendo una tesis sobre «La filosofía del diritto di G.B. Vico», bajo la dirección ahora de Orazio Condorelli, de quien se convertiría en discípulo y asistente⁹. Su relación con Condorelli sería familiar, una especie de segundo padre al que siempre estaría ligado a pesar de la división ideológica entre ambos; diríase casi una opuesta «Weltanschauung»: Condorelli monárquico (fue incluso presidente del partido), mi padre republicano. Pero nunca hubo una discusión, y mucho menos una discrepancia. Era la Universidad del pasado, donde los estudiantes eran como hijos y el maestro como un padre, y la gente se quería de verdad. Hay tantos episodios al respecto que no puedo recordarlos todos aquí: en Catania, eso sí, la gente todavía cuenta las excursiones a la casa de campo de Condorelli en Motta Sant'Anastasia, donde competían para ver quién comía más «caddozzi di sasizza» (nudos de salchicha).

Tras licenciarse en Pisa y Catania, continuó su periplo de formación académica: en 1950 se especializó, como Ph. D., en «Political Science e Jurisprudence» en la Universidad de Oxford, tras ganar una beca del «British Council», obtenida junto a los jóvenes «retoños» Serio Galeotti y Pietro Rescigno. Desde entonces, estableció con ambos una sólida y sincera amistad de por vida. Como invitado en el «Magdalen College» de Oxford, trabajó en una tesis sobre la obligación política, bajo la dirección de John Mabbot, y frecuentó a Herber Hart, entonces «Lecturer» en Filosofía¹⁰.

7 V. FROSINI, *La famiglia Stuparich. Saggi critici*, Del Bianco editore, Udine, 1991.

8 Con el primero, Cammarata, las relaciones se intensificaron siempre a más, sobre todo en el periodo de docencia romana de Cammarata; con el segundo, véase V. FROSINI, «Ricordo di Salvatore Satta», en *La coscienza giuridica*, cit., pp. 199 ss. Sobre la relación con Satta, véase A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, cit., pp. 114 ss.

9 V. FROSINI, «Orazio Condorelli», en *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1982 (ahora en *La coscienza giuridica*, cit., pp. 195 ss.).

10 El trabajo de tesis, anticipado en varios artículos, será publicado, tras su ulterior desarrollo, varios años después como libro: V. FROSINI, *La ragione dello Stato. Studi sul pensiero politico contemporaneo*, Giuffrè, Milano, 1963 (2ª ed. ampl., 1976). En cuanto a Hart, se encargará de la edición del primer libro publicado en Italia: H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cargo de V. FROSINI, Giuffrè, Milano, 1964.

También se hizo íntimo de Salvador de Madariaga, el exiliado político español y profesor de literatura española en Oxford, y de Alessandro Passerin d'Entrèves, el filósofo político turinés que era entonces profesor de «Italian Studies»¹¹. Los años en Oxford permanecieron siempre en su corazón y a menudo le gustaba recordarlos con historias y anécdotas. Nunca faltó a la cena anual de los antiguos alumnos del «College» (vistiendo formalmente la corbata del «College») y se convirtió en miembro del exclusivo «Oxford and Cambridge Club», en cuyas dependencias para invitados, con sede en «Pall Mall», se alojaba siempre que iba a Londres.

En 1952 regresó a Italia y comenzó a trabajar para «Il Mondo», de Mario Pannunzio¹². Un mundo al que siempre permanecería unido en sus recuerdos y en el que compartió ideales liberal-democráticos¹³. A las «queridas sombras» de Mario Pannunzio, Carlo Antoni, Vitaliano Brancati, Nicolò Carandini, Nicola Chiaromonte y Vittorio de Caprariis dedicaría, «en señal de agradecido recuerdo», uno de sus libros¹⁴.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En 1954 obtuvo la venia docente en Filosofía del Derecho, aunque no había escrito una monografía propiamente dicha. La Comisión del concurso (Angelo Ermanno Cammarata, Enrico Opocher y Renato Treves) se dirigió a Giuseppe Capograssi, quien dijera «sobre Frosini firmo un cheque en blanco». Mi padre siempre permaneció agradecido y encariñado con la figura de Capograssi, dedicándole numerosos ensayos¹⁵. Después de la venia docente fue nombrado profesor de Historia

11 V. FROSINI, «Potrait of Salvador de Madariaga», en *Liber Amicorum Salvador de Madariaga*, Bruges, 1966, pp. 97 ss.; y también, del mismo, «Alessandro Passerin d'Entrèves (1902-1985)», *Riv. int. fil. dir.*, n. 2, 1986 (ahora en *La coscienza giuridica*, cit., pp. 203 ss.).

12 Una serie conspicua de artículos aparecidos en ese periódico fueron recogidos en V. FROSINI, «Il Mondo» e l'eredità del Risorgimento, pres. de E. SCIACCA, ed. Bonanno, Acireale, 1987.

13 Sobre este punto, E. SCIACCA, «Vittorio Frosini scrittore político», en *Liber Amicorum in onore di Vittorio Frosini*, vol. I., cit., pp. 1 ss.; y A. JELLAMO, «Vittorio Frosini e la tradizione liberale», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019, pp. 31 ss. También merece la pena dar testimonio del «relicario» de R. CUBEDDU, «Frosini Vittorio», en *Dizionario del Liberalismo italiano*, t. II, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, pp. 521 ss.

14 V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Comunità, Milano, 1975 (2ª ed., 1977).

15 V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988 (2ª ed. ampl., 1998); al respecto, refiero en particular el trabajo «Un dialogo con Capograssi», pp. 167 ss.

de las Doctrinas Políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Catania. Comenzó a pasar varios años en Austria, entre Innsbruck y Mayrhofen, lo que, como comentaré más adelante, sería decisivo para las ideas que se desarrollarían en su futura monografía de 1962. El 2 de junio de 1958 se casó con Silvia Sardo y frecuentó, durante los periodos de vacaciones, la casa de campo de Verzella, en las laderas del Etna, antigua propiedad de la familia Sardo, cerca de Castiglione di Sicilia. Allí escribió en 1961 la monografía «La struttura del diritto», publicada al año siguiente por la editorial Giuffrè¹⁶ y que le valió el premio de ciencias jurídicas de la «Accademia Nazionale dei Lincei». Recordando aquel libro y aquella época, mi padre escribió:

«La decisión de escribir un volumen que tratara orgánicamente un problema de pensamiento la tomé bastante tarde: ya tenía cuarenta años y hasta entonces sólo me había dedicado a escribir ensayos sobre diversos temas. Todavía no había intentado dedicar plenamente mis fuerzas intelectuales a una tarea, que quienes siguen una carrera académica suelen fijarse como objetivo claro desde el principio. Tal vez ni siquiera habría conseguido terminarlo de no haber sido por un doloroso acontecimiento: la muerte de mi padre, Tommaso, que falleció tras una brevísima enfermedad en Catania el 5 de julio de 1961. [Escribir el libro] fue como recitar una larga oración por mi difunto padre, un recuerdo y una meditación sobre mi vida intelectual en presencia de la muerte»¹⁷.

En el texto confluían las ideas desarrolladas durante los cuatro años anteriores, a partir de 1957, al hilo de las referidas estancias estivales en Austria y, por tanto, elaboradas ya en algunos escritos entre 1959-1960¹⁸. En particular, las ideas son también deudoras del concepto goethiano de «morphologie» y del debate que de él se derivó.

El núcleo teórico de «La struttura del diritto» gira en torno a la definición del Derecho como una «morfología de la *praxis*, es decir, como un complejo de estructuras en las que tiene lugar la alienación de la acción respecto de la voluntad del agente». Contra el formalismo kelseniano y, luego, contra la teoría analítica, se

16 V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962 (6ª ed., 1977).

17 V. FROSINI, «Ricordi e riflessioni su “La struttura del diritto”», en *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, a cargo de F. D'AGOSTINO, Giuffrè, Milano, 1988, p. 28.

18 Se trata de «Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, pp. 167 ss.; y «Formalismo e morfologia nella logica e nel diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1962, pp. 395 ss. (y luego reeditados en el volumen *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971).

sostiene que la realidad del Derecho es la realidad de la acción humana, despojada de sus aspectos subjetivos y situada en el círculo de la comunicación social. En tal perspectiva, el significado de «estructura» adquiere un nuevo sentido, ya no como forma ordenadora externa, según la labor sistematizadora de la ciencia jurídica tradicional, sino, y aceptando las enseñanzas de la psicología de la «Gestalt», como forma interna de acción, con la consiguiente revalorización, en la consideración del fenómeno jurídico, del universo del comportamiento social en movimiento con respecto a la fijeza de la formulación normativa¹⁹.

Se trataba de una tesis filosófico-jurídica nueva y original, que intentaba proponer también una especie de «tercera vía» que superase la tradicional oposición teórica entre el Derecho natural y el positivismo jurídico, que ya entonces hacía furor en el debate de la Filosofía jurídica italiana²⁰. El libro recibió numerosas reseñas y notas críticas y fue traducido al español²¹.

Con «La struttura del diritto» (y también con «La ragione dello stato. Studi sul pensiero politico contemporaneo», que aparece en 1963) pudo presentarse a la oposición de cátedra, que ganó por unanimidad en 1964, ante una Comisión compuesta por Angelo Ermanno Cammarata (pres.), Norberto Bobbio, Enrico Opocher, Bruno Leoni y Vincenzo Palazzolo. Al año siguiente fue profesor de la segunda Cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Catania, e impartió la clase inaugural del curso sobre el tema «Umanesimo e tecnologia nella giurisprudenza»²², con lo que inició sus estudios sobre Informática Jurídica. Precedido por algunos artículos sobre el tema aparecidos en «Civiltà delle macchine», es que el volumen «Cibernetica diritto e società» se

19 Para una interpretación de la Teoría del Derecho como morfología de la praxis, véase la preclara contribución de F. RICCOBONO, «Vittorio Frosini e la struttura del diritto» y F. CAVALLA, «La struttura del diritto nel pensiero di Vittorio Frosini», ambos en *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 145 ss. 53 ss. (respectivamente). Y más recientemente, véase A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, cit., *passim*.

20 Para un fresco, C. FARALLI, «Vittorio Frosini e la cultura filosofico-giuridica italiana della seconda metà del Novecento», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019, pp. 5 ss.

21 Para el debate que se desarrolla después de la publicación del libro, véase lo referido por el propio V. FROSINI, «Ricordi e riflessioni su “La struttura del diritto”», cit., 29 ss. La edición española es *La estructura del derecho*, con «Estudio Preliminar» de A.E. PÉREZ LUÑO, Real Colegio de España 1974. Sobre la influencia en la doctrina española, véase A.E. PÉREZ LUÑO, «Ritratto e ricordo di Vittorio Frosini», en *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 171 ss. En España, por otra parte, sería nombrado miembro de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.

22 Publicada en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 451 ss.

publicara en 1968 en la serie «diritto e cultura moderna» (dirigida por R. Treves y U. Scarpelli) para «Comunità»²³. Con este libro se inició en Italia y en Europa una nueva corriente de estudios que tanto éxito iba luego a tener, pero no inmediatamente; pensemos que en 1968 la gente apenas sabía lo que eran los cerebros electrónicos (como se llamaban entonces a los hoy conocidos como «computers»), de modo que la yuxtaposición de los ordenadores con el Derecho y sus consiguientes problemas jurídicos parecían como una herejía. Cuando mi padre publicó el libro se lo llevó como regalo a su Rector, el distinguido romanista Cesare Sanfilippo, quien leyó el título y dijo: «Vittoriuzzo ¿realmente crees en estas tonterías?» Hoy, más de cincuenta años después de la publicación de aquel librito áureo —donde se encuentran muchos de los problemas y cuestiones que aún hoy se discuten—, nos gustaría tomar prestadas las palabras de Dante Alighieri para decir: «Hiciste como aquél que va de noche con una luz detrás, que a él no le sirve, mas hace tras de sí a la gente sabia».

4. LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Sin duda, la Informática Jurídica ha caracterizado mayormente la figura científica de mi padre y en buena parte también su producción literaria hasta su último escrito, aparecido en 2000 y dedicado a «L'orizzonte giuridico dell'Internet»²⁴. Aún hoy, en Italia y en el extranjero, muchos asocian el nombre de Vittorio Frosini a la Informática Jurídica y a sus nuevas declinaciones en materia de innovación tecnológica y de Derecho. Fue una de sus grandes pasiones, reflejo de su continua búsqueda de lo nuevo y del progreso humano en la conquista de nuevas libertades. Tuvo realmente una visión profética, que le llevó a identificar los problemas del Derecho en la sociedad tecnológica²⁵, orientándolos siempre en una perspectiva optimista, pero sin ser el centro de sus intereses especulativos, que fueron, y siguieron siendo, los de la Teoría General del Derecho. La Informática Jurídica, en cambio, surgió de la Sociología del Derecho, materia que impartió por primera vez en una universidad

23 El libro conocerá seis ediciones y después será reimpreso, como primera parte, en V. FROSINI, *Informatica diritto e società*, Giuffrè, Milano, 1988 (2ª ed., 1992), y será traducido al español: *Cibernetica, derecho y sociedad*, con *Prólogo* de A.E. PÉREZ LUÑO, ed. Tecnos, Madrid, 1982.

24 Aparecido en *Dir. Inf.*, núm 2, 2000, pp. 271 ss.; ahora, también en español, «El horizonte jurídico de Internet», en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 28, 2017.

25 V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1980; del mismo, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986 (ya en el título se advierte la intuición de temas y problemas sobre los que hoy se discute).

italiana (en Catania) en 1969²⁶. Nació, así, como una forma de investigar la sociedad a través del desarrollo tecnológico y sus efectos sobre el Derecho. Nunca quiso enseñar Informática Jurídica, a pesar de las numerosas ofertas que recibió en Italia y en el extranjero. Solía decir de sí mismo que era como el ingeniero que diseña coches Ferrari, pero luego no sabe necesariamente conducirlos. A este respecto, permítanme una pequeña anécdota: recuerdo que quiso escribir en el ordenador la entrada sobre «Telemática e Informática Jurídica» para la «Enciclopedia del diritto» y lo hizo en verano; estábamos a mediados de los años noventa. Yo me había ido de viaje al extranjero y le había dejado todas las instrucciones por escrito: pues bien, cuando yo llamaba por teléfono para dar noticias, mi padre me entretenía sobre qué tecla tenía que pulsar en el ordenador o cómo podía entrar en una determinada modalidad informática. Al final se dio por vencido y esperó a mi regreso para editar el texto lo mejor que pudo.

Por supuesto que con la Informática Jurídica llegaron nuevas oportunidades y nuevas fronteras para la investigación, e incluso como actividad profesional con consultorías y dictámenes. También desarrolló un gran interés por el derecho a la intimidad, lo que compartiría con su amigo y colega Stefano Rodotà. A principios de los ochenta se celebró una importante conferencia sobre el tema, en la que mi padre presentó una ponencia en la que elaboraba una teoría de la «libertad informática»²⁷, que sería acogida por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. La doctrina de la libertad informática tuvo su matriz ideológica en la concepción de un nuevo liberalismo, entendido como fermento de una civilización liberal promovida por la revolución tecnológica; esta se desarrolló sobre la base de una nueva dimensión del derecho a la libertad personal, en una fase histórica de la civilización industrial caracterizada por el advenimiento de los ordenadores electrónicos. Estamos, sin duda, ante una nueva forma de libertad, que es la de comunicarse con quien uno quiera, difundir sus opiniones, pensamientos y concepciones, y la libertad de recibir. Libertad de comunicar, pues, como libertad de transmitir y libertad de recibir. Ya no se trata sólo del ejercicio de la libre manifestación del pensamiento del individuo, sino del derecho del individuo a relacionarse, a trans-

26 Sobre ello, véase V. FERRARI, «Vittorio Frosini e la sociologia del diritto», en *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 77 ss.; y S. ANDRINI, «Vittorio Frosini scienziato sociale», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019, pp. 47 ss.

27 V. FROSINI, «La protezione della riservatezza nella società informatica», en *Privacy e banche dati*, a cargo de N. MATTEUCCI, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss. (al tiempo en *Informatica diritto e società*, cit., pp. 173 ss.).

mitir y solicitar información, a poder disponer sin limitaciones del nuevo poder de conocimiento que le confiere la telemática: de poder ejercer, en definitiva, su derecho a la libertad informática; una verdadera nueva vertiente del constitucionalismo.

En 1971 fue llamado a la Universidad «La Sapienza» de Roma, donde ocupó la Cátedra de Filosofía del Derecho. «Incipit vita nova». Se presentó y fue elegido miembro del Comité de Ciencias Jurídicas y Políticas del Consejo Nacional de Investigación (1972-1980), donde asumiría otras tareas y compromisos como la creación del Instituto de Documentación Jurídica de Florencia y su revista asociada «Informática giuridica». No me detendré en su experiencia en el CNR y me remito a lo ya escrito, así como en su experiencia como miembro del Consejo Superior de la Magistratura (1980-1986), donde fue elegido en la sesión conjunta del Parlamento a propuesta conjunta de los grupos parlamentarios republicano y liberal²⁸. Sin embargo, permítanme destacar dos aspectos. Primero, la pasión y el empeño que mi padre puso en su paso por el CNR, llevándolo a aumentar sus conocimientos y su curiosidad científica, y no sólo en Derecho. Recuerdo muy bien las historias que nos contaba en casa sobre los descubrimientos que los científicos habían hecho en los laboratorios e institutos del CNR. Y luego está el no haber sido elegido, en primera vuelta, como miembro del CSM: la explicación, que ha circulado sobre la falta de quórum, es la de la posible candidatura de mi padre a la vicepresidencia del CSM, también por su autoridad. Los democristianos, que consideraban ese puesto como suyo, favorecieron, o eso se dijo, un puñado de votos laicos en contra de mi padre como una especie de advertencia²⁹. De hecho, el vicepresidente, votado entre los miembros del CSM, fue el senador Giancarlo De Carolis, un abogado de Spoleto; una muy buena persona, que se convirtió en amigo de mi padre, pero carente de cualificaciones académicas y científicas.

Durante los años en el CNR, y luego en el CSM, se intensificaron los viajes al extranjero para conferencias, convenios de investigación o visitas institucionales.

28 T.E. FROSINI, «Vittorio Frosini al CNR e al CSM. Piccolo lessico familiare», cit. Sobre la experiencia en el CSM, véase V. FROSINI, «Memorie sul CSM di Pertini», en *Sociologia del diritto*, núm. 2, 1999, pp. 138 ss. Véase también «Tutti i meriti del presidente. Colloquio con Vittorio Frosini», a cargo de G. MUGHINI, en *Europeo* del 25 de enero de 1986, pp. 18-21.

29 El asunto es recordado por mi padre del siguiente modo: «En cuanto a los votos demócrata-cristianos, se obtuvieron tras una reunión con el senador Giancarlo De Carolis, que ya había sido elegido miembro y propuesto como vicepresidente del CSM por su partido, ante mi compromiso de no presentarme como candidato a la vicepresidencia y de darle mi voto para ello»; así, V. FROSINI, «Memorie sul CSM di Pertini», cit., p. 142.

Cabe mencionar aquí los periodos como profesor visitante en la Universidad Imperial de Tokio (1978) y en la Universidad de Harvard (1985)³⁰.

5. LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Tras años de excedencia por su mandato en el CSM, regresa a la Universidad y deja la Cátedra de Filosofía del Derecho para ocupar la de Teoría de la Interpretación y resucita, de las cenizas del pasado, el Instituto de Teoría de la Interpretación, de memoria bettiana, al que asocia en el título la Informática Jurídica. Se trata de un nuevo reto académico, al que dedica gran empeño y pasión: crea el primer doctorado universitario de investigación en Informática Jurídica, da vida a una nueva serie de publicaciones (reeditando, entre otros, los dos volúmenes de la «Teoria generale dell'interpretazione» de Emilio Betti), y organiza seminarios y congresos internacionales (cabe destacar, al menos, el que tuvo como ponente a Hans Georg Gadamer)³¹. Desde la nueva Cátedra se relanzaron teorías y problemas de interpretación jurídica dentro de la Teoría General del Derecho que había dormitado tras el libro de Giovanni Tarello (de 1980). Numerosos escritos sobre interpretación caracterizaron este período³² hasta la publicación, en 1993, de la monografía «La lettera e lo spirito della legge», que debe considerarse como una especie de «summa» de su largo itinerario como jurista³³. Fue el resultado de la experiencia adquirida también como miembro del Consejo Superior de la Magistratura y de la Comisión Tributaria Central, como se menciona en el prefacio. El libro, además, me fue dedicado en recuerdo de las largas conservaciones que tuvimos, y que como siempre solíamos tener, en aquel

30 Cuyas lecciones en Harvard fueron posteriormente publicadas: V. FROSINI, *Law and Liberty in the Computer Age. The Harvard Papers*, Tano, Oslo, 1995.

31 Una especie de balance de su actividad en el Instituto se puede leer en V. FROSINI, «La teoria dell'interpretazione giuridica e del diritto informatico: uno sguardo sul presente», en *Esperienze giuridiche del «900»*, a cargo de F. MODUGNO, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.

32 Son numerosos los artículos que parecen en revistas jurídicas: entre ellos, V. FROSINI, «Legislazione e interpretazione», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 1990, pp. 384 ss. También fueron publicadas *Lezioni di Teoria dell'interpretazione giuridica* en la editorial Bulzoni, Roma 1989, alcanzando cinco ediciones y una traducción en Colombia: *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Temis, Bogotá, 1991. En Alemania se publica el volumen: V. FROSINI, *Gesetzgebung und Auslegung*, con pref. de E. DENNINGER, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.

33 V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano, 1993 (3ª ed., 1998); el libro tuvo una rápida traducción española: *La letra y el espíritu de la ley*, prólogo de C. ALARCÓN CABRE-RA, Ariel, Barcelona, 1995.

verano de 1992 en nuestro querido buen retiro de Greccio al que llamábamos «La Verzellina».

«Toda la historia del Derecho —leíamos en las páginas de “La lettera e lo spirito della legge”— va de la mano de la historia de la interpretación jurídica: se trata de una unión que no puede disolverse [...] En efecto, la interpretación jurídica se funda siempre en un círculo hermenéutico, es decir, en una relación móvil y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete y el texto de la ley y el hecho, entre lo específico y puntual del intérprete y la conciencia jurídica global, según la cual piensa y actúa, es decir, vive su experiencia vital como jurista»³⁴.

Círculo hermenéutico, círculo vital: la interpretación, por tanto, es una operación demiúrgica, un evento dialéctico, que se genera, se mueve y concluye en medio de tensiones y contradicciones, que exigen una elección. Un acontecimiento de conversión entre lo verdadero y lo cierto, como escribiera Giambattista Vico³⁵.

6. EL ECLECTICISMO COMO VALOR

«La lettera e lo spirito della legge» no es su último libro. En 1997 publicó «La democrazia nel XXI secolo», un vigoroso «pamphlet» en el que se destaca la libertad del individuo en la nueva democracia de masas, caracterizada por el flujo cada vez mayor y más rápido de la información y la globalización de los intereses políticos y económicos³⁶. Su última obra, sin embargo, no fue jurídica. Fue, de hecho, la versión teatral de «Il Gattopardo», de Tomasi di Lampedusa, representada en Roma en octubre de 2000. Fue casi un regreso simbólico a su tierra, Sicilia³⁷. Esta obra «extravagante», entre otras cosas, demuestra y confirma que mi padre era un ecléctico. Fue una crítica que se le hizo; y de hecho no entiendo por qué se entendía en sentido negativo, porque, y al contrario, ecléctico significa tener una multiplicidad de in-

34 V. FROSINI, *op. ult. cit.*, pp. 66 ss.

35 Acerca de la Teoría de la Interpretación de mi padre, véanse las reflexiones de F. MODUGNO, «Rileggendo Frosini», en *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 1 ss.; y, por último A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, cit., pp. 15 ss.

36 V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Ideazione, Roma 1997; el volumen sería reimpreso por Liberilibri di Macerata en el 2010, con un prefacio de A. JELLAMO e un epílogo de F. RICCOBONO.

37 G.T. DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, versión teatral de V. FROSINI, Bulzoni, Roma, 2000. El amor por Sicilia, siempre vivo y nunca roto, lo manifestó también con un librito: V. FROSINI, *Ideario siciliano*, Sellerio, Palermo, 1988.

tereses. Lo que importa es que esos intereses se cultiven, se estudien y se adquieran bien: de este modo el eclecticismo es un factor positivo como es natural que lo sea en toda integración y adición de conocimientos. De hecho, se podría decir que su llamado eclecticismo es comparable al de la arquitectura, que define el estilo nacido de la mezcla de los mejores elementos estilísticos tomados de diferentes movimientos arquitectónicos, históricos e incluso exóticos³⁸. Su eclecticismo se manifestó en su capacidad de abarcar muchos campos del saber, a través de una notable producción de publicaciones no sólo jurídicas, sino también históricas, filosóficas, sociológicas e incluso literarias, así como una intensa actividad como columnista en diversos periódicos³⁹. Como se ha escrito: «Vittorio Frosini será siempre recordado por sus amigos y alumnos como un maestro de la Filosofía y del Derecho y, más aún, como el humanista que, sumergiéndose en el flujo de la vida, supo comprender y amar toda manifestación de inteligencia y sensibilidad»⁴⁰.

Ahora descansa en el pequeño cementerio de Greccio y en su tumba quiso que se grabara la inscripción «Giureconsulto e umanista».

Resumen

El trabajo trata sobre la trayectoria científica y académica de Vittorio Frosini contada por su hijo Tommaso Edoardo. Se repasan los acontecimientos más significativos que caracterizaron la carrera intelectual de Vittorio Frosini. Sus estudios en Pisa, Catania y Oxford y sus éxitos académicos en Italia y en el extranjero. También se presentan y analizan algunas de sus publicaciones más importantes, como «La struttura del diritto», que introdujo un nuevo método en la Filosofía del Derecho, y «Cibernetica, diritto e società», que inauguró el estudio de la Informática Jurídica, materia de la que Frosini fue el padre. Lo que emerge es la figura de un erudito siempre seguro de las perspectivas de futuro y animado por una gran originalidad de pensamiento. Un jurista y un humanista, como él mismo deseaba ser recordado.

38 Valoran el eclecticismo de mi padre, considerándolo sin duda un mérito que le ayudó, entre otras cosas, para ser precursor en diversos campos. E. Pattaro, «La filosofia del diritto di fronte all'informatica giuridica», en *In ricordo di Vittorio Frosini*, cit., pp. 25 ss.; y A. PUNZI, «La tolleranza dell'eclettico. Vittorio Frosini sui lumi e le ombre (del pensiero risorgimentale come di quello cristiano)», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1/2, 2019, pp. 121 ss.

39 Para una confirmación, véase la recopilación: *Vittorio Frosini Bibliografia degli scritti* (1941-1993), a cargo de R. RUSSANO, Giuffrè, Milano, 1994. Fue también colaborador de *La Sicilia*, y después del *Corriere della sera* (bajo la dirección de Giovanni Spadolini), del *Il Giornale nuovo* (bajo la dirección de Indro Montanelli) y del *Il Tempo* (bajo la dirección de Gianni Letta).

40 F. RICCOBONO, «Vittorio Frosini», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 4, 2001, p. 534.

Palabras clave

Vittorio Frosini, Filosofía del Derecho, Informática Jurídica, Teoría de la interpretación.

Abstract

Vittorio Frosini's scientific and academic career as told by his son Tommaso Edoardo. The most significant events that characterised Vittorio Frosini's intellectual career are retraced. His studies in Pisa, Catania and Oxford and his academic successes in Italy and abroad. Some of his most important publications are also presented and analysed, such as «La struttura del diritto», which introduced a new method in the philosophy of law, and «Cibernetica diritto e società», which inaugurated the study of legal informatics, a subject of which Frosini was the father. What emerges is a figure of a scholar always certain of future prospects and animated by great originality of thought. A jurist and humanist, as he himself wished to be remembered.

Keywords

Vittorio Frosini, Philosophy of Law, Legal Informatics, Theory of Interpretation.

Recibido: 6 de noviembre de 2023.

Aceptado: 20 de noviembre de 2023.

PROBLEMAS RELATIVOS AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES¹

Problems relating to the review of the constitutionality of the rules of incorporation of international treaties

ANTONIO D'ATENA

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad

Tor Vergata-Roma

Traducido del italiano por Amalia Lozano España

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Acercamiento a un postulado actual entre los internacionalistas: la orden de aplicación como fuente de *ius non scriptum*.
3. Problemas que plantean las convencioni-modello de normas internas.
4. Consideraciones generales sobre la producción normativa mediante una orden de aplicación (problemas hermenéuticos).
5. Control de constitucionalidad de las normas de incorporación.
6. La decisión sobre la ley que autoriza la ratificación.
7. Crítica de un enfoque que tiende a disociar los efectos internos de los tratados internacionales de la violación de las normas constitucionales que rigen (directa o indirectamente) la autorización.

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de someter al control de la Corte Constitucional las normas de incorporación de los tratados internacionales² —reiterada por el propio Tribunal³—

1 Publicado originariamente como Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali, en *Giur. Cost.*, 1967, pp. 592 ss.

2 De los cuales, naturalmente, sí sea obligatoria la ejecución con ley ordinaria.

3 Sentencia núm. 20 de 10 de marzo de 1996 (en la *Rivista Giurisprudenza Costituzionale* 1966, p. 199 y ss., especialmente p. 211 y s).

plantea el problema de cómo conciliar ciertas soluciones logradas por los internacionalistas e ius publicistas italianos, con las concretas exigencias del derecho positivo.

Ocasionalmente, la Corte ha ido indicando en el orden del día⁴ —como si se tratara del texto de cualquier norma interna— los artículos de los tratados internacionales cuya incorporación ha sido ordenada⁵. Un planteamiento que está influenciado por la tendencia —confirmada recientemente en una conferencia de juristas dedicada al problema de la relación entre la legislación comunitaria y la legislación nacional⁶— a equiparar los tratados con las leyes. De esta manera, se prescindiría,

4 En el sentido del artículo 23.1 de la ley 57/1953.

5 Recordando el texto de la deliberación del 21 de marzo de 1961 (en la *Rivista Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, p. 164) con el cual el Consejo comunal di Ucra ha llevado a la Corte Constitucional: «El Consejo, reunido en sede jurisdiccional (...) delibera: 1-trasmitir los actos (...) a la Corte constitucional en el sentido del artículo 23.1 de ley núm.87/1953 de 11 de marzo de 1953, porque se ha considerado que la norma contenida en el artículo 5.3 del Concordato no debe entenderse inconstitucional, etc.» y la ordenanza colegial de 19 de diciembre de 1964 del Tribunal de Turín (*Rivista diritto internazionale privato e processo* 1965, pp. 126 y ss) cuyo pronunciamiento es el del siguiente tenor: «P.Q.M., visto el art. 23 de la Ley 87/1953 del 11 de marzo de 1953, (el Tribunal) dispone que los actos se remitan a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su conformidad con el art.102 y 113 de la Constitución Italiana, del art. 33 subsección 2ª, 41 y 92 última sección del Tratado institutivo de la CECA...» (cursiva nuestra; véase sobre este punto las puntualizaciones de ZANINI, «Dell'inserimento della normativa comunitaria negli ordinamenti degli Stati membri», en *Diritto Internazionale*, 1964, p. 267, que subraya que la Corte no puede juzgar normas pertenecientes a otros sistemas, sino normas de adaptación). Completeemos esta observación con el planteamiento de un problema que desarrollaremos más adelante: puesto que estas normas de adaptación no se concretan en «disposiciones» internas (en realidad son preceptos que no se formulan, sino que se dejan a la inferencia del intérprete) y puesto que el artículo 23.1 de la Ley 87/1953 parece limitar la competencia de la Corte al derecho articulado en un texto (solicitando la indicación de disposiciones, etc.), la problemática relativa a las normas producidas mediante una orden de aplicación, no parece ser integralmente atribuible a actos normativos internos comunes.

6 Referencia al texto de la «resolución» aprobado al final de la conferencia de profesores de materia jurídica, celebrada en Roma el 5 y 6 de febrero de 1966: véase especialmente los puntos I y III: «I. Las normas de los Tratados fundacionales de las tres Comunidades Europeas tienen fuerza de ley en el ordenamiento italiano en virtud del orden relativo emanado de la ley ordinaria. Las modificaciones del orden constitucional de competencia que tales normas comunitarias portan son legítimas, respetando las garantías de las libertades fundamentales, por efecto del art. 11 Constitución Italiana, el cual consiente que la Italia, en condiciones de igualdad con los otros estados, acepta limitaciones de soberanía internacionalmente acordada. II. Las normas emanadas de órganos comunitarios en conformidad al Tratados fundacionales (reglamento de la CEE y de la CECA, decisiones generales de la CECA) tienen también fuerza de ley en el ordenamiento italiano. III. Tanto las normas de los tratados

en primer lugar, de aquellas consideraciones (que se remontan a Triepel y a Anzilotti) que indujeron a los estudiosos italianos a elaborar los órdenes conceptuales de las *trasformazioni sostanziale* y del *adattamento*⁷. En segundo lugar, se omitirían aquellas observaciones según las cuales, en el caso de que se utilice el procedimiento de incorporación, el ordenamiento interno no se apropia del texto del tratado en su materialidad léxica, sino de determinados contenidos normativos, que también pueden derivarse de ese texto, mediante una operación hermenéutica muy particular.

En este mismo orden de ideas, no es posible abordar en profundidad la problemática general, elaborada con referencia a las normas ordinarias internas; si no se llega antes a la específica problemática, sobre el control de constitucionalidad de aquellos preceptos que han sido generados al atribuirle trascendencia a un tratado internacional.

A este respecto, puede haber actos estatales, como las leyes que ordenan la incorporación de un tratado internacional o aquellas que autorizan su ratificación (tal y como se indica en el artículo 134, subsección primera de la Constitución Italiana) que quedan bajo la competencia de la Corte, que somete así, las disposiciones de un tratado internacional al control de constitucionalidad. No obstante, estas leyes nacionales relacionadas con estos actos están —en cuanto a su contenido y hechos— estrechamente vinculadas a las exigencias de los tratados internacionales. En consecuencia, existe, debido al reenvío remitido por el Estado, una situación de paralelismo entre cierto contenido preceptivo de naturaleza internacional y su equivalente interno.

2. ACERCAMIENTO A UN POSTULADO ACTUAL ENTRE LOS INTERNACIONALISTAS: LA ORDEN DE APLICACIÓN COMO FUENTE DE *IUS NON SCRIPTUM*

Ciertas proposiciones actuales de los internacionalistas italianos nos permiten captar un aspecto de gran interés para los propósitos de nuestro análisis.

Para la mayor parte de los autores, entre la norma internacional y aquella interna existe una necesaria diferencia de contenido, que reside sobre todo (si no exclusi-

fundacionales como las dictadas por los órganos comunitarios en cumplimiento de los mismos, no pueden ser derogadas por leyes ordinarias o actos similares de órganos del Estado italiano. IV. Los órganos jurisdiccionales italianos, y en concreto la Corte Constitucional, son competentes para determinar que el contenido de las normas emanadas de los órganos comunitarias no sea contrario a los principios de la Constitución italiana».

7 Véase: *infra* nota 2.

vamente) en la diversidad cualitativa del sujeto de cada uno de los sistemas jurídicos: los Estados en el ordenamiento internacional y los individuos en los ordenamientos internos. De esta premisa se desprende una consecuencia, aquella de que los valores normativos internacionales no pueden, en su clasificación ordinaria, ser «trasplantados» (por utilizar la metáfora de Romano⁸) en ordenamientos cuyo elemento principal personal consiste en individuos⁹.

Esta rígida contraposición entre los llamados ordenamientos interindividuales y los ordenamientos interestatales puede —sin embargo— parecer inadecuada para abarcar la naturaleza polifacética de la realidad.

Los ordenamientos interindividuales parecen ser ricos en sujetos distintos del ser humano, algunos de los cuales son marcadamente similares a los sujetos del orden internacional. Las normas que regulan la vida de tales entidades, rigiendo su organización y relaciones, podrían ser vistas, por tanto, como desprovistas de la característica de la «individualidad» (si es permitida la expresión). Aunque para algunas de estas figuras, el problema pudiera resolverse en tanto sean equiparadas —con

8 S. ROMANO, *Locco*, op. cit., *infra*, nota 8.

9 Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, trad. Buzzati, Turín, 1913, p. 117 y 168; D. ANZILOTTI, «Il diritto internazionale nei giudici interni», en *Opere di D. Anzilotti, Scritti di diritto Internazionale Pubblico*, Tomo 1, Padua, 1956, p. 348 y ss.; *Idem*, *Corso di diritto internazionale*, Turín, 1906, p. 435; S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, IV ed. Padua, 1939, p. 48; ESPOSITO, *La validità delle legge*, Milán, 1964, p. 222 y s.; FEPOZZI, «Introduzione al diritto internazionale e parte generale», en *Trattato de diritto Internazionale*, Fedozzi y Romano, vol. I, Padua, 1938, p. 25; T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, 1952, p. 21 y s.; G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milán, 1951, p. 386 y ss; *Idem*, «Recensione al t. Iº del "Traité..." del Guggenheim», en *Rivista Diritto Internazionale*, 1953, p. 293 y ss; AGO, «Il trattato istitutivo della Comunità europea per l'energia atomica (EUROATOM)», en *Il diritto dell'energia nucleare*, Milán, 1961, p. 89; R. QUADRI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Nápoles 1966, p. 88 y ss.; R. SOCCINI *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milán, 1954, p. 50, nota 2; M. G.MIELE, *Principi di diritto internazionale*, II edición, Padua, 1960, p. 59 y ss. Entre los autores extranjeros que han trabajado mayormente la problemática afrontada por la escuela italiana recordamos: LEFEBURE, «The application of International Law in the English Courts», en *Zeit. Fur. Ausl. Öff. Recht und Völ.*, vol.17 1956/57, p.573; MOSLER, «L'application du droit international public par les tribunaux national», en *Cursi Aja*, I, 1957, p.642 y ss.; SEIDL HOHENVELDERN, «Transformation or Adaption of International Law into Municipal Law», en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1968, p. 88 y ss, *passim*, (que distinguimos entre «adopción» —o incorporación— y «transformación») cfr. también: LEIBHOLZ, «der Abschlub und die Transformation von Staatsverträgen» en italiano, en *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIV, 1932, p. 353.

determinados efectos— al hombre sujeto natural¹⁰ de los ordenamientos estatales (atribución de la personalidad jurídica), tal equiparación parece difícil o insuficiente (si pensamos en el caso límite de los Estados miembros de un Estado federal).

Junto a la hipótesis de las normas estatales cuyo carácter interindividual suscita dudas, se encuentra el ordenamiento internacional que se hace portador de las necesidades propias del ordenamiento interno (cuidando, con cada vez mayor frecuencia, intereses pertenecientes al individuo)¹¹ o hace uso de estructuras organizativas que se corresponden perfectamente con las utilizadas por los sistemas estatales.

Todos estos acontecimientos, que parecerían negar la validez de la distinción entre el entorno social interindividual (propio del Estado) y aquellos interestatales (internacionales) han dado lugar a propuestas dogmáticas de gran interés:

a) Los casos en los que el derecho internacional protege los intereses de los individuos suelen justificarse observando que, incluso si el interés pertenece a personas físicas, el derecho a la tutela pertenece a varios Estados (único destinatario de la norma internacional)¹²;

b) Las organizaciones que a menudo surgen dentro de la comunidad internacional, trazando formas estructurales que se encuentran dentro de los sistemas estatales, se consideran verdaderos sistemas internos (interindividuales), incluso si provienen de normas internacionales (si se piensa en el caso de la Comunidad europea)¹³;

c) El problema de las figuras subjetivas internas, morfológicamente más cercanas a los Estados que a los individuos fue abordada con referencia al Estado federal, y se propuso una solución que constituye una importante desviación del postulado de la diferencia material entre el Derecho internacional y el nacional. La doctrina, en

10 Sobre el punto quinto M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1965, p. 135, y p. 153 y ss., el cual pone también luz en la irrelevancia internacionalista del concepto de «persona» jurídica.

11 Para una pista sobre la asimilación cada vez mayor de contenidos del derecho internacional a aquel de derecho interno, véase: ORTEGA, «Il valore dei trattati internazionali nel diritto interno» (trad. R. Orecchia), en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, p. 464.

12 Véase G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VI ed. Padua, 1963, p. 113 y ss.

13 Para tal modo de entender la Comunidad europea, véase G. MORELLI, *Nozioni, op. cit.* p. 265 y ss., que distingue, en los tratados fundadores, las normas propiamente internacionales de aquellas constitutivas del ordenamiento «interno» de la Comunidad (opuesto: G. L. TOSATO, *I regolamenti delle Comunità Europee*, Milán, 1965, p. 17). Para una problemática general, ver de nuevo G. MORELLI, *op. cit.*, según el cual, en la Unión «internacional» es a veces reconocible un ordenamiento interno (interindividual) el cual, en particular, está dirigido a regular las relaciones laborales de los funcionarios de la Unión.

efecto, desde las primeras elaboraciones, ha admitido que el Estado federal —para regular las relaciones entre los Estados Miembros— se apropia, sin transformarla, de la norma internacional que ordena las relaciones entre los Estados¹⁴.

La referencia a los postulados (sometidos a una primera revisión)¹⁵ en los que se sigue basando la elaboración de la escuela internacionalista italiana, proporciona un primer dato de gran importancia a los efectos de nuestra discusión. En efecto, es indudable que existen tratados cuya redacción difiere notablemente de la de los actos legislativos internos; nos referimos a aquellos que literalmente se refieren a los Estados¹⁶. En el contexto de acuerdos de este tipo, también se pueden identificar convenios cuya estructura está marcadamente influida por su génesis contractual; piénsese en la hipótesis de que el texto contractual prevea una bilateralidad de las prestaciones.

La orden de aplicación de tales tratados pone al intérprete estatal en la tesitura de trabajar sobre proposiciones lingüísticas que no expresan las normas que han de someterse a la Corte, sino normas diferentes, de las cuales, con ulteriores operaciones conceptuales, pueden derivarse los preceptos nacionales tácitamente adoptados¹⁷. En el caso, pues, de convenios del segundo tipo, puede ocurrir que el intérprete nacional no pueda utilizar —para extraer de ellos (aunque sea mediante una doble operación hermenéutica) preceptos interindividuales— todas las cláusulas contractuales, siendo útiles solo las dirigidas exclusivamente al otro Estado contratante¹⁸.

14 Así: H. TRIEPEL, *op. cit.*, p. 168 y ss.; G. MORELLI, *op. cit.*, p. 72 y p. 83.

15 Para algunas ideas críticas estimulantes, véase: G. BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, Milán, 1964, p. 64 y ss.; *Idem*, *Diritto internazionale e diritto della CECA: le fonti del diritto della comunità, ces officiels du Congrès intern. D'études sur la CECA*, vol. II, Milán, 1957, p. 91 y ss.; ZICCARDI, «Diritto internazionale in generale», en la Enciclopedia, vol. II, Milán, 1957, p. 91 y ss.

16 Pensemos en tratados que contengan disposiciones del siguiente tenor: «*Les Hautes Parties contractantes s'engagent...*» «*Les pays de l'Union sont temis d'assurer...*» etc. (para tales ejemplos véase: C. FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine d'esecuzione*, Milán, 1961, p. 115, siguiente nota 28).

17 Sobre estas operaciones conceptuales véase el perspicaz tratamiento de C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 106 y ss., que se funda en la distinción de C. LAVAGNA («Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute della Costituzione italiana», en *Studi economico giuridici*, publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cagliari, Padua, 1953, p. 5 y ss.) distinción entre sujeto léxico y sujeto jurídico (correspondiente a la distinción entre «la proposición normativa» y la «norma jurídica»).

18 En este sentido véase A. ROSS, *A textbook of international public law*, Longmans, 1947, p. 70; cfr. también: KAUFMANN, «Normekontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge», en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Múnich, 1955, p. 448; SEIDL HONER VELDERN, *op. cit.*, p. 104.

Desarrollando esta última hipótesis, se puede llegar al caso límite (recientemente sometido a la Corte Constitucional)¹⁹ de una orden de aplicación que no produjo ninguna norma interna, al tratarse de un tratado que agotó, para Italia, sus efectos en el orden internacional²⁰.

La circunstancia de que la interpretación lógico-gramatical de textos convencionales similares conduzca a la enucleación de normas internacionales, y de que la identificación de los preceptos producidos mediante la orden de aplicación sólo puede ser fruto de una segunda operación hermenéutica, nos proporciona un elemento útil para la reconstrucción del proceso lógico que debe llevar a cabo el intérprete estatal: Si se encuentra ante un acto normativo interno que le obliga a incorporar un tratado internacional debe identificar, por tanto, a partir del texto del tratado, el contenido de la obligación internacional que incumbe a Italia, tras lo cual podrá identificar las variaciones necesarias para que el ordenamiento interno se armonice con ella. Como puede verse, estas variaciones no resultan de proposiciones normativas especialmente promulgadas por el legislador, sino de la conexión —en la sede interpretativa— entre la orden de aplicación y el conjunto de disposiciones en que se articula el tratado.

Llevando esta premisa a su consecuencia última puede decirse que el Estado que ordena la incorporación de un tratado producido en términos internacionales genera *ius non scriptum*, incluso si el tratado, que adopta la forma de un texto, está en forma escrita²¹. La norma de incorporación no se expresa, de hecho, mediante una

19 Véase la sentencia núm. 20 de 1966, en la Revista *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 199 y ss.

20 Para el examen profundo de tal evidencia véase A. BERNARDINI, «Inesistenza del diritto soggettivo asertivamente violato e controllo di costituzionalità di una supposta norma di adattamento ad accordo internazionale», en la Revista *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 205 y ss.

21 Esta afirmación nuestra encuentra precedentes en ciertas proposiciones de V. CRISAFULLI («Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto», en *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, p. 230 y ss. y «Disposizione» (y norma), en *Encicl. dir.* XIII, Milán, 1964, p. 198 y ss.) que subraya que las normas establecidas mediante una orden de aplicación, al no producirse, quedan fuera del ámbito de aplicación de la «disposición». Cfr. También R. QUADRI, *Corso, op. cit.*, p. 85 y ss., el cual explícitamente afirma que la publicación en el ordenamiento interno de un texto pactado difiere sustancialmente del de las leyes, pues tiene la única finalidad de «poner a disposición del órgano jurisdiccional los elementos de reconstrucción de las normas internas tácitamente adoptadas». De esta problemática prescinde A. LA PERGOLA (*Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milán, 1961, p. 404) que, ocupándose del tema del control de la constitucionalidad de las normas de adaptación al derecho internacional, considera derecho escrito aquel producto mediante el

«disposición» de una proposición, es decir, «institucionalmente destinadas a plantear y revelar la norma», precediéndola y condicionándola hasta «hacer una declaración vinculante e insustituible (y en este sentido constitutiva)» de esta²².

Tal eventualidad parece suscitar la siguiente singular situación: La existencia de un acto (la orden de aplicación), fuente de derecho no escrito.

Destacamos este aspecto de gran relevancia para la cuestión que nos ocupa, ya que suele argumentarse, a partir del artículo 23.1 de Ley 87/1953, que la competencia de la Corte está limitada a las normas que se plasman en disposiciones²³.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS *CONVENCIONI-MODELLO* DE NORMAS INTERNAS

La conclusión de que la orden de aplicación crea derecho no escrito parece, en una primera aproximación, que sólo se aplica a los tratados expresados en términos

reenvío a un tratado, ya que los preceptos establecidos por este último se encuentran en «*textos normativos que también pueden ser identificados por el juez nacional*»; véase en contra las notables conclusiones de C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 150 y ss. Muchos juristas extranjeros, teniendo en cuenta esta evolución, tienden a equiparar la publicación (interna) de los tratados con la de las leyes; véase para todos: MOUSKHELY, «Le traité et la loi dans le système constitutionnel français» de 1946, en *Zeit, ausl. öff. Recht u. Völ.*, 1950/51, p. 110; MASQUELIN, «Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes», en *Annales de droit et de sciences politiques*, núm.1, 1955, p. 10; RIGAUX, «Les problèmes de validité soulevés devant les tribunaux nationaux, par les reports juridiques emissant entre la Constitution de l'Etat, d'une part et les traités et les principes généraux de droit international, d'autre part», en *Problèmes contemporains de droit comparé*, por el *L'Institut Japonais de droit comparé de l'Université de Ohio*, Tokio, vol. I, 1962, p. 200 y ss. (y citado en la norma).

22 Esta definición es de V. CRISAFULLI, *Disposizione, op. cit.*, p. 198, a la que nos remitimos para la distinción entre disposición (o texto normativo) y norma.

23 Véase en tal sentido, para todos: V. CRISAFULLI, «Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria», en la Revista *Giurisprudenza e Diritto*, 1956, p. 947; *Idem*, *In tema di questioni consequenziali alla pronuncia di illegittimità costituzionale di un principio generale*, *ivi* 1961, p. 1378; M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, *ivi*, 1956, p. 906; L. MONTESANO, «Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale», en *Rivista diritto processuale*, 1957, p. 527 (que, sin embargo, de la necesidad de que se sometan al órgano jurisdiccional normas «producidas», se deduce que el objeto del control es la producción). En sentido contrario a aquello sostenido en el texto, véase C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Padua, II, 1967, p. 1046 y ss. (el cual toma en consideración también la hipótesis de las normas externas mencionadas, por el contrario, para todos: G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. I, Nápoles, 1957, p. 203 y ss.

internacionales (en el sentido de «interestatales») y no a aquellos cuya redacción no difiere del de las leyes nacionales.

Elementos útiles en la aproximación al problema de este último tipo de acuerdo nos lo ofrecería la orientación tomada por la Corte Constitucional, en relación con un caso que presenta —como autorizadamente se ha argumentado— analogías con el que nos ocupa²⁴. En el supuesto de la declaración de inconstitucionalidad del decreto legislativo que ha ampliado *erga omnes* el ámbito de aplicación preceptivo de los convenios colectivos, en efecto, el tribunal no declaró la ilegalidad de las cláusulas contractuales, sino del decreto legislativo «en la parte en que las hacía obligatorias»²⁵. Esta orientación se basa en el supuesto de que las fórmulas lingüísticas del convenio colectivo (indudablemente interindividual, si se quiere usar la terminología de los internacionalistas) constituyen datos textuales cualitativamente diferentes de aquellos en los que se concretan las leyes o los actos con fuerza de ley²⁶.

La posición adoptada por el Tribunal en este asunto parece confirmar la opinión, según la cual, un acto normativo que no formula los preceptos que establece, limitándose a remitir a las normas establecidas por «hechos» o «actos», no se conside-

24 Cfr. SANTOBO PASSARELLI, *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Roma, 1961, p. 17; en este sentido véase también el paralelismo, núm. 8 del C.N.E.L. (27 de noviembre de 1959), *ibid.*, p. 47.

25 Se trata de una orientación constante; véase a título ejemplificativo: Sentencia núm. 129 del 1963 (en la *Rivista di Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 1435), Sentencia núm. 56 del 1965 (*Rivista di Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 710), Sentencia núm. 8 del 1966 (*Rivista Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 98), Sentencia núm. 50 del 1966 (*Rivista Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 814), Sentencia núm. 9 del 1967, Sentencia núm. 26 del 1967.

26 En tal sentido véase la ya citada opinión del C.N.E.L. (núm. 8 del 27 de noviembre de 1959); S. PISSARELLI, *op. cit.* p. 16; ZANGARI, «La legge 14 luglio 1959 núm. 741: rinvio recettizio o presupposizione normativa» en la *Revista di Giurisprudenza Italiana*, 1964, p. 995, el cual explícitamente afirma que tales decretos legislativos han operado una «presuposición» contra los convenios colectivos de trabajo, cuyas cláusulas no son aplicables como tales en el ordenamiento jurídico general, sino que se limitan a proporcionar los elementos necesarios para determinar la actividad que debe ejercerse con arreglo al 1 dl 1959 núm. 741 (para una declaración sustancialmente correspondiente sobre el tema «orden de aplicación», véase R. QUADRI, *loc. ult. cit.*). En sentido diferente, cfr. LELLI, «Perplexità sull'orientamento generale della Corte nei confronti della legislazione sui minimi di categoria», en la *Rivista Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 841 y ss., especialmente p. 843 y la nota 71, que, aun asumiendo correctamente que en tal caso el legislador no «formuló» las normas adoptadas, llega a la discutible conclusión de que las cláusulas contractuales deben someterse al régimen de interpretación de la ley.

ra como fuente del ordenamiento del cual forma parte, y produce siempre derecho no escrito²⁷.

Considerando el problema de los tratados expresados en términos aparentemente interindividuales (aquellos que disponen la regulación «uniforme» del cual el Estado destinatario debe apropiarse), parte de la doctrina ha deducido que establecen normas idénticas a las del Derecho nacional²⁸. En sentido distinto, los autores que mantienen la adhesión a los postulados elaborados por la escuela internacionista italiana intentan reconstruir la situación de manera coherente con los preceptos de los que parten. Consideran que las normas establecidas por dichos convenios no consisten en los preceptos resultantes de las disposiciones en las que se articulan, sino en la obligación de transponer tales preceptos al ordenamiento interno estatal²⁹. En tal eventualidad —como subraya Morelli³⁰— puede haber una transposición en último término del *schema* (el texto del tratado), pero no de las normas internacionales.

Un texto convencional de este tipo se encuentra en la situación opuesta a la mencionada anteriormente, ya que el intérprete realiza una doble operación conceptual; no para extraer de las disposiciones internacionales las normas internas, sino

27 Tal parece ser, en último análisis, la opinión de V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padua, 1962, p. 220 y ss., específicamente p. 226.

28 Cfr. De VISSCHER, «Les tendances internationales des constitutions modernes», en *Corsi Aja*, 1952, I, p. 559 y ss., que se refiere genéricamente a las normas *self-executing*, sin tomar autónomamente en consideración las convenciones de este tipo.

29 Véase para todo DONATI, op. cit., p. 318; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, parte II, IV, ed., Padua, 1962, p. 17 y ss; G. MORELLI, *Nozioni*, op. cit. 1963, p. 91; R. QUADRI, *Corso*, op. cit., p. 86. Es interesante observar como una convención que contiene las fórmulas de la norma internacional (ad es., art.1, Convención de Ginebra del 1930 en materia cambiaria: «*Les hautes parties contractantes s'engagent à introduire dans leurs territoires respectifs... la loi uniforme formant l'annexe I de la presente convention*») se corresponden con convenciones, consideradas de la misma naturaleza, en los que falta tal formulación (Por ejemplo: Convención de Berna del 25 de octubre de 1952, en materia de transporte). En este segundo caso, mientras que algunos (A. MALINTOPPI, «Sull'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Ginebra dal 1949 relativa allá circolazione stradale», en *la Rivista di diritto internazionale*, 1957, p. 260) exige que la obligación que imponen a los Estados beneficiarios se refiera a una actividad específica normativa (transposición del régimen), otros (C. FABOZZI, op. cit. p. 105 en nota) adhiriéndose al texto internacional, sostienen que cada disposición del tratado representa una descripción del contenido de una obligación de cumplir.

30 G. MORELLI, *loc. ult. cit.*

para interpretar en términos interestatales un texto en el que parecen tomar cuerpo las calificaciones jurídicas interindividuales³¹.

La orden de aplicación relativa a dichos tratados ha sido considerada por algunos como una «remisión de redacción», con la consiguiente incorporación en él del modelo internacional³².

Surgen problemas particulares si las fórmulas así introducidas se consideran *facciono corpo*³³ con el ordenamiento estatal.

La opinión de que tales disposiciones se homogenizan con el sistema puede derivarse de los autores que han destacado que la existencia de un texto normativo común a cada Estado no es suficiente para lograr la uniformidad regulatoria que tales disposiciones buscan, pues se mueven en el devenir del sistema y sufren la inevitable influencia del sistema interno³⁴. De esta afirmación parece legítimo deducir que, en cierto sentido, el texto modelo al cual hace el reenvío la orden de aplicación³⁵, no se encuentra en condiciones de similitud respecto a los otros textos normativos internos y, por tanto, el intérprete estatal lo debe considerar diferente.

Estas conclusiones son cruciales al reconsiderar el problema de la configuración, o no, de una remisión de redacción mediante una orden de aplicación, como señalamos anteriormente.

31 Cuando afirmamos en el texto se aplica al menos para el caso de que falten formulaciones del tipo art.1 Convención de Ginebra, 1939 en materia cambiaria: Para la consideración de que, desde el punto de vista formal del Derecho internacional, no puede decirse que tales disposiciones estén «esencialmente producidas», véase DONATI, *op. cit.* p. 318.

32 Cfr. C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 36, que parece considerarse, en tal hipótesis, la orden de aplicación como «mero expediente redaccional»; A. BERNARDINI (*Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milán, 1966, p. 124 y ss, p. 141 y ss., 46 nota), que habla explícitamente del «reenvío nacional». Sobre el reenvío a las fórmulas textuales, véase también C. LAVAGNA, «Sulle leggi regionali ricettizie», en la Revista *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, p. 652; parece adoptar este orden conceptual, para el caso de los decretos legislativos sobre relaciones laborales, el LELLO, *op. cit.* p. 843.

33 Dicho uso de la expresión es de R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, IV ed., Palermo, 1963, p. 63.

34 Así A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milán, 1955, p. 47, nota 17, el cual —por haber precisado que la interpretación de un tratado de los cuales sí se ha ordenado la ejecución va a generar «a nivel de la Convención Internacional»— considera que, en el caso particular de las normas internacionales uniformes, debe realizarse sobre la base del Derecho interno.

35 Subraya que el modelo puede o coincidir con el texto de la convención o constituir un simple alegato (véase supra nota 28).

Es especialmente elocuente en este sentido, confrontar el aumento normativo inmediato del ordenamiento interno, utilizando el procedimiento ordinario de adaptación, y el llevado a cabo, de manera recurrente, a través de la orden de aplicación.

Para establecer esta comparación, consideramos oportuno partir de la consideración sobre el devenir autónomo de dos sistemas (internacional e interno) y las implicaciones que ello conlleva en las disposiciones que contribuyen a componerlos. Como se subraya con frecuencia, los textos normativos de cada sistema no pueden considerarse separados del contexto del que forman parte, y sufren variaciones de significado derivadas de la evolución de tal contexto. A este propósito, nos referimos a las reacciones sistémicas que sufre una norma (o más propiamente, una «disposición») por el mero hecho de vivir en un entorno de principios en movimiento³⁶.

Aplicando estas observaciones a nuestro problema, podemos concluir que un texto convencional, incluso siendo el modelo para normas nacionales, tiende a ser portador de significados variables debido a la renovación gradual del ordenamiento de origen. La interpretación de las normas por el intérprete internacional, a partir de las proposiciones lingüísticas que las expresan dará resultados diferentes a lo largo del tiempo, precisamente por la consideración global del sistema normativo en el que todos los valores están en estrecha interdependencia³⁷.

36 Tal problemática se funda sobre la distinción entre disposición (fórmula), que puede permanecer inmutada, y norma (resultado interpretativo) variable por la influencia de la evolución del sistema. Para un planteamiento en estos términos, véase M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milán, 1939, p. 132; *Idem*, *Alcuni caratteri* op. cit., p. 906 y ss.; V. CRISAFULLI, *Disposizione*, op. cit., p. 207 y ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, p. 27 y ss.; S. PUGLIATTI, «Abrogazione», en *Enciclopedia diritto*, vol. I, Milán, 1958, p. 150; CARNELUTTI, «Poteri della Corte Costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata», en *Rivista diritto processuale*, 1962, p. 349. Sin embargo, el problema también ha sido «sentido» por autores que no han distinguido explícitamente el elemento textual del fruto de la actividad interpretativa y que, por ello, han hablado de la variabilidad del significado de una ley, en constancia de las normas (sic. con indiscriminación terminológica) que la componen. En este sentido véase para todos: S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, p. 123 y ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milán, 1950, p. 336 y ss., p. 349 y ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, op. cit., p. 64 (que observa como la norma que entró mediante orden de aplicación provoca «reacciones sistemáticas» sin padecerlas); G. CALOGERO, *La Logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, II ed., Padua, 1964, p. 141 y ss.

37 Sobre la importancia del elemento sistemático en la interpretación de las proposiciones normativas, véase para todos: P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Padua, 1964, p. 16; cfr. También M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, op. cit., p. 186, según el cual tal elemento, en la interpre-

Es oportuno en este punto subrayar que tales consideraciones podrían ser refutadas al considerar que las disposiciones de un tratado internacional, estrechamente vinculadas al procedimiento contractual y dialógico del que proceden, no son interpretables de manera evolutiva³⁸. Pese a estas ideas doctrinales³⁹, esta contradicción puede resolverse al menos para aquellos tratados en los que el posible antagonismo de intereses de las partes contratantes queda fuera del acuerdo, sin que se haga referencia a ello en el texto. En esta línea, se podría argumentar —utilizando una clasificación de la doctrina más antigua— que los tratados-contratos (*Verträge*, caracterizados por una estructura marcadamente influenciada por la divergencia de intereses de los Estados contratantes)⁴⁰, deben interpretarse de manera que se identifique el contenido de las voluntades históricas que les dieron origen. Mientras que los tratados normativos (*Vereinbarungen*, en los cuales los intereses de las partes aparecen coincidentes y paralelos)⁴¹ son susceptibles de una interpretación evolutiva⁴². Las

tación de las disposiciones internacionales, desempeña un papel menor que en el de las disposiciones internas.

38 Cfr.: NIBOYET, «Le problème de “qualifications” sur le terrain des traités diplomatiques», en *Revue Critique de droit international*, 1935, p. 20 y ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, op. cit., p. 180 y ss.; E. BETTI, *Interpretazione*, op. cit., p. 326 y ss.; *Idem*, *Problemática del diritto internazionale*, Milán, 1956, p. 64 y ss.; KAUFMANN, *Normekontrollverfahren*, op. cit., p. 448; DOELLE, «Zur Problematik mehrsprachiger gesetzesund Vertragstexten», en *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 26, 1961, p. 39; NERI, *Sull'interpretazione dei trattati nel diritto internazionale*, Milán, 1958, p. 227 y ss.; MONACO, «L'interpretazione degli accordi internazionali ad opera del giudice interno», en *Giurisprudenza italiana*, 1945, vol. IV, p. 29 (el cual afirma que las internaciones de las partes no pueden prevalecer sobre la letra de las disposiciones de las convenciones); RIGAUX, op. cit., p. 203 (que subraya cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema Belga se ha orientado en el sentido de interpretar los tratados buscando individualizar las intenciones de las partes contratantes).

39 Cfr.: H. LAUTERPACHT, «Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités», en *Corsi Aja*, 1934, vol. II, p. 796; E. BETTI, *Interpretazione*, op. cit., p. 153; *Idem*, *Problemática*, op. cit., p. 64 y ss. Sobre tal problema véase un interesante apunte en S. ROMANO, *Frammenti*, op. cit., p. 125.

40 Véase para todos K. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1876, p. 79 y ss.

41 Para una construcción que en el terreno de la teoría general contraponen los acuerdos (en sentido estricto), caracterizados por una coincidencia de intereses entre las partes, con las figuras convencionales, véase: TRIMARCHI, «Accordo» (teoría general) en *Enciclopedia diritto*, vol. I, Milán, 1958, p. 297 y ss.

42 En el sentido correspondiente, H. LAUTERPACHT, loc. ult. cit. La distinción entre «tratado-contrato» y «tratado-normativo» no ha tenido en cuenta la doctrina prevalente, que ha destacado cómo, en esencia, el aspecto contractual y el normativo son inherentes al mismo fenómeno: conside-

tratados tipo pertenecen sin duda a la segunda categoría. El texto no establece obligaciones diferentes —aunque mutuamente relacionadas— para los distintos Estados contratantes, sino un compromiso único para todos, que tiene por objeto la variación de su sistema normativo de la manera uniforme acordada internacionalmente.

4. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA MEDIANTE UNA ORDEN DE APLICACIÓN (PROBLEMAS HERMENÉUTICOS)

A través del procedimiento ordinario de incorporación, el legislador hace una evaluación de los dos términos a armonizar (tratado y derecho interno) y llega a una determinada producción legislativa. Aunque comúnmente se cree que este procedimiento puede dar lugar a una incorporación incompleta, debido a una apreciación inexacta de los dos términos⁴³. En nuestra opinión, sin embargo, su incapacidad para adecuar plenamente el ordenamiento jurídico interno a las exigencias introducidas por un tratado internacional se deriva, sobre todo, del momento en el que la producción legislativa se concreta. Aunque el legislador realice una perfecta valoración de los dos términos a armonizar, asume los significados del texto internacional en un momento dado. Las normas así producidas, por un lado, son insensibles al devenir del complejo de normas convencionales y, por otro, están sujetas a las reacciones sistemáticas del ordenamiento jurídico interno. Los textos uniformes, introducidos de este modo en los ordenamientos jurídicos de los Estados destinatarios del acuerdo que los contiene, reaccionan de forma diferente al contacto de los distintos ordenamientos jurídicos, por lo que no logran una disciplina verdaderamente uniforme⁴⁴.

Si se atiende a la orden de aplicación, el problema se plantea de otro modo: Al no contar con una evaluación comparativa definitiva de los dos términos, realizada

rados desde un punto de vista genético o desde el punto de vista del resultado; véase, para todos, P. CHALLEY, *La nute juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, 1932, p. 829 y ss.; E. BETTI, *Problemática*, op. cit. 62 y ss. (que instituye un paralelo entre el tratado, fuente de derecho internacional, y el contrato colectivo de trabajo, fuente de derecho interno); B. PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, ed. VIII, Milán, 1962, p. 81; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, op. cit., p. 103; G. MORELLI, *Nozioni*, op. cit., p. 34.

43 Cfr. Para todos T. PERASSI, *La Costituzione*, op. cit., p. 26; G. MORELLI, *Nozioni*, op. cit., p. 88.

44 Cfr. D. ANZILOTTI, *Corso*, op. cit., p. 61, para el cual, debido a reacciones sistemáticas, la misma norma (*rectius*: «disposición») «en dos sistemas diferentes tiene o puede tener un significado diferente».

de una vez por todas por el legislador, el intérprete, al estar obligado a deducir las reglas necesarias para la incorporación, realiza un ajuste más acorde con las exigencias actuales del Tratado, ya que compara los dos datos cuando tiene que aplicar dichas reglas⁴⁵. En este caso, a diferencia del procedimiento ordinario, actúa inmediatamente sobre el texto del tratado, y no sobre un texto interno⁴⁶. Tales observaciones

45 Cfr. T. PERASSI, *La Costituzione*, *op. cit.*, p. 27, que, si bien parece admitir que el intérprete debe remitirse al Derecho interno «tal como se encuentra en ese momento», no precisa que el tratado internacional deba considerarse también en su ámbito de aplicación actual. Es necesario aclarar la afirmación que hacemos en el texto, no sea que se pierda la perspectiva temporal que permite coordinar las normas que repiten su título jurídico desde el ordenamiento de aplicación, con las postuladas por actos jurídicos internos posteriores. Al decir que los dos términos a armonizar han de tenerse en cuenta en su valor actual, no queremos afirmar que las «variaciones» que puede deducir el intérprete para adecuar el derecho interno a las exigencias de un tratado internacional tengan por objeto el primero, que se ha enriquecido normativamente incluso después de dictada la orden de aplicación; las normas internas que han de tenerse en cuenta en la enunciación de los preceptos de incorporación son las presentes en el derecho interno en el momento en que entra en vigor la orden de aplicación (cfr. G. MORELLI, *Nozioni*, *op. cit.*, p. 91): constituyen, por tanto, un elemento, en cierto sentido, estable. Nuestro pensamiento puede entenderse correctamente a la luz de la distinción entre «disposiciones» y «normas»; en esencia, en nuestra opinión, las disposiciones (proposiciones normativas) sobre las que reaccionan las normas introducidas, son las anteriores: estas fórmulas, sin embargo, pueden adquirir nuevos significados (normas) con el paso del tiempo, y es en este «valor actual» en el que el intérprete debe considerarlas cuando está obligado a ejecutar un tratado internacional.

46 Para una proposición correspondiente, con referencia al decreto de promulgación (según la anticuada práctica francesa), véase: BASDEVANT, «Le rôle du juge dans l'interprétation des traités diplomatiques», en *Revue de droit international Privé*, 1949, p. 418 y ss. La circunstancia de que el Derecho contractual, así transformado en Derecho interno, es un cuerpo en sí mismo, y debe ser considerado por el intérprete en una posición diferente del resto del ordenamiento jurídico, es apoyada por los autores germánicos, que subrayan que, en la definición de las normas de incorporación —para no romper la unidad sistemática del convenio internacional—, las cláusulas dirigidas a un Estado contratante (y, por tanto, las únicas que pueden transformarse en Derecho interno, por ejemplo, la cláusula «Derecho interno», véase supra párrafo 2), no deben considerarse como un cuerpo en sí mismo; deben ponerse en relación con las dirigidas exclusivamente al otro Estado contratante. Por esta razón se argumenta que el derecho así producido no es cualitativamente comparable al derecho que normalmente plantea la ley (véase: KAUFMAN, *op. cit.*, p. 453; SEIDLHONENVELDERN, *op. cit.*, p. 104). Un autor italiano que ha aclarado especialmente los términos de esta cuestión es R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, *op. cit.*, p. 63. Según la cual el Derecho interno creado por remisión a normas internacionales no se fusiona con las demás partes del sistema «siendo funcionalmente autónomo». Otro problema interesante es el del valor de los «preámbulos» de los pactos pactuales, a los que algunos niegan fuerza jurídica, aunque reconocen su utilidad a efectos interpretativos; debemos remitirnos así:

parecen confirmarse de manera general en la doctrina. Nos referimos a la opinión de que muchas circunstancias relacionadas con las normas de incorporación estarían subordinadas a las circunstancias correspondientes de los preceptos del pacto (por ejemplo, la entrada en vigor, la terminación, los cambios en la esfera de los destinatarios)⁴⁷ y es por eso que el intérprete nacional debe considerar que las disposiciones de los convenios están estrechamente integradas en el sistema de origen, de manera que habrá de comparar la pluralidad de textos auténticos redactados en diferentes lenguas⁴⁸.

A la luz de este apunte, se comprende con claridad el proceso conceptual que debe llevar a cabo el intérprete, y la función de la disposición internacional. En esencia, cuando se afirma en la doctrina que el tribunal estatal debe operar de forma similar al intérprete internacional sobre los textos convencionales cuya incorporación se ha ordenado⁴⁹, se está refiriendo a un procedimiento lógico específico: La extracción de la disposición de la norma internacional (de modo que la referencia

G. FITZMAURICE, *The law and procedure of the International Court of Justice: treaty interpretation and certain other treaty points* en Gran Bretaña, *Year-Book*, 1951, p. 25; estas proposiciones también constituyen elementos que no pueden incorporarse (aunque sea por traducción) al derecho interno, pero a los que el intérprete estatal debe necesariamente referirse.

47 Sobre el punto véase para todos D. ANZILOTTI, «Rassegna critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza; b) Effetti della guerra sui trattati internazionali», en *Rivista diritto internazionale*, 1918, p. 65 y ss.; T. PERASSI, «L'ambito di vigore delle norme interne emanate mediante ordine d'esecuzione di un accordo internazionale», en *diritto internazionale*, 1929, p. 413 y ss.; *Idem*, *La Costituzione*, cit., p. 33 y ss.; G. MIELE, *La costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milán, 1951, p. 27 y ss.; MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Turín, 1969, p. 92 y ss.; G. MORELLI, *Nozioni*, op. cit., p. 93 y ss.; BISCOTINI, «L'adattamento del diritto italiano alle norme internazionali», en *Jus*, 1951, p. 236; SOCINI, op. cit., p. 89 y ss.; KAUFMANN, op. cit., p. 448; C. FABOZZI, op. cit. p. 84 y ss.; véase también el examen exhaustivo de A. LA PERGOLA (op. cit., p. 131 y ss.) e insinúa A. BERNARDINI (*Produzione*, op. cit., p. 124 y 149).

48 Así A. MALINTOPPI, «Trattati redatti in più lingue e ordine di esecuzione», en *Revista diritto internazionale*, 1962, p. 237 y ss.; DOELLE, *Zur Problematik* cit. p. 32; cfr. también: W. BECKET, «Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice International», en *Corsi Aja*, 1932, I, p. 260.

49 Cfr. En tal sentido, para todos: MONACO, *L'interpretazione*, op. cit. p. 25; RUINA, «L'interpretazione delle Convenzioni internazionali e delle norme straniere in genere da parte del giudice interno», en *Foro italiani*, 1955, I, p. 532; BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milán, 1958, p. 116 y ss.; BISCOTTINI, «Trattato di pace e norme di esecuzione a propósito dell'extradizione dei criminali di guerra», en *Archive pem*, 1953, II, p. 24; G. MIELE, *La Costituzione*, cit. p. 27; SEIDL-HOHENVELDERN, op. cit., p. 118; KAUFMANN, op. cit., p. 448.

a las adhesiones sistemáticas internacionales tenga pleno sentido) y la posterior formulación de la correspondiente norma interna⁵⁰. Los textos de los tratados, a la luz de esta constatación, aunque se expresen en términos individuales, entran en juego por la enucleación de las normas internacionales —de las que son «la envoltura»⁵¹— y no de los preceptos internos, que deben derivarse de ellos.

La relevancia dada por el derecho interno tiene un contenido normativo, no se trata de una mera fórmula lingüística. Cuando se habla de incorporación del derecho interno al derecho internacional, se hace referencia a las variaciones del primero para armonizarse con el segundo, considerado, por ende, a nivel de «normas» y no de «disposiciones» (que no son más que los medios para llegar a las primeras).

Una vez aclarado que el texto del pacto debe entenderse exclusivamente referido a normas internacionales, se revela la singularidad de este caso. Ante el modelo, en efecto, publicado como anexo a la orden de aplicación, el intérprete no debe limitarse a ejercer una actividad convencional de extracción de preceptos interindividuales. Más bien, debe rastrear las fórmulas lingüísticas desde el entorno del que proceden, identificando así los significados que transmiten y la *ratio* común.

La variabilidad de los resultados de esta actividad interpretativa, dependiente de la evolución del cuerpo de derecho convencional, partícipe del devenir del orden jurídico internacional⁵², respalda la conclusión de que el intérprete nacional trabaja sobre el texto internacional como tal, y no sobre hipotéticas normas de adaptación colocadas de una vez «de manera elíptica y abreviada» por el legislador⁵³. Pensemos

50 Véase en tal sentido, la clara exposición de CONFORTI, «Sulla revisione delle sentenze del tribunale italiano delle prede», en *Rivista diritto internazionale*, 1954, p. 372.

51 Según una metáfora del V. CRISAFULLI, *Disposizione*, *op. cit.* p. 201, que considera la «disposición» envoltura de la norma.

52 Cfr. T. PERASSI, *L'ambito di vigore*, *op. cit.* p. 414, que escribe textualmente: «El rasgo característico del título ejecutivo es precisamente que se trata de un acto de producción jurídica que imprime en las normas que produce, un modo de ser que está en función de elementos pertenecientes a la vida internacional del tratado y que, por tanto, es variable en función de ellos».

53 La comprensión de lo que argumentamos en el texto puede verse facilitada por las siguientes observaciones: en nuestra opinión, la producción de normas de adaptación es también una actividad legislativa, pero de manera *sui generis* cuando adopta la forma de una orden de aplicación. En este caso, el proceso legislativo no culmina con la «formulación» de las normas materiales así adoptadas, sino con la indicación de un «plazo» al que el intérprete debe ajustar el ordenamiento jurídico interno. No obstante, en nuestra perspectiva, este proceso puede entenderse recurriendo a parámetros comunes, concluyendo que el intérprete, para llegar a la formulación de las «normas», puede emplear diversos datos y procedimientos. Se ve obligado a: a) comparar un «texto» interno con el sistema; b) deducir

en una modificación del texto de un tratado por un tratado posterior del que Italia sea parte: En el supuesto de que se ordene la aplicación de este último tratado, la cuestión puede encuadrarse en el esquema más ortodoxo del reenvío recepticio, ya que cabe concluir que las nuevas normas ocupan el lugar de las anteriores en conflicto; en la hipótesis, sin embargo, de que no se ordene la aplicación del nuevo tratado, el intérprete interno, si bien no puede —según la opinión dominante⁵⁴— aplicar las normas derogatorias (cuyos preceptos de adaptación no han sido previstos por el legislador), tampoco puede aplicar las derogadas (que ya no están vigentes en el ordenamiento jurídico internacional), por lo que debe efectuar reducciones en el texto original. Estas reducciones inevitablemente repercuten también en la enucleación de las normas cuyas disposiciones no han sido modificadas⁵⁵.

un precepto específico de las conductas y actitudes internas que reflejan la costumbre; c) deducir, de la comparación entre una norma internacional específica (deducida del texto pactado) y el ordenamiento interno, los ajustes y/o elisiones de este último (ver un enfoque en este sentido en: C. FABOZZI, *op. cit.* p. 62). En el tercer caso, la circunstancia de que se haga hincapié en la fase de coordinación entre los diferentes preceptos (también se habla de elisiones), no debe llevar a malinterpretar la naturaleza del fenómeno: el momento de coordinación entre normas en conflicto es posterior al de la enunciación de los resultados interpretativos, y es común a todas las hipótesis de unificación del sistema a través de la actividad hermenéutica (así: FABOZZI, *op. cit.*, p. 67); la otra fase es la de la deducción de preceptos a partir de determinados «datos», que pueden consistir —como hemos dicho— bien en «textos» internos normales, bien en conductas, bien en otro tipo de actuaciones (como en el caso que nos ocupa): en este último caso, la actividad del juez sigue siendo cualitativamente interpretativa, resolviéndose en la formulación y aplicación de normas jurídicas «planteadas» en la forma prevista por el ordenamiento jurídico y «deducibles» a la luz de los criterios dictados por el sistema.

54 Cfr. En tal sentido: A. LA PERGOLA, *Costituzione*, *op. cit.* p. 131 y ss.; C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 87 y ss, en la nota 39 (que explícitamente considera la eventualidad que hipotetizamos en el texto).

55 La comprensión de la interconexión recíproca entre todas las «disposiciones» del tratado depende de la conexión que mantienen entre sí; al respecto, consulte las obras de: KAUFMANN (*op. cit.*, p. 448) y SEIDL-HOHENVELDERN (*op. cit.*, p. 104), quienes resaltan que, al interpretar una cláusula de un tratado, el intérprete nacional debe tener en cuenta también las disposiciones dirigidas exclusivamente al otro Estado contratante. La eventualidad que hemos planteado en el texto destaca la inadecuación de la alternancia teórica entre receptividad y referencia en la producción normativa mediante un orden de aplicación. A. BERNARDINI (*Produzione*, *op. cit.*, p. 146 y ss.), si bien admite la posibilidad abstracta de que dicho acto se reconstruya apoyándose en ambos conceptos, excluye la segunda configuración en lo que respecta al Derecho italiano (*op. ult. cit.*, p. 147 y ss.). Según este autor, por tanto, la orden de aplicación operaría difiriendo a determinados contenidos externos, por tanto, de carácter fijo (*op. ult. cit.* p. 123 y ss.); la admisión, sin embargo, de la subordinación de la eficacia de las normas así planteadas a la de

Dar cuenta de este asunto recurriendo al concepto de «condición resolutoria»⁵⁶ sería, en nuestra opinión, tergiversarlo.

Partiendo de esta interpretación del valor de las disposiciones pactadas, expresadas en términos interindividuales, debe plantearse la cuestión de si pueden considerarse disposiciones internas y, como tales, susceptibles de control en virtud del art. 23 de la Ley núm. 87/1953. A este respecto, puede ser útil comparar su situación con la de las formulaciones literales de las normas consuetudinarias, a las que muy autorizadamente se niega el estatuto de «disposiciones» en la doctrina; al ser posteriores a las normas que contienen, y por no ser autónomas respecto al procedimiento formativo y a las razones de las que históricamente derivan⁵⁷.

los preceptos a los que se hace referencia (así: A. BERNARDINI, *op. ult. cit.*, p. 124 y 149, cfr. también los autores citados *supra*, nota 46) es atribuir al aplazamiento así efectuado un carácter parcialmente móvil: en efecto, mientras que la caída completa de las normas introducidas mediante una orden de aplicación puede explicarse recurriendo a la noción de «condición resolutoria» (así: los autores citados *infra*, nota 55) esas otras mutaciones parciales (aún derivadas de la subordinación referida) eluden la explicación a la luz de este concepto y presentan una analogía espinosa con las inducciones menos conspicuas de las cláusulas contractuales, que están diversamente condicionadas por el devenir del orden que contribuyen a componer. La historia de tales contenidos preceptivos internos, que son variables debido a cambios en el significado de las correspondientes disposiciones internacionales, aunque ya no pueda interpretarse en términos de un renvío preceptivo (como tal no móvil; cfr. C. MORTATI, *Istituzioni*, p. 283 y ss.), todavía no puede entenderse en términos de un reenvío de producción (que implica la consideración de la renovación normativa integral del sistema al que se hace referencia, gracias al funcionamiento de sus fuentes: a veces se habla de «nacionalización de las fuentes» cfr. C. MORTATI, *loc. ult. op. cit.*; BERNARDINI, *op. ult. cit.*, I, p. 163 y ss.). La posible ilegitimidad constitucional de una orden de aplicación que operara un «reenvío de producción» (cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione, op. cit.*, p. 131 y ss.; A. BERNARDINI, *op. ult. cit.*, p. 149) no nos parece que afecte a esta fenomenología, inevitable si se mantiene la conexión entre las disposiciones citadas y el sistema: en otras palabras, si se considera que las «formulas lingüísticas» objeto del aplazamiento deben ser leídas por el intérprete doméstico a la luz del ordenamiento internacional (en movimiento), para llegar a la formulación de los preceptos que constituirán el «término» al que habrá de ajustarse el sistema normativo estatal.

56 Aunque no considere explícitamente este aspecto del problema, la doctrina suele recurrir a esta noción de ascendencia privada; véase para todo: T. PERASSI, *L'ambito*, *op. cit.*, p. 415; *Idem*, *Lezioni II*, *op. cit.*, p. 40 y ss; SOCINI, *op. cit.*, p. 90; G. MORELLI, *Nozioni*, *op. cit.*, p. 94 y ss.

57 En tal sentido: V. CRISAFULLI, *Disposizione, op. cit.*, p. 196; C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, I, Milán, 1957, p. 140 y ss., quien considera que, puesto que cada regla puede formularse, las transcripciones de las normas consuetudinarias no difieren del texto de las normas planteadas por los actos fuente; la observación de derecho positivo que hacemos en el texto parece suficiente para diferenciar la posición del intérprete que se enfrenta a un texto que constituye un límite a sus posibles actividades de encuesta de la del intérprete que trabaja sobre un texto meramente indicativo.

El intérprete, en efecto, debe ir más allá de las expresiones lingüísticas, completándolas con el estudio de los hechos materiales, los comportamientos y las necesidades sociales que condujeron a la formación de la norma consuetudinaria. Este orden de ideas se inspira en el art. 9 de las «disposiciones sobre el derecho en general», que, al admitir la prueba en contrario respecto de ellas, sitúa a las costumbres en una posición decididamente distinta de las disposiciones en sentido estricto.

La «disposición» es constitutiva de las normas a las que se refiere y, por tanto, el intérprete sólo necesita de ella (que ha de poner, sin embargo, en relación con el sistema en su conjunto) para llegar a la formulación de las normas. En este sentido, ha de entenderse la exclusión de los medios extratextuales en la interpretación de los actos normativos⁵⁸.

Si, por el contrario, las fórmulas lingüísticas no son constitutivas de las normas a las que se refieren, la actividad interpretativa debe recurrir a elementos que, aunque externos al texto, forman parte integrante (y generalmente prevalente) del mismo. En el caso de las normas producidas mediante una orden de aplicación, estos elementos no expresados a los que el intérprete debe —necesariamente— referirse pueden encontrarse en las adhesiones sistemáticas que, al vincular el tratado al ordenamiento internacional, la convierten en parte del devenir de este último.

Sin embargo, esta yuxtaposición debe redimensionarse a la luz de las siguientes consideraciones. Si bien, efectivamente, el texto (derivado, por supuesto, *a posteriori*) de las normas consuetudinarias no es constitutivo de las mismas; las disposiciones internacionales desempeñan, con respecto a las normas que establecen, una función análoga a la que desempeña el texto de los actos normativos internos. Es cierto que esta función la desempeñan en relación con las normas internacionales, y no respecto de las normas internas; sin embargo, estas últimas también deben derivarse de las primeras, de las que dichas disposiciones son indudablemente constitutivas.

Como puede verse, la cuestión que hemos tratado de esbozar está cargada de sombras. Sobre la base de los argumentos desarrollados, y a la luz que nos ofrece la referencia a interesantes y similares hechos (es decir, a los decretos legislativos que se han ajustado a las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo, las «colecciones de usos»); nos parece que en el caso que nos ocupa, una de las hipótesis ante las que nos encontramos —las fórmulas textuales (las cláusulas del modelo de acuerdo)— es

58 Cfr. para todos: E. BETTI, *Interpretazione*, op. cit., p. 167; G. LASERRA, *L'interpretazione delle legge*, Nápoles, 1955, p. 51.

cualitativamente diferente de aquellas en las que se articulan los actos normativos internos. En efecto, el órgano jurisdiccional estatal no se limita a relacionar la proposición normativa con el ordenamiento jurídico interno, sino que debe llevar a cabo una actividad hermenéutica bastante particular.

Esta conclusión, si bien sería perfectamente irrelevante para un sistema en el que el control de constitucionalidad se extendiese también a las leyes no escritas o a las leyes producidas por fuentes fácticas, resulta del máximo interés para un sistema positivo como el nuestro, que parece limitar el objeto del enjuiciamiento del Tribunal Constitucional a las leyes escritas; dando lugar, por tanto, a ciertas implicaciones, de las que nos ocuparemos examinando el contenido y los límites del control de constitucionalidad de los actos internos relacionados de algún modo con los tratados internacionales (las leyes que autorizan la ratificación, o las leyes que ordenan su ejecución).

5. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE INCORPORACIÓN

5.1. Cuando la orden de aplicación se considera un acto de producción (la solución difiere según que el objeto del control sea la disposición o la norma)

Las peculiaridades del caso que nos ocupa se manifiestan plenamente en el supuesto de que el tratado no pueda configurarse como un mero esquema de normas internas.

En la exposición que sigue trataremos de examinar el problema del control de constitucionalidad de las normas de incorporación, a la luz de las diversas concepciones relativas, por una parte, a la naturaleza del título ejecutivo y, por otra, al objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional.

La noción de «reenvío redaccional», como es evidente, no se presta a tener en cuenta la situación de los tratados cuya redacción difiere notablemente de la de los actos jurídicos internos. La doctrina, a este respecto, recurre a diversas reconstrucciones, entendiendo la orden de aplicación, bien como un acto productor de normas de incorporación⁵⁹, bien como una regla de producción que vincula la capacidad de

59 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1962 (II ed.), p. 166; T. PERASSI, *Lezioni* II, cit., p. 32; G. MORELLI, *Nozioni*, op. cit. 1963, p. 88; SOCINI, op. cit., p. 87; A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. I, Milán, 1956, p. 229; MONACO, *Manuale*, op. cit., p. 141; A. BERNARDINI, *Produzione*, op. cit. p.147 y ss; FOIS, «Rinvio recezione e riserva di legge» en *Rivista di giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 581 y ss.

producir normas internas de un determinado contenido a la fuente⁶⁰ o a las normas internacionales⁶¹, bien como una regla de producción automática⁶².

El primer planteamiento da lugar a la situación antes mencionada: La existencia de un acto normativo (la orden de aplicación) fuente de normas no escritas⁶³. Si se acepta esta conclusión, el problema del procedimiento constitucional se plantea del siguiente modo: Dado que del tenor literal del artículo 23.1 de la Ley núm. 87/1953 se desprende que son necesarias las disposiciones para que se establezca la competencia del Tribunal, y dado que, en tal caso, la única disposición es la relativa al título ejecutivo, cabe concluir que éste debe ser necesariamente impugnado (*recitius* «indicada»)⁶⁴.

60 Tal solución es lógicamente admisible de A. LA PERGOLA (*Costituzione, op. cit.*, p. 124), que también plantea la hipótesis de la configurabilidad del esquema del acto de producción.

61 La admisibilidad teórica de esta posición es afirmada por C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 38, en la nota 66.

62 Así T. PERASSI, *op. ult. cit.*, en la nota 34.

63 Véase, *supra*, el punto 2, *in fine*.

64 Por un enfoque sustancialmente análogo véase: MIGLIAZZA, «Giudizio di legittimità costituzionale e giudizio innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee», en *Rivista diritto processuale*, 1966, p. 311 y ss. El desarrollo de la tesis separatista lleva a esta conclusión. En Alemania, la jurisprudencia del tribunal constitucional no trata de las normas del pacto, sino del «*Zustimmungsgesetz*» (o «*Vertragsgesetz*») (sobre el punto véase el último, EHLE, «Verfassungskontrolle und Gemeinschaftsrecht», en *Neue juristische Wochen schrift*, 1964, p. 321, con indicación jurisprudencial). Critican tal orientación: FRESENHAHN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Koln-Berlin, 1962, p. 134 (que no se adentra en la problemática pluralista, considera un giro vicioso-*Unweg*-la reivindicación del *Zustimmungsgesetz* y no de las disposiciones del pacto) y KAUFMANN, *op. cit.* p. 453 y ss., el cual sostiene: a) que el «*Zustimmungsgesetz*» no puede someterse al tribunal porque carece de contenido normativo —de hecho, también equivale a una ley que autoriza la ratificación; véase, *infra*, nota 84— y b) que los preceptos de los pactos no son susceptibles de control de constitucionalidad, al estar amparados por el principio «*pacta sunt servanda*», al que se refiere la previsión constitucional de adaptación automática al Derecho internacional general; afirmación esta última que comparte por R. QUADRI, «Controllo sulla legittimità costituzionale delle norme straniere», en *Diritto internazionale*, 1959, p. 31 y sucesiva, nota 3. Observamos, sin embargo, que el eventual rango constitucional de las normas de adaptación no excluye la posibilidad de un control de constitucionalidad del que son objeto, no sólo en referencia a defectos formales y sustantivos en relación con los límites expresos a la revisión constitucional, sino también por discrepancias con la Constitución material; en este sentido, las proposiciones de P. BARILE: «Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane», en *La Comunità internazionale*, 1966, p. 23 y ss., en relación con el problema análogo relativo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, en los que el grado constitucional se basa en el artículo 11 de la Constitución italiana.

Quienes consideran que el objeto del juicio constitucional es el texto normativo⁶⁵, deben concluir coherentemente, que la orden de aplicación debe ser sometida al Tribunal en su integridad; la posibilidad de que la fórmula legislativa (ejecución plena y completa, etc.) sea vehículo de normas inconstitucionales (que pueden ser obtenidas por el juez por vía interpretativa) invalidaría todo el acto⁶⁶, con todas las posibilidades interpretativas⁶⁷ que ello pueda tener⁶⁸.

En cambio, partiendo de la premisa de que el objeto del control del Tribunal son las «normas»⁶⁹, puede sostenerse que la orden de aplicación debe impugnarse

65 Para esta opinión, aunque con matices diferentes, véase por todos: ASCARELLI, «Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione», en *Rivista diritto processuale*, 1957, p. 359 y ss; ESPOSITO, en *Rivista Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 72 y ss; L. MONTESANO, «Norma costituzionali e l'individualizzazione delle norme» en *Rivista diritto processuale*, 1963, p. 20 y ss; C. LAVAGNA, «Sulla illegittimità dell'art.2 del t.u.leggi di P.S. come testo legislativo», en *Rivista Giurisprudenza*, 1961, p. 902; A.M. SANDULLI, *Atto legislativo statuzione*, 1961, p. 1 y ss; DE FINA, «il controllo sulla legislazione», en *Rivista diritto processuale*, 1961, p. 48 y ss; PIERANDREI, «La Corte Costituzionale e l'attività kkk“maieutica”» en *Giurisprudenza italiana*, 1961, IV, p. 181 y ss; BARTHOLINI, «Di un caso di rilevanza dinanzi allá Corte Costituzionale dell'esecuzione della disposizione impugnata», en *Spunti di diritto costituzionale*, Padua, 1963, p. 31.

66 Este tipo de «peligrosidad» de la disposición que ordena la ejecución de un tratado puede ser similar a la resultante de una redacción defectuosa (sobre el cual véase: C. LAVAGNA, loc. ult. cit.; BARTHOLINI, loc. ult. cit.: L. MONTESANO, *Norma e formula, op. cit.*, p. 530; *Idem*, «I provvedimenti prefettizi d'urgenza e il giudizio costituzionale sui “testi legislative ambigui”», en *Foro italiano*, 1961, I, p. 1288 y ss.; GROTTANELLI DE SANTI, «Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte Costituzionale», en *Archivio Giurisprudenziale «F. Serafini»*, 1962, p. 85); en sentido contrario la opinión según el cual la Corte debía «eliminar» un texto «equivocado» véase PIERANDRE, *op. ult. cit.*, p. 185.

67 La expresión es del F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, ed. prov., Milán, 1965, p. 36.

68 A esta conclusión, pero por una vía distinta, llega SPADARI (*Il capo dello Stato*, Roma 1962, p. 145 y ss., nota 6) quien —sin distinguir entre las normas del acuerdo internacional y las de adaptación— deduce, de la circunstancia de que un tratado no puede ser modificado unilateralmente por un Estado, la consecuencia de que la declaración de ilegitimidad constitucional de la orden de aplicación (por defecto sustantivo relativo a una norma de adaptación) comporta la «caída de la obligatoriedad de todas las normas del acuerdo internacional».

69 En tal sentido véase para todos: V. CRISAFULLI, *Questioni, op. cit.*, p. 947 y ss.; M. S., GIANINI, *Alcuni caratteri, op. cit.*, p. 902 y ss.; M. CAPPELLETI, «Sentenze condizionali della Corte Costituzionale», en *Rivista diritto procedurale*, 1957, p. 99 y ss; MAZZIOTTI, «Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, p. 1121; MAFFEZZONI, «Motivi e limiti di efficacia dell'abolizione del “solve et repete”», en *Rivista diritto procedurale*, 1961, p. 650; F. MODUGNO, *op. cit.* 1965, p. 37. Esta conclusión

en la medida en que sea vehículo de normas inconstitucionales⁷⁰. La «disposición» sometida al Tribunal sería, incluso en esta hipótesis, la relativa a la orden de aplicación, a la que se podría añadir, para la individualización de las normas cuya inconstitucionalidad se alega, la indicación de la cláusula del convenio; a este último se le atribuiría así, no el valor del texto normativo, sino una significación exclusivamente «emblemática»⁷¹.

El efecto de una decisión estimatoria en tal caso sería eliminar únicamente las normas que se deducen de la orden de aplicación, «en la medida» en que se relaciona con la cláusula en cuestión y, por tanto, no afectaría a todos los preceptos que se deducen de la combinación de ese acto interno con las demás cláusulas del tratado.

Profundizando en esta esquemática conclusión, cabe considerar la posibilidad de que de la conexión interpretativa entre el título ejecutivo y la cláusula pactada se deduzcan normas constitucionalmente conformes y constitucionalmente no conformes; de este modo, el problema se plantea de nuevo en el plano de las disposiciones «internas»⁷²: La posibilidad de que de tal combinación puedan derivarse resultados interpretativos diferentes y prácticamente contradictorios plantea la cuestión de si el Tribunal puede, según las circunstancias, no sólo eliminar sin más determinadas interpretaciones, sino también «salir al paso» (desde el punto de

es criticada por G. LASERRA («La Corte Costituzionale e l'interpretazione della legge», en *Giurisprudenza italiana*, 1961, IV, p. 191), el cual sostiene que «la norma, por su propia naturaleza, no sería susceptible de ser sometida formalmente a tal revisión, porque la norma es siempre nueva, una para cada acto real de interpretación, y no existe, y, por tanto, no puede ser juzgada, hasta después de tal acto». Este autor, sin embargo, admitiendo decisiones de ilegitimidad constitucional que tengan por objeto una determinada «interpretación» (*La Corte*, *op. cit.*, p. 193) y considerando, como resultado de la interpretación, «la norma» (cfr. G. LA SERRA, *L'interpretazione*, *op. cit.* p. 36 y ss.) parece caer en contradicción, ya que la interpretación afectada por la sentencia del Tribunal no debe entenderse como una actividad, sino como un resultado interpretativo (es decir: como una norma). Pues la distinción entre «normas» (expresadas por «disposiciones») e «interpretaciones» (sin base textual, aunque arbitrariamente vinculadas a fórmulas normativas), véase, de todos modos, PACE, «Identità o differenza tra la questione di costituzionalità della norma e la questione di costituzionalità della interpretazione», en *Rivista Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, p. 1652 y 1653, nota 15.

70 Véase: C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 149 s y 152 s., que subraya la necesidad de limitar la eficacia del pronunciamiento de inconstitucionalidad a las normas de adaptación a la cláusula sustancialmente viciada.

71 La incisiva expresión es de M.S., GIANNINI, *Alcuni caratteri*, *op. cit.*, p. 907.

72 Ver para todos: ASCARELLI, *op. cit.*, p. 356.

vista del ordenamiento jurídico interno) de la cláusula del pacto, impidiendo así que el intérprete la utilice, incluso con el fin de concebir normas de incorporación diferentes.

Dado que tal cláusula no constituye una «disposición» interna, el Tribunal tendría que, en el caso de una intervención más incisiva, o bien anular la única «disposición» existente (la orden de aplicación) —implicando así también las normas deducibles de los demás artículos del tratado—, o bien eliminar un conjunto expreso de normas derivables de tal cláusula. En esta última hipótesis, el intérprete debería en principio poder remitirse a la misma fórmula para enunciar varias cláusulas de incorporación (que, sin embargo, podrían a su vez ser anuladas posteriormente por el Tribunal si se le sometiera la cuestión).

A la luz de lo que se ha dicho hasta ahora, puede verse cómo incluso la concepción de que el objeto del control del Tribunal son las «normas», que no excluye la eliminación de las «disposiciones»⁷³, no puede aplicarse a este asunto de una manera que corresponda plenamente a aquella en que se utiliza en la hipótesis de un juicio constitucional relativo a las «disposiciones» internas normales. En efecto, al no poder anular la cláusula pactada (que no es una disposición) el Tribunal, según este planteamiento, sólo puede enumerar las normas inconstitucionales, agotando, sin embargo —en teoría— la posibilidad de ulteriores usos de la fórmula convencional por el intérprete interno.

Considerando entonces la cuestión en la «dinámica» del sistema, cabe añadir que, aun cuando el Tribunal enumerara todas las interpretaciones posibles, la variabilidad de significados asumidos por el texto a lo largo del tiempo (más o menos reducida según prevalezca en el tratado el elemento contractual o el normativo) podría hacer que la fórmula fuera portadora de nuevas normas, de las que el tribunal interno se vería obligado a deducir preceptos distintos de los contemplados por la sentencia que la sustenta.

Sobre la base de estas observaciones, parece que, en la práctica, pueden surgir dificultades para identificar las normas anuladas por el Tribunal. Al no existir la posibilidad (salvo la hipótesis de que la sentencia afecte a la disposición relativa a la orden de aplicación) de eliminar la base textual, la determinación del alcance de la sentencia estimatoria adquiere una importancia extrema.

73 En este sentido explícitamente, F. MODUGNO, *L'invalidità, op. cit.* p. 37, y *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Nápoles, 1966, p. 126.

A este respecto, puede esbozarse una casuística esquemática, considerando la forma en que puede resultar la decisión:

a) en el caso de que el Tribunal se limite a estimar el recurso o la cuestión, sin mayores indicaciones sobre el contenido preceptivo, la norma eliminada será la invocada por el órgano jurisdiccional *a quo*⁷⁴;

b) si, por el contrario, el tribunal precisa a qué «significados» afecta el pronunciamiento, debe considerarse que el alcance de su eficacia se limita a las «normas» enumeradas de forma taxativa.

5.2. Si se entiende como norma instrumental

El establecimiento de un juicio de constitucionalidad relativo las reglas de incorporación de un tratado nos parecen difícilmente configurable si la orden de apli-

74 Esta proposición requiere una aclaración: En nuestra opinión, el Tribunal no está necesariamente vinculado por la interpretación del juez *a quo* (como considera en su lugar CONSO y FAZZALARI, «Appunti per una discussione sui problema attuali della Cassazione», en *Rivista diritto procedurale*, 1966, p. 78); no obstante, en el supuesto de que, al considerar que la ilegalidad del precepto de adaptación se deduce de la vinculación entre la orden de aplicación y la cláusula del pacto, no indique las consecuencias interpretativas contempladas, ya que —por las razones expuestas en el texto— no puede contemplarse una anulación de la disposición internacional, debe considerarse que la interpretación ilegal es la realizada por el tribunal *a quo*. Esto no excluye (como se muestra en el punto b) la posibilidad de una especificación expresa por parte del tribunal de las normas afectadas por la sentencia. Sobre tal aspecto del problema la doctrina ha adoptado diversas posturas: Algunos consideran que el tribunal, al estar obligado a resolver la duda del tribunal *a quo*, debe interpretar históricamente la disposición sometida a su conocimiento, identificando su significado concreto (ASCARELLI, *op. cit.* p. 361 y ss.; CARNELUTTI, *Poteri, op. cit.* p. 350); otros observan que, aunque valiendo por eso el principio *iura novit curia* la interpretación del recurrente no es vinculante (CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel procedurale civile*, Milán, 1957, p. 31 y ss. en nota; en sentido correspondiente, pero sobre la base de diferentes argumentación, véase también: G. VASSALLI, «La vicenda dell'istruzione sommaria dinanzi allá Corte costituzionale», en *Rivista Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, p. 1093 y ss., p. 1104 y ss.; LIEBMAN, «Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale», en *Rivista diritto procedurale*, 1966, p. 573; F. MODUGNO, *Riflessioni, op. cit.*, p. 96 y ss., especialmente p. 110 y 117); otros admiten explícitamente que la sentencia estimatoria puede referirse a meras interpretaciones posibles (C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Milán, 1957, en la nota 48, punto d) otros, por último, aun postulando la libertad de interpretación de la Corte, consideran que no puede prescindir de la interpretación del juez «a quo» (V. CRISAFULLI, *Questioni, op. cit.*, p. 944 y ss.; M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri, op. cit.*, p. 923 y ss.).

cación se construye como norma instrumental. Una razón de teoría general, el derecho positivo, parece oponerse al sometimiento de la regla de producción a la Corte.

Por lo que se refiere al primer aspecto, observamos que la distinción entre los dos preceptos (instrumental y material) parece excluir la posibilidad de someter el segundo al Tribunal por ilicitud del primero.

En línea con la solución de un problema similar que se plantea al configurar las normas de Derecho internacional privado como normas de producción⁷⁵, puede considerarse que el precepto instrumental funciona dentro de los límites del «filtro» constituido por la Constitución, que impediría la producción dentro de normas de incorporaciones inconstitucionales⁷⁶.

Como se verá más adelante para tal argumento, cuando el «filtro» está constituido por preceptos constitucionales, la cuestión debe plantearse siempre en términos de legitimidad-ilegitimidad constitucional, haciendo derivar la ineficacia de las normas inconstitucionales únicamente del pronunciamiento del Tribunal⁷⁷.

Dado que el Tribunal, sobre la base del derecho positivo, no es competente para juzgar el derecho no escrito y, además, planteado por fuentes-acto (según la utilización más coherente del esquema de la norma sobre producción, que asume como hechos los actos normativos de ordenamientos externos)⁷⁸, el problema debe plantearse de otro modo: Si —aceptando una determinada construcción⁷⁹— se considera configurable un control de constitucionalidad que tenga por objeto la norma

75 Cfr. A. LA PERGOLA, *Adattamento automatico e norma internazionali in conflitto con la Costituzione*, en *Rivista Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 1503.

76 A. LA PERGOLA, *Costituzione*, *op. cit.*, p. 430 y ss. admite en abstracto la configurabilidad de tal construcción, al tiempo que subraya la circunstancia de que la concepción según la cual la orden de aplicación sería susceptible de insertar normas inconstitucionales (por tanto, declarables así por la Corte) es más acorde con las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico (véase también A. LA PERGOLA, *Adattamento*, *op. cit.* p. 1501). Sobre un problema similar cfr. C. LAVAGNA, *Problemi* *op. cit.* p. 29, nota 67, el cual, si bien considera que la referencia que hace el artículo 10, apartado 1 de la Constitución a las «normas de Derecho internacional generalmente reconocidas» queda excluida cuando entran en conflicto con la Constitución, sostiene que el problema debería reservarse al Tribunal Constitucional.

77 Véase *infra*, párrafo 8. Cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione*, *op. cit.*, p. 433; ZANNINI, *op. cit.*, p. 267 nota 42.

78 Así: A. LA PERGOLA, *op. ult. cit.*, p. 78: el problema podría ser superado sólo al considerar (con C. MORTATI, *Istituzione*, *op. cit.*, vol. II, p. 1046 y ss.) que el tribunal es competente para pronunciarse sobre normas planteadas por «hechos» en sentido estricto.

79 Expuesto por G. MORELLI, «Controllo di costituzionalità di norma straniera», en *Scritti in onore di T. Perassi*, vol. II, Milán, 1957, p. 180 y ss.

sobre producción, por ilegitimidad constitucional de las normas planteadas por el «hecho» que ella contempla, debe concluirse a favor de su control por la Corte. La sentencia estimatoria, al anular dicho precepto, dejaría sin efecto todas las normas de las que era título y, por tanto, impediría al juez interno aplicar también los preceptos de incorporación relativos a las cláusulas no viciadas.

6. LA DECISIÓN SOBRE LA LEY QUE AUTORIZA LA RATIFICACIÓN

Se puede llegar a otras conclusiones por dos vías distintas.

Por un lado, una interpretación minoritaria del art. 27.1 de la ley núm. 87/1953 puede introducir, de hecho, una cuestión problemática que se plantea —en nuestra opinión— si se acepta la construcción de Quadri.

Según este autor, cuya opinión parece razonable compartir⁸⁰, la referencia del art. 10 párrafo primero de la Constitución a la regla *pacta sunt servanda* implica

80 R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, op. cit. p. 60; *Idem*, «Controllo sulla legittimità costituzionale delle norme straniere», en *Rivista Diritto Internazionale*, 1959, p. 32, nota 3; IDEAM, *Recensione all'opera di Dahm «Völkerrecht»*, ibid., p. 400 y ss; *Idem*, *Corso*, op. cit., p. 91 y ss.; en sentido sustancialmente correspondiente véase también: DURRANTE, «La consuetudine internazionale come fonte di norme interne», en *Archivio Ricerche atti legislativi*, Milán, 1953, p. 112; CANSACHI, «Impegni internazionali ed autonomia regionale», en *Giurisprudenza italiana*, I, 1960, p. 1077 (que acepta tal posición dubitativamente, orientándose para favorecer la tesis de BISCOTTINI); SALLVIOLI, «Qualche riflessione sulla legge e il trattato», en *Zeit aus.Öff. Recht* u., 1958, vol. 19, p. 386 y ss. La doctrina prevalente italiana desatiende esta construcción, véase para todos: BALLADORE PLIARI, *Diritto costituzionale*, VIII, ed., Milán, 1965, p. 463 y ss; SPERDUTI, *Lezioni di diritto internazionali*, Milán, 1948, p. 46; BASCHIERI BIANCHI D'ESPINOSA, GIANNATTASIO, *Costituzione italiana*, Florencia, 1949, p. 39; ZANINI, op. cit., p. 254 y ss; G. BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, op. cit., p. 120; G.MIELE, *Costituzione*, op. cit., p. 22 y ss; A. LA PERGOLA, *Costituzione*, op. cit., p. 303 y ss; P. BARILE, *Rapporti*, op. cit., p. 15 y ss. Consideran que la regla *pacta sunt servanda*, contemplada por el mecanismo de incorporación automática al Derecho internacional general (art. 10, apdo. 1 Const.), tiene por efecto obligar a los órganos internos a ejecutar los tratados internacionales: BISCOTTINI (*L'adeguamento*, op. cit., p. 221) y C. MORTATI (*Istituzioni*, op. cit., II, p. 1144); en sentido correspondiente cfr., por último, BARILE P., *Rapporti*, op. cit., p. 16. Un argumento difícilmente contestable en la tesis de R. QUADRI, es que es que la utilización a la vez de la ley que autoriza la ratificación (ordinaria en virtud del art. 80 Const., de revisión constitucional en virtud del art. 138 Const.) y de la orden de aplicación constituye una duplicación innecesaria; a esta observación se suele oponer el argumento de que existe una diferencia conceptual entre uno y otro acto, siendo la finalidad del primero

también la consecuencia de que no es necesario ordenar la aplicación de los tratados internacionales caso por caso, siendo suficiente la intervención del Parlamento al autorizar la ratificación. Partiendo de esta premisa, en consecuencia, la ley que autoriza la ratificación puede someterse a la Corte por inconstitucionalidad de determinadas normas de incorporación del tratado al que se refiere⁸¹.

El eventual pronunciamiento supondría una variación en el contenido de este acto, y podría constituir quizás la manifestación de voluntad de los órganos internos

formular la voluntad del Estado en el plano internacional, y la del segundo atribuir relevancia al acuerdo (cfr. A. MALINTOPPI, «La revisione delle convenzioni in materia di trasporto», en *Scritti Perassi*, vol.II,1957, p. 95, nota 58; MONACO, «Osservazioni sulla costituzionalità degli accordi internazionali», en *Raccolta di scritti sulla Costituzione per il decennale*, vol.II, Milán, 1958, p. 179). A tales afirmaciones, que tienden a diferenciar ambos actos, se contraponen una serie de «salvedades» de las que se deduce la fungibilidad de ambos actos: a) se afirma que, en el caso de la ejecución del tratado mediante un simple decreto presidencial, «puesto que el Parlamento ya ha manifestado explícitamente su voluntad de aplicar el tratado mediante la medida de autorización» (SOCINI, *op. cit.* p. 113 y ss.); b) que, en el caso de un tratado cuya ejecución sea contraria a la Constitución, cuando la ratificación haya sido autorizada por una ley de revisión constitucional, podrá ordenarse la ejecución por ley ordinaria (A. LA PERGOLA, *Costituzione, op. cit.*, p. 422, nota 55; c) que puede plantearse una objeción de constitucionalidad tanto contra la ley que autoriza la ratificación como contra la orden de aplicación (así explícitamente: F. PIERANDREI, «Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento internazionale», en *Giurisprudenza italiana*, 1949, II, p. 286); que una ratificación irregular puede subsanarse mediante una orden de ratificación regulada (sobre este punto, menos probatorio por lo que respecta al Derecho interno, véase C. FABOZZI, *op. cit.*, p. 78; A. LA PERGOLA, *op. ult. cit.*, p. 421, nota 55). Estas «entregas» patentes van acompañadas de la práctica de combinar la autorización para ratificar y la orden de aplicación (sobre la que véase: MONACO, «I trattati internazionali e la nuova Costituzione», en *Rassegna diritto pubblico* 1949, I, p. 216; A. MALINTOPPI, *loc. ult. cit.*; G. MORELLI, *Nozioni, op. cit.*, p. 93 y ss.: A. LA PERGOLA, *Costituzione, op. cit.*, p. 435) que confirma la superficialidad de uno de dos momentos (cfr. R. QUADRI, *Corso, op. cit.*, p. 91 y 94).

81 R. QUADRI (*loc. cit. supra*, nota 63), considera, en efecto, que las normas de incorporación de los tratados internacionales —introducidas automáticamente en virtud del apartado 1 del artículo 10 de la Constitución— tienen un carácter «supremo», y que, por lo tanto, esta afirmación, en nuestra opinión, puede ser contradicha sobre la base de la observación de que los diferentes procedimientos que pueden utilizarse para concurrir a la formación de un tratado internacional (simple ratificación; ratificación, tras una ley ordinaria; ratificación, tras una ley de revisión constitucional) corresponden a una potestad jurídica diferente: del mismo modo que, por lo tanto, una ratificación irregular en el sentido del art. 80 Const. debe considerarse viciada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico italiano, también una ley ordinaria que autorice la ratificación de un tratado contrario a la Constitución debe considerarse constitucionalmente ilegítima.

destinada a calificar la situación efectiva del ordenamiento estatal en el momento dado en que se reenvía al ordenamiento internacional, según la tesis doctrinal que restringe en mayor medida la relevancia internacional de las disposiciones constitucionales sobre el *treaty-making-power*⁸². El pronunciamiento de la Corte, en este caso, también podría tener efectos en el ordenamiento jurídico internacional, ya que conllevaría la nulidad de la ratificación con la que Italia concurrió al acuerdo.

Como mencionamos al principio de este apartado, tal eventualidad puede darse —independientemente de la adhesión al parecer de Quadri— en el caso de una interpretación autorizada del artículo 27.1 de la ley núm. 87/1953. Según esta disposición, el Tribunal, al estimar una cuestión o un recurso, no debe limitarse a declarar la ilegalidad de las disposiciones impugnadas, sino que también debe declarar cuáles son las demás disposiciones «cuya ilegalidad se deriva como consecuencia de la decisión adoptada». Así pues, si se somete al Tribunal el artículo que ordena la

82 Como es bien sabido, el problema de la relevancia internacional de las disposiciones constitucionales sobre la base del *treaty-making-power* es muy controvertido en doctrina: autores menos recientes, sin embargo, aunque partiendo de supuestos diferentes, llegaron a un punto de encuentro, al afirmar que, o de *iure proprio* (así es: H. WHEATON, *Elements of international law* (texto de 1866 con notas), Oxford-Londres, 1936, p. 282; H. TAYLOR, *A treatise on international public law*, Chicago, 1901, p. 386; DONATI, *op. cit.*, p. 92; S. ROMANO, *L'ordinamento op. cit.*, p. 159; FAIRMAN, «Competence to bind the State to an international engagement», en *American Journal*, 1936, p. 443) o por el renvío operado de derecho internacional (así: H. TRIEPEL: «Les rapports entre le droit interne et le droit international», en *Corsi Aja*, 1923, I, p. 95; D. ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. 224 y 236 ss.; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, parte I, Padua, 1961, p. 105 y ss.) la relación de un individuo con un estado se regía por normas organizativas internas. Sin embargo, hace relativamente poco tiempo, la doctrina, en un intento de dar cuenta de una práctica internacional que es en parte irreductible a esta conceptualización, ha elaborado nociones menos rígidas; es decir, se ha afirmado que, a efectos del Derecho internacional, no es tanto el «Derecho interno» *tout-court*, sino la «constitución viva» lo que es relevante para la designación del órgano competente para obligar internacionalmente al Estado y la determinación de su competencia (R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, *op. cit.*, p. 112) o la «organización *de facto*» (resultante de la actitud de quiescencia de los órganos que posiblemente, según las disposiciones constitucionales, deberían haber participado en la formación de la voluntad del Estado; así G. MORELLI, *Nozioni*, *op. cit.* p. 187 y 199). Las observaciones que presentamos en el texto presuponen la discrepancia con la opinión que sostiene que los estatutos constitucionales que regulan la estipulación son pertinentes para determinar el órgano competente para vincular al Estado en el plano internacional, y no para delimitar su competencia (véase la tesis que rechaza esto: D. ANZILOTTI, «Volontà e responsabilità nella stipulazione dei trattati internazionali», en *Rivista diritto internazionale*, 1910, p. 32 y ss; U. BRESCHI, *La volontà dello Stato nell'ordine giuridico internazionale*, 1914, p. 432 y ss., p. 443 y ss.; contra cfr. G. MORELLI, *Nozioni*, *op. cit.*, p. 198 y ss.).

aplicación de un tratado, puede considerarse que este puede (incluso, tal vez, debe) declarar la ilegalidad de la norma que autoriza la ratificación⁸³, con las repercusiones internacionales antes destacadas⁸⁴.

Cuando el objeto (exclusivo o no) de la sentencia de estimación es la ley que autoriza la ratificación⁸⁵, debido a la inconstitucionalidad sustancial de determinadas normas de incorporación del convenio a que se refiere, parece que, por las implicaciones internacionalistas mencionadas, no puede configurarse la posibilidad de anulación limitada a determinadas normas⁸⁶ (posibilidad que surge —como hemos

83 Lo que hipotéticamente escribimos en el texto solo puede sostenerse afirmando que el artículo 27.1 de la Ley 87/1953 extiende la competencia del Tribunal no sólo a las normas cuya ilegitimidad pueda ser consecuencia de la anulación de las invocadas por el juez *a quo*, sino también a las presupuestas (para obtener apuntes en tal sentido véase ESPOSITO, «Inammissibilità e preclusioni nei giudizi in via di azione contro gli atti confermativi», en la *Rivista Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 25, nota 2).

84 De hecho, la hipótesis de anulación *ex art. 27* apartado primero de la Ley 87/1953 de la disposición de autorización de la ratificación puede verificarse con mejor facilidad en el caso que (según una práctica casi constante) la autorización de la ratificación y la orden de aplicación sean contenidas en el mismo acto reglamentario (cfr. F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale*, en *Enciclopedia diritto*, vol. X, Milán, 1962, p. 967).

85 La posibilidad de que se plantee al Tribunal la cuestión de constitucionalidad en relación con la ley que autoriza la ratificación se argumenta a menudo en la doctrina; véase para todos, F. PIERANDREI, *Sui rapporti*, *op. cit.*, p. 286; MONACO, *Osservazioni*, *op. cit.*, p. 182. El MARMO (*Alcuni rilievi sugli effetti della nuova Costituzione italiana sui trattati internazionali e sulla non estra-dabilità per reati politici*, en *Foro* pad. 1949, IV, p. 215) considera que la revisión, en tal caso, debe limitarse a los defectos formales; se hace la observación correspondiente es hecha por KAUFMANN (*Normekontrollverfahren*, *op. cit.*, p. 453) por el «Zustimmungsgesetz» (c. d. «*Vertragsgesetz*») que, según la opinión dominante, cumple la doble finalidad de autorizar la ratificación y ordenar la ejecución (cfr. DAHM, *Völkerrecht*, I, Stuttgart, 1958, p. 65 y ss.; para la jurisprudencia de *Bundesverfassungsgericht* v.: LEIBHOLZ y RINCK, *Grundgesetz*, Köln-Marienburg, 1966, p. 366), mientras para KAUFMANN («*Traité international et loi interne*», en *Rivista Diritto internazionale*, 1958, p. 375) sólo sirve para contribuir a la formación del tratado en el plano internacional. A la luz de estas observaciones, quizá pueda considerarse que, en caso de discrepancia entre las normas de adaptación y la Constitución, la ley ordinaria que autoriza la ratificación adolece de un vicio formal, siendo necesario en tal caso recurrir al procedimiento agravado del art. 138; sí volvemos así a H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la constitution», en *Revue droit public*, 1928, p. 197 y ss., quien, sin embargo, niega con ello la distinción entre defectos formales y sustantivos de la ley; véanse, en cambio, las opiniones de la doctrina con indicaciones exhaustivas: CERRI, «Sindabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti delle legge e degli atti aventi forza di legge», en *Rivista Trimestrale diritto pubblico* 1965, p. 421 y ss., nota 2.

86 En este sentido: MONACO, *Osservazioni*, *op. cit.*, p. 181 y ss.; contra: A. LA PERGOLA, *Costituzione*, *op. cit.*, p. 436 y ss., y p. 439, que distingue entre la anulación total o parcial de la ley

visto— de la adhesión a la opinión según la cual el objeto del control de constitucionalidad son las normas y no las disposiciones).

En este caso, dado que una parte de la ratificación del Presidente de la República carece de título jurídico (según el derecho internacional, que reenvía a la organización efectiva)⁸⁷, y dado que una ratificación que contenga variaciones al texto elaborado por los plenipotenciarios no contribuye a la formación del acuerdo (siendo equivalente a una «negativa de ratificación»⁸⁸), el pronunciamiento de la Corte Constitucional tendría la función de constatar la inexistencia de la obligación internacional del Estado (y, en consecuencia, la no producción de las normas de incorporación).

La relevancia práctica de este —a nuestro juicio— correcto desarrollo de las opiniones doctrinales más extendidas parece, sin embargo, minoritaria, si se tiene en cuenta la actitud no unívoca de la práctica diplomática y las orientaciones surgidas en las conferencias internacionales. En efecto, sobre la base de la práctica, aun cuando la conclusión que prevemos parece admisible, también son concebibles otras soluciones. Es posible afirmar, o bien que internacionalmente sólo son pertinentes las normas constitucionales sobre la autorización y no las normas materiales de las que pueden deducirse los límites al *treaty-making-power*, o bien que incluso la violación de las normas sobre la aprobación no entraña necesariamente la invalidez del tratado en el plano internacional⁸⁹.

7. CRÍTICA DE UN ENFOQUE QUE TIENDE A DISOCIAR LOS EFECTOS INTERNOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN (DIRECTA O INDIRECTAMENTE) LA AUTORIZACIÓN

Los autores que —examinando el problema de la violación de las normas constitucionales que regulan directa o indirectamente el *treaty-making-power*— han teni-

que autoriza la ratificación, según que el tratado al que se refiera sea total o parcialmente contrario a la Constitución.

87 Hay que adherirse a la posición de G. MORELLI y, a fortiori, a la que subordina la validez de la celebración de tratados internacionales a la regularidad constitucional.

88 Así, textualmente, D. ANZILOTTI (*Corso, op. cit.*, p. 315) y G. MORELLI, *Nozioni, op. cit.*, p. 305.

89 Para una revisión bien documentada de la praxis internacional, reenviamos a la monografía de L. FERRARI BRAVO, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati internazionali*, Nápoles, 1964, p. 227 y ss.

do en cuenta la posible pluralidad de soluciones a la luz de la práctica internacional, han sentido la necesidad de disociar la situación jurídica interna de la internacional. Dejando a un lado la solución del problema que se plantea en el plano internacional, han llegado a la conclusión de que, al menos para el ordenamiento jurídico interno, a efectos de la producción de las normas de incorporación, son relevantes los límites constitucionales al poder de celebración⁹⁰. Siguiendo esta vía, algunos han sostenido que las cláusulas de un tratado incompatibles con la Constitución, cuya ratificación ha sido autorizada por la ley ordinaria, «carecen de valor para el ordenamiento jurídico interno»⁹¹.

Los partidarios de esta opinión, si la hemos entendido correctamente, consideran, en definitiva, que, en tal caso, las normas de incorporación relativas a los preceptos inconstitucionales del tratado no se producen internamente. Los resultados a los que se llegaría adoptando esta solución (a decir verdad, más esbozada que perfilada con claridad) parecen corresponder en parte, a los que se alcanzan si se considera que la Constitución, funcionando como filtro, condiciona en el interior del país la producción de normas de incorporación de los tratados, cuya aplicación ha sido ordenada mediante ley ordinaria.

Esta reconstrucción pone de manifiesto sus deficiencias al intentar comprender su alcance en el plano procesal. Si consideramos que la norma de transposición a un acuerdo convencional no se produce internamente, se concluye que es inexistente y, por tanto, queda fuera del control de la Corte Constitucional. No obstante, esta inexistencia sería precisamente la consecuencia de una comparación entre la posible regla de incorporación y la Constitución, comparación que, de ser realizada por cada juez, daría lugar a una revisión difusa, en contraste con la centralización establecida en nuestro sistema.

En definitiva, el problema debe reconducirse a su curso natural y, por tanto, situarse en términos de legitimidad constitucional⁹². De este modo, debe concluirse, no que determinadas normas deban ser inaplicadas⁹³, sino que el vicio relativo a las

90 Así L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 195, nota 125; A. BERNARDINI, «Pretesi spostamenti delle competenze costituzionali di organi italiani in ordine all'adattamento al diritto internazionale», en *Rivista diritto internazionale*, 1965, p. 431, nota 8; cfr. también con referencia a la experiencia constitucional belga, KAUFMANN, *Traité international, op. cit.*, p. 376 y ss.

91 FERRARI BRAVO, *loc. ult. cit.*; véase también COLONNA, «Sulla efficacia della legge di ratifica dei trattati» en *Democrazie e diritto*, 1964, p. 485, par. 1.

92 Los autores citados anteriormente hacen consideraciones similares, nota 76.

93 Sobre los límites de la posibilidad de inaplicación de las leyes por el juez véase: A.M. SANDULLI, «Legge (diritto costituzionale)», en *Nuoviss. dig.* vol. IX, Turín, 1963, p. 649.

mismas debe ser constatado por la Corte Constitucional, que puede pronunciarse, bien sobre la ley que autoriza la ratificación, bien sobre la orden de aplicación.

Desde un punto de vista lógico-dogmático, la diferencia entre las dos consideraciones se manifiesta claramente en el plano internacional. Mientras que, en efecto, la resolución estimatoria relativa a la orden de aplicación podría ser causa (mediata o inmediata)⁹⁴ de ilícito internacional, la resolución sobre la ley que autoriza la ratificación, al ser un reconocimiento de la ausencia de obligación de Italia, no debería constituir una violación de esta obligación.

Sin embargo, sobre esta base lógico-dogmática (dejando así de lado, las observaciones, aunque interesantes, que podrían hacerse desde la práctica), esta conclusión puede ser parcialmente cuestionada. En efecto, si nos inspiramos en una opinión —generalmente rechazada⁹⁵—, que sostiene que la inconstitucionalidad (total o parcial) de la orden de aplicación se extiende implícitamente (es decir, independientemente, de un pronunciamiento especial de la Corte) a la disposición que autoriza la ratificación, es posible superar la fractura que, de otro modo, dividiría a los dos sistemas jurídicos respecto a la calificación jurídica de la actuación del Estado, en su doble exteriorización (celebración de un tratado en el sistema jurídico internacional y ejecución en el interno).

De este modo, la exigencia —en otro tiempo percibida así por la doctrina— de que no existe antinomia entre la voluntad del Estado, internacionalmente manifestada, y su actividad de producción normativa interna⁹⁶, quedaría también satisfecha

94 La segunda hipótesis se da cuando la norma internacional tiene por objeto una obligación de actividad normativa, la primera hipótesis se da cuando impone al Estado la realización de una actividad de otro tipo (administrativa o jurisdiccional) que, sin embargo, presupone una cierta producción normativa; sobre este punto véase por todos: PERABBI, *Lezioni*, I, *op. cit.*, p. 22; E. VITTA, *La responsabilità op. cit.*, p. 91 y ss, y p. 97; G. MORELLI, *Nozioni*, *op. cit.*, p. 87.

95 Nuestras hipotéticas consideraciones en el texto presuponen la adhesión a una reconstrucción de los efectos de las decisiones positivas que es lógicamente posible, aunque nunca —que sepamos— haya sido apoyada por la doctrina. La opinión de que el art. 27.1 de la Ley 57/1953 se aplica también a las normas presupuestas por las sometidas al control de la Corte (véase la nota 82 supra) de la Ley 87/1953 y que, por otra parte, la declaración prevista en el art. 27.1 de la Ley 87/1953 sólo tiene el sentido de una constatación meramente eventual de las resonancias sistémicas (independientes de tal declaración) de la anulación de la norma invocada por el órgano jurisdiccional remitente (así M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, *op. cit.*, p. 175 en nota).

96 Cfr. para todos: LIPARTITI, «L'adattamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale nelle carte costituzionali», en *Archivio Giurisprudenziale «F. Serafini»*, 1953, p. 75; SALVIOLI, *Qualche riflessione*, *op. cit.*, p. 386; KAUFMANN, *Traité international*, *op. cit.* p. 370.

desde la perspectiva opuesta. Se concluye que, si un Estado no puede, mediante un determinado procedimiento de creación del Derecho, provocar ciertas modificaciones de su ordenamiento interno, tampoco puede, con el mismo procedimiento, obligarse internacionalmente. En efecto, el ordenamiento jurídico interno, según la doctrina dominante⁹⁷, es competente para regular no sólo las modalidades de aplicación del tratado, sino también —ya sea por *iure proprio*, o por remisión al Derecho internacional (según las opiniones)— los límites del *treaty-making-power*.

Si se aceptaran estos resultados, la mencionada situación de deformidad en la valoración de los dos ordenamientos jurídicos, en relación con los aspectos conectados y mutuamente implicados de una conducta sustancialmente unitaria, podría configurarse únicamente en referencia a la hipótesis de que el Estado, con el fin de contribuir a la producción del acuerdo a nivel internacional, utilice un procedimiento diferente al empleado, ordenando su aplicación (es decir, autorizando la ratificación mediante una ley de revisión constitucional, y ordenando la aplicación mediante una ley ordinaria). En tal supuesto, podría considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de la orden de aplicación implicaría la comisión de un acto ilícito, de acuerdo con la norma convencional internacional que Italia había concurrido a formar mediante un procedimiento constitucionalmente correcto.

Resumen

El artículo discute los problemas relacionados con el control de constitucionalidad de las normas de adaptación de los tratados internacionales. El autor explora la idea de que la orden de aplicación, al aplicar tratados internacionales formulados en términos interestatales, genera ius non scriptum o derecho no escrito. Se analizan las complicaciones derivadas de la interpretación de los tratados internacionales que requieren una operación hermenéutica, para originar las normas internas correspondientes. Además, se examinan casos en los que la orden de aplicación puede no producir ninguna norma interna, limitando los efectos a nivel internacional. El artículo destaca la singular situación de la orden de aplicación como fuente de derecho no escrito, con implicaciones relevantes para la competencia de la Corte Constitucional.

Palabras clave

Orden de aplicación, tratados internacionales, control de constitucionalidad, ius non scriptum, normas de adaptación, derecho no escrito.

Abstract

The article addresses issues related to the constitutional control of adaptation norms derived from international treaties. The author explores the concept that the executive order, when

97 Véase, *supra* nota 81.

applying internationally formulated treaties, generates ius non scriptum or unwritten law. The complications arising from the interpretation of international treaties, requiring a hermeneutic operation to derive corresponding domestic norms, are examined. Furthermore, cases where the executive order may not produce any domestic norms, limiting effects to the international level, are analyzed. The article highlights the unique situation of the executive order as a source of unwritten law, with relevant implications for the competence of the Constitutional Court.

Keywords

Executive order, international treaties, constitutional control, ius non scriptum, adaptation norms, unwritten law.

Recibido: 2 de octubre de 2023.

Aceptado: 2 de octubre de 2023.

CUANDO EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS MIRA HACIA OTRO LADO¹

When the European Court of Human Rights looks the other way

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

*Profesora de Derecho Público en la Facultad de Derecho
de la Sorbona (Universidad París)*

Traducido del inglés por Miguel José Arjona Sánchez

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La ceguera del Tribunal.
3. La sentencia Alonso Saura en su contexto.
4. La denegación de justicia del Tribunal.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia *Alonso Saura* (de 8 de junio de 2023) es sin duda uno de los polémicos pasos en falso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante «el Tribunal de Estrasburgo» o «el Tribunal»), ya que evita cuidadosamente abordar las graves deficiencias del sistema español de selección de jueces. Una extraña renuncia, o más bien, una preocupante renuncia, por parte del Tribunal, en un caso emblemático sobre las disfunciones judiciales que existen a lo largo y ancho de los Pirineos.

Debemos señalar, que no deberíamos establecer, aún con disimulo, un doble rasero entre los Estados que componen el Consejo de Europa. Por un lado, los «buenos» Estados de Occidente (para los que esta distinción sería demasiado parca) y, por otro, los «poco frecuentes» Estados antiliberales del Este (cuya intransigencia estaría sistemáticamente al orden del día), cuando estuviesen en juego cuestiones relativas

¹ Una versión en inglés de este trabajo se publicó en el número 155 de Eu Law Live, Weekend Edition, septiembre 23, 2023.

a la administración de justicia. Más allá de que simplemente no es posible transigir, respecto al principio cardinal de la independencia judicial —para la que el proceso de nombramiento es fundamental² (2)—, esto mandaría una desafortunada señal a los europeos, que carecen de confianza en lo que «comes from elsewhere» (utilizando las palabras del famoso Carbonnier). ¿Cómo recuperar la confianza y el respeto en el Este, si el Tribunal Europeo le baila el agua al Oeste?

2. LA CEGUERA DEL TRIBUNAL

Hay sentencias del Tribunal de Estrasburgo que preferiríamos no leer o, mejor dicho, no ver. Tal es el caso de la sentencia dictada en el asunto *Alonso Saura* por la Sección 5ª ¿Cómo pudo el Tribunal de Estrasburgo pasar por alto una disfunción tan flagrante y, lo que es peor, ¿cómo pudo legitimarla?; ¿cómo pudo dejarse cegar por el mantra (demasiado conveniente) de la «4ª instancia»?; ¿cómo pudo correr un tupido velo sobre el bien documentado contexto español de fuerte politización de la justicia, y en particular del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)?; ¿cómo no tomarse en serio los argumentos del juez *ad hoc* Luis Jimena Quesada? Su opinión disidente es una sólida ilustración del hecho de que la independencia es definitivamente una cuestión de mentalidad.

He aquí a un español que, sin pestañear, se pronuncia contra el formalismo secante y la estrechez de miras de la mayoría, deplorando que su país se haya librado de una condena en debida forma; mejor aún, lamentando que la Sala no haya aprovechado la oportunidad de dictar una sentencia piloto para que España se pusiera entre la espada y la pared al verse obligada a revisar de arriba abajo su sistema judicial: «Tengo la sincera impresión de que el Tribunal ha perdido una oportunidad crucial de adoptar una solución piloto destinada a mejorar el sistema judicial español, y adecuarlo al artículo 6 § 1 del Convenio» (párrafo 3 *in fine* de su dictamen). Con este telón de fondo, sólo podemos decir a Luis Jimena Quesada: «*Chapeau bas*»³, Juez-Profesor. No hay ningún propósito oculto en su opinión; ningún deseo de perdonar al Estado, que no es otro que su Estado.

2 TEDH, 1 de diciembre de 2020, Gudmundur Astroasson c. Islandia; TEDH, Gde Ch., 15 de marzo de 2022, Grzeda c. Polonia; TEDH, 7 de mayo de 2021, Xero Flor w Polsce sp. Zo o c. Polonia; TEDH, 22 de julio de 2021, Reczkowicz c. Polonia.

3 Forma antigua y literaria de decir felicidades en francés.

3. LA SENTENCIA ALONSO SAURA EN SU CONTEXTO

Expongamos brevemente los hechos del caso, para que los lectores en Europa puedan apreciar la resignación de la mayoría y la clarividencia del disenso. La demandante es una magistrada nacida en 1952 que decidió, tras treinta y un años en la judicatura, veinte y seis y medio de ellos como juez decano (y muchos otros cargos, véase § 8 de la sentencia), participar en un concurso público para presentarse a la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia; compitiendo contra otros dos candidatos varones. Por otra parte, España es un Estado autonómico, compuesto por diecisiete comunidades autónomas, existiendo en cada una de ellas un Tribunal Superior de Justicia, que, en consecuencia, desempeñan un papel fundamental en la estructura judicial del país.

La convocatoria y elección de los candidatos corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que cumple un importante papel en el funcionamiento de la Justicia en España (en particular, en la gestión de la carrera profesional y en el ejercicio de la potestad disciplinaria). Sin embargo, esta institución ha estado en el centro de una gran polémica desde que la Ley Orgánica de 1985 (núm. 6/1985, de 1 de julio), aprobada por el Gobierno socialista de Felipe González, modificó la forma de nombramiento de sus veinte vocales (el veinte y uno es el Presidente del Tribunal Supremo). Desde entonces, son designados por las dos cámaras por mayoría de 3/5, mientras que antes lo eran por las propias autoridades judiciales. Podría pensarse que la exigencia de una mayoría cualificada garantizaría el consenso; sin embargo, el fuerte bipartidismo que caracteriza al Estado español (Partido Socialista Obrero Español frente a Partido Popular) ha dado lugar desde entonces a un tira y afloja político de consecuencias catastróficas para la legitimidad de la institución y, en definitiva, para el funcionamiento de los tribunales españoles⁴.

Desde entonces, reforma tras reforma, la institución ha sido objeto de modificaciones que no han hecho sino empeorar la situación. En particular, la reforma de 2013 (Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) atrajo las iras de la comunidad académica, coincidiendo unánimemente los autores en que la independencia del Poder Judicial estaba directamente en juego⁵.

4 R. Velázquez Álvarez, «La extravagancia internacional del Consejo General del Poder Judicial», en M. Revenga Sánchez (dir.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 295-312.

5 Entre una abundantísima bibliografía, véase M. L. Aguiar de Luque (ed.), *Independencia judicial y Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 249; Ruiz de Lara, *La reforma del poder judicial, ataque a la independencia judicial*, Fe de erratas, Madrid, 2014, p. 84; J. Pérez Minaya, «Crónica de una muerte anunciada. Breve autopsia del Consejo General del Poder Judicial», *La Ley*,

Una de las críticas más recurrentes se refiere a la discrecionalidad con la que el CGPJ selecciona a los vocales para los altos cargos judiciales. Como escribió el profesor Andrés Ibáñez en 2005: «la política de nombramientos se ejerce en un contexto de práctica ausencia de autorregulación, en el que impera una discrecionalidad incontrolada, abierta las más de las veces al juego de factores de oportunidad y a la discriminación por razón de filiación asociativa o puramente ideológica, es decir, política»⁶. Esta observación fue confirmada en 2020 por el profesor Miguel Ángel Cabellos Espiérrez: «de todos los órganos constitucionales, el CGPJ ha sido abiertamente el más disfuncional (...). Se le ha visto como un órgano que no solo tiene en cuenta (normalmente de forma muy *sui generis*) los méritos objetivos, sino también criterios de afinidad política o personal para cubrir estos puestos, y que utiliza su poder discrecional para nombrar sin la adecuada motivar o evaluar objetivamente a los candidatos en liza»⁷.

Sin embargo, esto es precisamente lo que puso de manifiesto el caso Alonso Saura y lo que la mayoría del Tribunal no quiso ver. En ningún momento de la sentencia se mencionan estos factores, fundamentales para entender la situación española, como si todo fuera perfecto e irreprochable en España. ¿Por qué? ¿Cuáles son las razones de este silencio culpable, cuando menos muy problemático, sobre todo si recordamos que el Tribunal —cuando lo desea— no duda en contextualizar en gran medida sus análisis (generalmente en la parte fáctica), que a veces pueden aparecer en el contexto de sus argumentos (en la parte jurídica)? El único elemento de contextualización es esgrimido por el voto particular discrepante de Luis Jimena Quesada, quien recuerda que los propios nombramientos del CGPJ están bloqueados desde 2018 (por falta de acuerdo político entre el Gobierno de Pedro Sánchez y el Partido Popular), citando el Informe 2022 sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea y más concretamente el capítulo dedicado a España (§ 18 del voto particular discrepante).

In casu, en 2014 el CGPJ publicó la convocatoria (§ 22 de la sentencia), en la que descubrimos que los criterios objetivos (antigüedad en la judicatura y en las

año XXXIV, núm. 8126, 2013, pp. 3-6; M. Gerpe Landín, M-A Cabellos Espiérrez, «La Reforma permanente: el Consejo General del poder Judicial a la búsqueda de un modelo», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 13-44.

6 A. Ibáñez, «Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos», *Jueces para la democracia*, núm. 52, 2005, pp. 12-15.

7 M-A. Cabellos Espiérrez, «La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 118, 2020, p. 13-44, espec. p. 18.

funciones judiciales civiles y penales; antigüedad en órganos judiciales colegiados; la adopción de resoluciones judiciales de especial trascendencia jurídica y significativa calidad técnica adoptadas en el ejercicio de la función jurisdiccional), seguidos de un conjunto de criterios subjetivos (capacidad para dirigir, coordinar y gestionar los medios materiales y humanos relacionados con la función jurisdiccional y gubernativa, participación en los órganos de gobierno del Poder Judicial, en particular en los órganos de gobierno de los tribunales, conocimiento de la situación de los órganos judiciales en el ámbito territorial del puesto anunciado, y plan de actuación para el ejercicio de la función. Como méritos adicionales a los anteriores se tendrá en cuenta el ejercicio de profesiones jurídicas no judiciales o el desempeño de actividades de análoga importancia). En base a esta hoja de ruta, el CGPJ eligió a uno de los dos candidatos varones (Sr. M.P.H.).

La demandante decidió emprender una batalla legal para intentar remediar lo que consideraba una profunda injusticia. ¿Qué reveló el litigio subsiguiente? En general, hubo una flagrante y significativa falta de consenso entre los miembros del Tribunal Supremo, cuyas decisiones se adoptaron sistemáticamente con un gran número de votos en contra. Técnicamente, el exceso de discrecionalidad y, en última instancia, la sumisión del Tribunal Supremo, pero también la del Tribunal Constitucional (§ 19).

En sentencia de 10 de mayo de 2016, «el Pleno del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de la demandante, anuló la decisión adoptada por el Consejo y le ordenó que adoptara una nueva decisión, motivando más detalladamente los méritos de la persona a designar» (párrafo 13). Esta decisión fue adoptada con doce votos en contra. Dieciséis días después, el 26 de mayo de 2016, el CGPJ decidió por mayoría (cinco de sus miembros se opusieron a la solución, § 16) volver a nombrar al Sr. M.P.H, destacando tres tipos de argumentos (§ 14). En primer lugar, reiteró enérgicamente la importancia de su poder discrecional, al considerar que era el único órgano facultado para juzgar los méritos de los candidatos, sin que se permitiera ponderación alguna de méritos, y sin que institución tercera alguna pudiera invadir esta función constitucional (§ 15). ¡Un mensaje apenas velado al Tribunal Supremo, al que se había pedido que motivara su decisión! En segundo lugar, el CGPJ, aun reconociendo que la demandante estaba mejor cualificada que el candidato seleccionado (una vez tenidos en cuenta todos los criterios objetivos), consideró sin embargo que algunos de los criterios subjetivos inclinaban la balanza a favor del candidato varón.

En esta fase, la entrevista posterior se consideró más concluyente que la solicitud, al igual que su Plan de Acción para reorganizar el TSJ de Murcia. Es decir, unos

pocos criterios subjetivos pesaban más que todos los criterios objetivos. Llegados a este punto, cabe señalar de pasada, que el demandante seleccionado había sido Jefe del Departamento de Relaciones Internacionales del CGPJ durante tres años (§ 9 *in fine* de la sentencia) y que, al mismo tiempo, las calificaciones utilizadas para justificar su elección estaban llenas de juicios de valor inauditos y, en modo alguno, eran el resultado de una evaluación medida. Y estimó que la diferencia entre los dos candidatos restantes (el tercero había retirado su candidatura) era «indiscutible, manifestamente indiscutible, incluso abrumadora» a favor del Sr. MPH, mientras que «las propuestas del demandante [eran] calificadas de raras, genéricas y muy insignificantes» (apartado 15). Si aplicamos la teoría de las apariencias, tan querida por el Tribunal, y lo ponemos en contexto, no podemos dejar de sorprendernos por la apariencia de parcialidad por parte del órgano de selección, y el interés propio que le gusta cultivar (al contratar finalmente a uno de los suyos, el antiguo Jefe de Relaciones Internacionales del CGPJ, y denigrar al competidor con un currículum más sustancioso...). ¿Cómo no vincular este caso singular y los hechos que saca a la luz con la intransigente crítica doctrinal al uso errático de los criterios de selección⁸?

Esta segunda decisión del CGPJ fue recurrida por la demandante ante el Tribunal Supremo el 27 de junio de 2017. Éste, por una mayoría muy ajustada —diecisiete votos a favor y quince en contra—, la consideró debidamente motivada, no arbitraria, y desestimó las alegaciones de discriminación por razón de sexo, al considerar el demandante que debería haberse aplicado la legislación española sobre acción positiva. Llama la atención, que en ningún momento el Tribunal Europeo decidió presentar extractos, ni de la decisión mayoritaria, ni de las opiniones discrepantes; en ningún momento decidió poner de manifiesto las facturas internas del Tribunal Supremo (limitándose a mencionar, de pasada, su existencia (§ 17)). Y corrió un tupido velo sobre la exactitud y pertinencia de los contraargumentos presentados en el curso del proceso judicial interno, en particular, en la decisión final que puso fin al proceso en los tribunales ordinarios.

Tras esta batalla legal interna, la única esperanza de la demandante vino de Estrasburgo. Alegó ante el TEDH que el CGPJ «no debería haber llevado a cabo una nueva evaluación de los méritos de los candidatos, como hizo, sino que solo debería haber explicado por qué la evaluación del plan de acción del otro candidato era de hecho más importante que los otros criterios establecidos en la convocatoria, en la medida en que estos últimos habían sido anulados» (párrafo 28). Por tanto, la demandante se situaba en la perspectiva de la ejecución de una decisión judicial por

8 Véase, además, M-A. Cabellos Espiérrez, op. cit., p. 18.

parte de la institución encargada de la administración de justicia en España. En este contexto, alegó que se habían producido violaciones del artículo 6§1, del artículo 6§1 en relación con el artículo 14, y del artículo 1 del Protocolo núm. 12.

4. LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA DEL TRIBUNAL

Tras la invisibilización del contexto español de politización del CGPJ, el Tribunal procede a una segunda invisibilización, la de la discriminación estructural de la mujer en el sistema judicial español. ¿Cómo lo consigue? Mediante un juego de manos procesal: el uso discrecional de su potestad para seleccionar los fundamentos jurídicos invocados por los demandantes. Continúa diciendo: «Siendo el Tribunal dueño de la calificación que debe darse jurídicamente a los hechos del caso (TEDH, GC., 20 de marzo de 2018, *Radomilja y otros c. Croacia*), considera que las denuncias apreciadas únicamente en virtud del artículo 6§1 del Convenio» (párrafo 23). Esto, lejos de ser una economía procesal bien planteada, es más bien una clara denegación de justicia. En una frase, se sella el destino de la alegación de discriminación por razón de sexo: aquí radica la segunda invisibilización (a contrario, para un uso relevante de esta facultad discrecional, véase TEDH, 20 dic. 2022, *Moraru y Marin c. Rumanía*). El juez disidente Jimena Quesada demuestra que, tanto el artículo 14 combinado con el artículo 6§1 (párrafos 20-26 de su opinión), como el artículo 1 del Protocolo 12 (párrafos 27-30 de su opinión) eran de aplicación y deberían haber sido declarados infringidos.

Centrémonos aquí en la marginación del Protocolo 12. España es una de las pocas democracias occidentales que ratificó este importante instrumento el 13 de febrero de 2008 (junto con Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Portugal)⁹. Además, España cuenta con una ley interna destinada a combatir las desigualdades entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007, de 25 de febrero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Según la demandante, los tribunales nacionales deberían haberla tenido en cuenta y aplicado; no lo hicieron. Correspondía al Tribunal rectificar este estado de cosas, pero no lo hizo. Baste señalar, como sólo hizo el magistrado discrepante que, de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia, sólo uno estaba presidido por una mujer (párrafo 22 de su dictamen); baste mencionar que la propia

9 En cuanto a Francia, ni siquiera lo ha firmado. Contra todo pronóstico, mantiene su política de ostracismo normativo frente a este importante texto, que hace autónoma la no discriminación en el ámbito de los convenios europeos, al no condicionar su aplicabilidad a la de una disposición del Convenio o de un protocolo, como hace el artículo 14. Es fácil imaginar las razones de tal política: evitar la avalancha masiva de demandas contra Francia, que ello generaría.

Ministra de Justicia de España —Pilar Llop— deploró este estado de cosas: un aumento constante del número de mujeres en la judicatura, excepto en los altos cargos. Y abogó por la integración efectiva de la perspectiva de género en la aplicación de las políticas públicas y en el acceso a los puestos directivos del Poder Judicial¹⁰. Esto demuestra la ineficacia de la ley de 2007, porque sencillamente no se está aplicando (al menos, en el ámbito de la justicia). Existe, por tanto, un problema sistémico, del que las autoridades políticas son perfectamente conscientes, pero que el Tribunal, una vez más, no ha querido abordar.

Desde el punto de vista del artículo 6 § 1, la Sección 5ª del Tribunal se esforzó en exponer todos los principios que le permitían establecer una autolimitación imponente, en particular el hecho de que no era una «cuarta instancia jurisdiccional» y que solo podía impugnar las decisiones judiciales internas «arbitrarias o manifiestamente irrazonables» (párrafo 35). ¿Y cuando están marcadas por divisiones importantes? ¿No sería también una oportunidad para olvidar la deferencia? Sea como fuere, con el estrecho marco jurídico así establecido, todo estaba dispuesto para que se desarrollara una argumentación formal (por no decir superficial). El Tribunal se esforzó en realzar el valor del procedimiento, afirmando que la demandante había podido defender sus derechos ante los tribunales españoles presentando todos sus argumentos en apelación (párrafo 38) —lo menos que podía haber hecho en esta fase (!)— y que, al final, las decisiones dictadas estaban debida y razonablemente motivadas. Nada hay sobre el muy problemático contexto español de funcionamiento del CGPJ y las sucesivas reformas de su funcionamiento, que no han hecho absolutamente nada por mejorar las cosas; nada sobre el errático uso de criterios objetivos y subjetivos para evaluar a los candidatos; ninguna mención a la sentencia *Guðmundur Ástráðsson* (TEDH, GC., 1 de diciembre de 2020), que establece el proceso de nombramiento como un elemento principal del derecho a un juez nombrado por ley (artículo 6§1).

En otras palabras, el Tribunal se ha encerrado en un análisis micro, mientras que el caso le brindaba la oportunidad de iniciar un análisis global y sistémico del funcionamiento del Poder Judicial en España y de los procedimientos de selección y nombramiento de altos cargos judiciales. Llegados a este punto, merece la pena citar un extracto del voto particular:

«Para comprender el trasfondo de igualdad de género del presente caso en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12, podríamos intercambiar hipotéticamente las posi-

10 J. Llop, intervención en los diálogos «Hacia un futuro de justicia e igualdad de género», Ministerio de Justicia, Banco Interamericano de Desarrollo, 9 de marzo de 2022.

ciones de la demandante y del candidato varón. Es decir: supongamos que el diferencial en cuanto a los méritos objetivos del candidato varón hubiera sido mayor, y el diferencial en cuanto a los méritos subjetivos de la demandante hubiera sido menor. En tal caso: ¿el Consejo habría dado preferencia a la candidata? De nuevo, la pregunta es recurrente, y la respuesta obvia. En cualquier caso, sin recurrir a tal hipótesis, la situación real (mayor diferencial objetivo a favor de la demandante, frente al menor diferencial subjetivo a favor del candidato varón) debería haber llevado a la conclusión de que, de aplicarse la legislación vigente en materia de igualdad efectiva, la demandante habría sido nombrada para el puesto. Sin embargo, ni el Consejo (ni el Tribunal Supremo en su sentencia de 2017, ni el Tribunal Constitucional en su Auto de 2018, que avaló la decisión final del Consejo) motivaron por qué no se aplicaron las normas nacionales sobre igualdad efectiva, a pesar de que el diferencial entre los méritos objetivos de la demandante y el candidato varón (Sr. M.P.H.) era mucho mayor que el diferencial entre el candidato varón y la demandante en cuanto a los méritos subjetivos. Dichas normas deberían haberse aplicado, *a fortiori*, para evitar una especie de discriminación inversa ilegal en favor del candidato varón» (párrafo 29).

Este pasaje demuestra claramente las carencias del razonamiento de la mayoría. En este contexto, ¿qué decir de la opinión concurrente del juez luxemburgués y del juez monegasco, salvo que no hace sino reforzar el profundo malestar que engendra la lectura de esta sentencia? No ocultan su desconcierto ante la total falta de jerarquía entre los criterios de selección objetivos y subjetivos: el problema es que en el presente caso los criterios subjetivos parecen haber eclipsado a los objetivos, y aparentemente han servido como única base para la elección del candidato. En un sistema de este tipo, por tanto, un criterio subjetivo puede prevalecer sobre todos los criterios objetivos, convirtiendo así todo el proceso en totalmente discrecional. Sin embargo, son literalmente incapaces de salir de su enfoque deferente, amurallado por una visión deletérea de la subsidiariedad: «Mientras el derecho interno permita un poder de decisión que es, de hecho, totalmente discrecional, sin ninguna obligación de dar peso real a los factores objetivos, incluso si están previstos por la ley, será prácticamente imposible impugnar las decisiones tomadas, por muy cuestionables que sean».

Cuando los jueces son robots, la jurisprudencia no avanza, y «decir la ley» (*dire le droit*) equivale a mantener el *statu quo*. En este caso, el *statu quo* es una justicia politizada que discrimina a las mujeres para las altas funciones judiciales. La Sección 5ª se ha negado a verlo, un hecho que no ha pasado desapercibido en España y que desespera a los primeros comentaristas¹¹.

11 D. Terrádez Salom, «Comentario introductorio y traducción de la Sentencia del Tribunal

Resumen

La sentencia Alonso Saura de 8 de junio de 2023 del Tribunal Europeo de derechos humanos ha evitado abordar las deficiencias del sistema español de selección de los jueces. Un sistema que sufre de problemas de politización, y de discriminación a la mujer en el acceso a los altos cargos judiciales.

Palabras clave

Independencia judicial, discriminación, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Estrasburgo, Caso Alonso Saura.

Abstract

The Alonso Saura judgment of 8 June 2023 of the European Court of Human Rights has avoided addressing the shortcomings of the Spanish system of selection of judges. A system that suffers from problems of politicisation, and discrimination against women in access to senior judicial positions.

Keywords

Judicial independence, discrimination, General Council of the Judiciary, Strasbourg Court, Alonso Saura Case.

Recibido: 13 de junio de 2023.

Aceptado: 18 de octubre de 2023.

Europeo de Derechos Humanos en el asunto Alonso Saura contra España, de 8 de junio de 2023. Techo de cristal, desigualdad de género y politización en los nombramientos de altos cargos judiciales», *Lex social. Revista de derechos sociales*, núm. 2, 2023, pp. 1-34.

CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA. SEGUNDO SEMESTRE DE 2023

Chronicle of European legislation. Segundo semester 2023

MARÍA LUISA BALAGUER
Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. La Unión Europea y la maternidad subrogada.
2. La prostitución.
3. Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.
4. Directiva (UE) 2023/2226, de 17 de octubre por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

1. LA UNIÓN EUROPEA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

La posición de las instancias europeas e internacionales, en lo que se refiere a la maternidad subrogada no ha sido clara ni terminante, en cuanto a su desautorización o aprobación, sino que de manera similar a los Estados, ha jugado a la ambivalencia y no ha apostado por una solución concreta.

Sobre todo, es importante considerar que en ningún momento han adoptado una perspectiva feminista en el abordaje del tema desde su centralidad, es decir, la instrumentalización de los cuerpos de las mujeres, sino que en todo momento la centralidad del problema ha girado en torno al interés del menor.

El Parlamento Europeo, en 2013, publicó un informe acerca de la situación de la gestación subrogada en los Estados miembros de la Unión, y concluyó que no era posible con la actual diversidad, aunar criterios que permitieran adoptar posiciones integradoras, dirigidas a tomar alguna medida de tipo legislativo. En medio de esa ambigüedad, emitió su informe tomando como eje fundamental del problema, la asistencia a los niños ya nacidos, y su necesidad de tener una identidad y paternidad con un *status civilis* claramente establecido.

Partiendo de ese análisis, el informe expresa dicha exigencia y supedita los derechos de las mujeres a una situación fáctica, creada en el limbo legal, pero cuyo resultado debe ser abordado para no estigmatizar a los niños así concebidos.

El documento, por lo tanto, se mueve en un terreno descriptivo, enumerando las diferentes formas de maternidad subrogada —con o sin precio—, y detalla la situación concreta de cada estado respecto a la subrogación, mediante cuadros en los que se detallan los *ítems* relativos al grado de prohibición —total o parcial—, facilitada expresamente o solo tolerada, objeto de desarrollo legislativo o ausente de normativa.

Así que cualquier medida que se adopte adquiere cierta importancia, ya que —al menos— produce una toma de conciencia sobre este problema. En ese sentido, el Parlamento Europeo tomó una decisión, el 5 de octubre de 2023, que debe ser celebrada siquiera sea porque abre expectativas para el futuro.

El texto intenta dar pasos para la adopción de una Directiva para la interdicción de la gestación subrogada, ya que trata de «combatir y prevenir la trata y explotación sexual femenina en la gestación para terceras personas». Es cierto que se trata solamente de una iniciativa, pero al menos se ha tomado conciencia de la importancia del problema que supone para una sociedad, la tolerancia con este tipo de conductas morales.

El texto literal, si breve, contiene en cambio una declaración muy certera: «La explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas análogas, la servidumbre o la explotación de actividades delictivas, la sustracción de órganos, el matrimonio forzado, la adopción ilegal, la maternidad subrogada con fines de explotación reproductiva, la explotación de niños en instituciones residenciales y de tipo cerrado, y el reclutamiento de niños para cometer o participar en actividades delictivas».

2. LA PROSTITUCIÓN

A finales de 2022 se inició, por la Comisión Europea, el proceso evaluador para formular propuestas de revisión de la Directiva contra la trata de mujeres. La Comisión entendió la necesidad de revisar los criterios, y adaptar la Directiva relativa la Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas (2011/36/EU), cuya vigencia ya desde abril de 2011 estaba en cuestión.

Así, la Comisión Europea presentó La estrategia de la UE de lucha contra la trata de seres humanos (2021-2025) en la que, reconociendo el valor de la Directiva,

consideraba necesaria su revisión. La pretensión es la de su actualización y avance en la situación de las víctimas, de manera que se evite por completo su enjuiciamiento moral, se les proteja en los procesos penales en los que se vean concernidas, se les preste asistencia y apoyo específicamente orientados a sus necesidades como víctimas, especialmente en los casos de vulnerabilidad, además del acceso a una compensación.

Entre las propuestas para una nueva directiva consta alguna novedad, como la de la modificación del Código penal integrando un nuevo tipo en el art. 177 bis, que tipificaría una nueva modalidad en la explotación de la trata de seres humanos, la de aquellos que se cometan a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, incluidos Internet y las plataformas mediáticas. Y ello en referencia a la captación, a la explotación y a aquellas conductas relacionadas con la dependencia y control de las víctimas por parte de quienes las explotaren.

Igualmente, en referencia a las personas jurídicas se intenta regular la responsabilidad penal, con sanciones pecuniarias que tendrían como efecto, la supresión de las ayudas públicas, las subvenciones o el cierre de los establecimientos relacionados con las actividades delictivas.

Se prevé la creación de una serie de mecanismos que se denominan mecanismos nacionales de derivación, cuyo objetivo es el de sostener el apoyo a las víctimas desde organismos estatales. Así, por ejemplo, se determinarían los organismos encargados de derivar a las víctimas a los puntos de apoyo locales.

El informe sobre la regulación de la prostitución en la Unión, sus repercusiones transfronterizas y consecuencias en la igualdad de género y los derechos de las mujeres, de 30 de agosto (A9-0240/2023) es elocuente, y constituye una Propuesta de resolución del Parlamento Europeo, que tendrá consecuencias importantes para los Estados, entre ellos —naturalmente— España.

La exposición de motivos parte del art. 8 del TFUE y su compromiso con la igualdad de género en todas las acciones de la Unión, la CEDF, y todos los textos relacionados con la discriminación y la igualdad de la ciudadanía de la Unión. En ella ya se reconoce que es en el consentimiento donde reside la contingencia de que el sexo pueda considerarse libre, y sin sujeción a precio alguno, y sin posibilidad de tráfico o comercialización por terceros.

Además, la necesidad de asistencia sanitaria, no prevista en algunos Estados (se hace un señalamiento a Polonia) para casos de asistencia social, que eviten las enfermedades de transmisión sexual, exige hacer frente a la explotación sexual y plantear posiciones abolicionistas.

Las diferencias de hecho entre los diferentes Estados de la Unión, respecto a su legalización, determina la necesidad de que se produzca un consenso respecto a las opciones existentes y la legislación de los Estados.

Así Alemania, Austria y los Países Bajos, han tomado la opción de admitir esa situación de hecho, y regular los aspectos que requieran asistencia social, por parte del Estado; mientras otros como Suecia, España e Irlanda han despenalizado a las personas que la ejercen, criminalizando el tráfico y el comercio de la prostitución.

La prostitución no es una profesión libremente ejercida por las mujeres, sino una industria integrada en el sistema económico, basada en la explotación, la coacción y la manipulación de las mujeres con fines lucrativos, mediante el abuso y la violencia ejercida contra ellas.

En relación con el consentimiento establece que siendo la voluntad un elemento inherente a esa exigencia, el desequilibrio del poder que se ejerce sobre las mujeres permite a las mafias bloquearlo como elemento válido, y crear situaciones de abuso, sobre todo en aquellas mujeres que no están regularizadas como ciudadanas.

En cuanto a los efectos que ha tenido la legalización en los Estados que la han llevado a cabo se señala que no ha producido un efecto positivo, ni ha mejorado la situación de las mujeres, por lo que se considera como mejor opción la prohibición, evitando la criminalización de las mujeres.

En ese sentido, dice que es necesario que los Estados miembros de la Unión asuman su responsabilidad haciendo frente a la prostitución con medias eficaces, y adoptando medidas de prevención, de reducción de la demanda y de castigo a los clientes, avanzando hacia la integración social de las mujeres migrantes y con desarraigo social.

De la sola lectura del documento se desprende un intento de neutralidad que huye del más mínimo compromiso, no ya con el feminismo, sino con unos valores y principios como la dignidad de la persona en cuanto al derecho a su propio cuerpo, puesto que se ignora completamente que se está analizando un contrato, cuya licitud de su objeto ha sido puesta en cuestión por la materia de que se trata.

En nuestro ordenamiento constitucional, la prohibición de la trata de mujeres en el ejercicio de la prostitución derivaría del art. 10, que reconoce como principio constitucional la dignidad de la persona; así como del art. 15, que prohíbe los tratos humanos y degradantes.

Igualmente, se pretende integrar en la nueva Directiva un registro nacional de impacto de la trata en cada Estado.

Mientras tanto, la legislación que se propone desde los Estados, tampoco acomete definitivamente la abolición de la prostitución mediante una norma de rango

legal que penalice y desarrolle las políticas de apoyo a las víctimas. Con todo, el documento importante en el ámbito nacional es el Plan estratégico nacional contra la trata y la explotación de seres humanos (2021-2023), que analiza la posición en la que se encuentra el Estado español, y se alinea con los organismos internacionales y las medidas de la UE para su erradicación. Además prevé algunas medidas que podrían cuanto menos abrir futuras posibilidades dirigidas a la abolición de la prostitución, a través de una ley integral de erradicación de la prostitución.

El Plan lo presenta el Ministerio del Interior y tiene varias líneas de acción sobre las que debe operar la erradicación: la Ley integral de prevención y lucha contra la trata de seres humanos, los mecanismos de identificación de las víctimas, y garantizar la protección y recuperación de todas las víctimas de la trata.

3. DIRECTIVA (UE) 2023/2225 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 18 DE OCTUBRE DE 2023, RELATIVA A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2008/48/CE

La Directiva 2008, que reguló los créditos al consumo, supuso en su momento una importante garantía para los derechos de los consumidores, pero desde hace algunos años mostraba cierta obsolescencia, en relación sobre todo a las características de una sociedad digital, en la que domina la compraventa por medios tecnológicos. De ahí que en 2014, la Comisión Europea presentara un informe junto con un documento de trabajo, donde se evaluaba su efectividad y la conveniencia de proceder a su revisión. En él se muestran algunas deficiencias en el texto de la Directiva de 2008 y, fundamentalmente, la insuficiencia que esta mostraba para la tramitación digital.

El incremento de las actividades crediticias aconsejaba también tener en cuenta esta revisión, lo que exigía reforzar la seguridad jurídica —tan importante en materia de consumo—, y para ello se hacía necesario actualizar aquellos textos jurídicos que han quedado obsoletos con el advenimiento de las nuevas técnicas de compraventa. La protección de los consumidores, que está en el centro de los textos europeos como el del art. 169 apartado 1 y apartado 2, letra a), en relación con el 114 del TFJU y el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, exigen estas modificaciones.

El articulado de la Directiva define en su primer artículo el establecimiento de un marco común para la armonización de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas a los créditos al consumo.

En su art. 2 se excluyen de su aplicación los créditos hipotecarios; los referidos a inmuebles; los superiores a 100.000 euros; los sujetos a relaciones laborales de empleados, órganos jurisdiccionales, arrendamientos y otros que no muestren el perfil propio de los contratos de crédito al consumo.

El art. 3 define a los principales sujetos del comercio electrónico como son el consumidor y la persona prestamista; el contrato de crédito; los posibles servicios accesorios; el importe total; la tasa anual; los intermediarios; prestamistas; y otros conceptos relacionados con la actividad. El art. 4 prevé la posibilidad de conversión en euros, y establece el tipo de conversión a fecha de 19 de noviembre de 2023.

El art. 5 obliga a los Estados miembros a que la información que se proporcione por parte de las empresas a los consumidores, no les suponga coste alguno; el art. 6 impone que ningún ciudadano de la Unión sea discriminado; y los siguientes artículos hasta el art. 10 definen todas las garantías exigibles en el contrato de servicios.

Respecto de la información precontractual al consumidor, esta ha de ser clara, comprensible, y con la antelación debida, a fin de que este pueda tener un período de reflexión para desistir del contrato. El documento deberá contener toda la información referente a cantidades, importe total, duración del crédito, costes de pago atrasados periodicidad de estos, consecuencias del impago, costes de notaría y otros, y, en fin, cuanta información adicional exija el conocimiento de la operación.

El art. 14 y siguientes regula las prácticas de venta vinculada y combinada, estableciendo la prohibición de las ventas vinculadas. Permite la exigencia al prestamista de una póliza de seguros que asegure un nivel de garantía suficiente para responder del impago y, en caso de que el consumidor elija una aseguradora distinta a la ofertada por el prestamista, que se equipare igualmente el nivel de garantía.

Sobre los datos sensibles que puedan ser obtenidos para denegar préstamos, en función del conocimiento de enfermedades que pudieran hacer suponer un impago futuro, se prevé que, a los quince años de tratamiento de la enfermedad, dicha información deje de surtir efectos.

El consentimiento no podrá ser tácito o presunto sino libremente expresado, según el art. 15 de esta Directiva, y este será un acto afirmativo claro, con manifestación de la aceptación libre, concreta, inequívoca, e informada respecto del contenido y la materia objeto de la contratación. Para ello, el prestamista estará obligado a facilitar en papel u otro soporte duradero, toda la información que haga referencia a las obligaciones del contrato. De este modo, el art. 17 prohíbe que se pueda conceder un crédito que no haya sido solicitado previamente, y no se haya consentido expresamente.

Sobre la solvencia del deudor, la obligación de su constatación corresponde al prestamista, que deberá evaluarla para prever sus expectativas de cumplimiento, comprobando los ingresos y gastos del solicitante, así como la información bancaria de activos y pasivos que esté a su alcance; por su parte, el Estado procurará las bases de datos que legalmente puedan utilizarse para facilitar esa información.

El contenido del contrato se efectuará en papel o soporte duradero, y cada una de las partes conservará una copia. En él constarán todos los elementos necesarios como garantía de cumplimiento: el tipo de crédito, la identidad de los contratantes con dirección geográfica, teléfono, correo electrónico, importe del crédito, duración, circunstancias detalladas de la periodicidad del pago, y cualquier otra circunstancia que incida en el contrato.

Sobre la posibilidad de la modificación de las condiciones del contrato, el art. 22 exige que se informe al consumidor de las condiciones de la modificación, calendario en su caso, plazos y posibilidad de reclamación si no es conforme.

En cuanto al descubierto, se estará a las condiciones pactadas y, en su caso, el prestamista tendrá la obligación de advertir del descubierto con información clara y comprensible, en su domicilio o en su aplicación móvil o página web.

El art. 26 regula el derecho de desistimiento del consumidor por su propia voluntad y sin motivo alguno, con un plazo de 14 días naturales, y prevé las condiciones en las que debe formularse y sus efectos, en el caso de que existan intereses u otras cantidades pendientes.

Finalmente, el art. 40 y siguientes están orientados a actuaciones de los Estados miembros, favoreciendo determinados aspectos como la resolución extrajudicial de los conflictos, con medios eficaces, adecuados, rápidos y aplicables a cada litigio concreto, con remisión a las exigencias de la Directiva 2013/11/UE, y un capítulo sancionador para las entidades que incumplan esta normativa, así como la posibilidad de establecer sanciones administrativas.

Como fecha límite de transposición de esta Directiva se señala la de 20 de noviembre de 2025; la aplicación efectiva de las medidas tendrá lugar a partir del 20 de noviembre de 2026.

4. DIRECTIVA (UE) 2023/2226, DE 17 DE OCTUBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2011/16/UE RELATIVA A LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD

Esta Directiva modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Las razones que justifican esta reforma

están en el incremento del fraude, la evasión y la elusión de capitales, que podrían atenuarse mediante el intercambio de información entre las diferentes instancias comprometidas en la lucha contra la delincuencia que genera. En particular, la industria criptoactiva presenta hoy una peculiaridad significativa en su tratamiento jurídico, por el enmascaramiento y oscurantismo con que se suelen conducir este tipo de negocios.

Así, el 26 de enero de 2012 se presentó un informe, por parte del Tribunal de Cuentas, en el que se examinaba el marco jurídico general de la Directiva 2011/16/UE, en el que se expresaba la necesidad de reforzar algunas disposiciones para garantizar el aprovechamiento del intercambio de información entre los Estados de la UE, y ampliar la anterior Directiva con nuevas categorías de ingresos y activos como los criptoactivos.

El mercado de criptoactivos es definido como la representación digital de un valor o un derecho, que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante una tecnología de registro distribuido o similar.

La importancia de este sistema de intercambio ha aumentado en los últimos años, e incluso ha sido objeto de legislación, si bien de manera diferente por los Estados de la Unión, lo que hace aconsejable la unificación de los criterios con los que se ha afrontado la misma.

Por su parte, el Reglamento Europeo (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, por el que se regulan los mercados de criptoactivos se aplicará en lo que se refiere a las definiciones que contiene. Además, la Directiva, en su séptimo considerando prevé tener en cuenta el requisito de autorización para los proveedores de servicios de criptoactivos previstos en el Reglamento, a fin de minimizar la carga administrativa para los proveedores de servicios de criptoactivos. Por último, señala que el carácter intrínsecamente transfronterizo de los criptoactivos requiere una estrecha cooperación administrativa a escala nacional, para garantizar la eficacia de la regulación.

La Directiva de 2011/16/UE intentaba regular las obligaciones de las instituciones financieras de comunicar información sobre las cuentas financieras a la administración tributaria, pero no reguló la obligación de notificar los criptoactivos, porque no constituyen propiamente dinero en cuentas, ni depósito de activos financieros; de ahí la necesidad de la reforma de ese texto que ahora se completa con esta Directiva.

El marco internacional de la nueva Directiva se referencia al Marco de Intercambio de Información sobre criptoactivos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (de la OCDE). Este marco se considera (aunque no hay

una decisión formal) como una norma de mínimos, por lo que la Directiva deberá aplicarse en todo cuanto no esté expresamente previsto en ese texto; si bien, en previsión del desarrollo que pueda tener en un futuro esta norma u otra, la Directiva señala que «no sustituye otras obligaciones más amplias que se puedan derivar del Reglamento (UE) 2023/1114». La Directiva, genera una correspondencia entre ambos textos (la propia Directiva y el Reglamento) de manera que las autoridades competentes deberán colaborar con otras instituciones nacionales, y compartir la información de la que dispongan.

Como medidas concretas de intercambio de información entre los Estados, se señalan las referentes a los datos bancarios que el contribuyente haya proporcionado en su información, en particular el NIF, para lo que determinadas formalidades han de ser adoptadas por las entidades bancarias, como la conservación de los datos sensibles por un período de cinco años, y mantener las exigencias del tratamiento de los datos.

Otra modificación importante de la Directiva anterior, se hace como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2022, acerca del secreto profesional de los abogados, que actúan como intermediarios de sus clientes, y que por encontrarse bajo el secreto profesional no se verían obligados a facilitar datos de sus clientes.

Resumen

Los textos que se reseñan en este semestre hacen referencia a dos documentos que tienen que ver con los derechos de las mujeres en referencia a la utilización objetual e instrumentalización de sus cuerpos; un tercero que analiza la Directiva de contratos de crédito al consumo; y, en cuarto lugar, una Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Palabras clave

Derechos de las mujeres, créditos al consumo, fiscalidad.

Abstract

The texts reviewed in this half-year period refer to two documents concerning women's rights in relation to the objectification and instrumentalisation of their bodies; a third document analysing the directive on consumer credit agreements; and, fourthly, a directive on administrative cooperation in the field of taxation.

Keywords

Women's rights, consumer credit, taxation.

Recibido: 11 de diciembre de 2023.

Aceptado: 22 de diciembre de 2023.

SOBRE EL FUTURO CONSTITUCIONAL DE EUROPA

On the constitutional future of Europe

VASCO PEREIRA DA SILVA

*Profesor numerario en la Facultad de Derecho de la Universidad de
Lisboa y profesor visitante en la Universidad Católica Portuguesa*

Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro

SUMARIO:

1. La guerra en Europa.
2. Consecuencias políticas.
3. Consecuencias económicas (a corto y largo plazo).
4. ¿Qué futuro tiene hoy Europa? Las nuevas prestaciones públicas del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo sin Fronteras.
5. Cambios institucionales dentro y fuera de Europa - Constitución europea y constitucionalismo global.
6. La Constitución europea. ¿hacia una Europa multinivel?

1. LA GUERRA EN EUROPA¹

Y de repente, en febrero de 2022, estalla una guerra en Europa. El mundo se queda atónito ante la invasión rusa de Ucrania, en violación del orden jurídico internacional, anunciada el 24 de febrero por el presidente ruso Vladimir Putin como «operación militar».

La primera reacción sólo podía ser de sorpresa, o incluso de asombro. Nadie quería creer que la guerra siguiera siendo posible en la Europa actual. Al parecer, la idea de la «paz perpetua» de Kant² se había arraigado tanto en la conciencia de los europeos que no habíamos prestado atención a los indicios de las guerras que estaban por venir en el siglo XXI.

1 Este texto es la versión escrita de la «Conferencia Final» del «Foro sobre el Futuro de Europa», organizado por las Facultades de Derecho de la Universidad de Granada y Lisboa, con el apoyo de la Obra Jean Monnet y la Fundación Peter Häberle. Esta iniciativa tuvo lugar el 20 de enero de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.

2 I. KANT, *A Paz Perpetua e outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 2008.

A este respecto, en una revista de filosofía se recreó un diálogo ficticio entre Hegel, Kant y Nietzsche. En esta «conversación», Nietzsche señalaba con el dedo a Kant y le acusaba: «la culpa es tuya, fuiste tú quien les convenció de que la paz era posible en Europa»; a lo que Kant replicó que, en su opinión, la paz era posible, pero que requería la existencia de «régimenes democráticos y hombres de bien, lo que en estos tiempos no es fácil de encontrar»³.

Entre los «signos de guerra» a los que no hemos prestado suficiente atención se encuentran acontecimientos recientes como la desintegración de Yugoslavia, el conflicto de Kosovo y la anterior invasión rusa de la zona del Dombás. Aunque no lo esperáramos, el hecho es que la guerra ha estallado en el continente europeo, provocando un verdadero «terremoto» político y económico en Europa y en todo el mundo. De un momento a otro, todo el panorama jurídico-político cambió, tanto el existente como el que está por construirse⁴.

2. CONSECUENCIAS POLÍTICAS

La situación actual ha traído consigo, entre otras muchas consecuencias políticas, esencialmente las siguientes:

— Una mayor cohesión en la Unión Europea, que se manifiesta en la unanimidad alcanzada en la condena de la invasión de Ucrania, así como en la imposición de sanciones económicas a Rusia. Pero también ha propiciado la aparición de una política europea común de seguridad y defensa, en conjunción con la aplicada por la OTAN, para lograr una respuesta a la situación de crisis.

— Minimizar las diferencias políticas:

a) En el seno de la Unión Europea, donde las posiciones críticas de algunos países miembros —como Hungría y Polonia, y en parte también los países del llamado «grupo de Visegrado»— han sido relativizadas y minimizadas para facilitar posiciones comunes frente a Rusia. Así, en la actualidad existe una especie de «tregua con Hungría» en cuanto a la aplicación de la regla de la «condicionalidad de la Unión», provocada por las limitaciones a los derechos fundamentales del régimen «antiliberal magiar», que está prácticamente suspendida y cuya aplicación está sujeta a negociación permanente; al igual que existe una situación similar en Polonia, justificada por el hecho de que este país se ha convertido en

3 A. LACROIX, «La Guerre est-elle le Moteur Caché de l'Europe», *La Philosophie Magazine*, Abril, 2022, pp. 42 y ss.

4 La situación descrita en el texto se ha agravado aún más con la guerra de Palestina (aunque ahora sea de carácter global, aunque con consecuencias europeas), tras la agresión terrorista de Hamás y la posterior respuesta armada de Israel.

una especie de «buen samaritano» —para los refugiados ucranianos— y como es de esperar, nadie quiere «hacer daño al buen samaritano».

b) Fuera de la Unión Europea, donde existe un creciente acercamiento entre el Reino Unido y las posiciones de las instituciones europeas en el ámbito político internacional, a pesar del «Brexit». Así, se están adoptando posiciones unilaterales idénticas o comunes con la Unión (en el marco de la OTAN), y en la fase inicial del conflicto hubo incluso una especie de «competición» para ver quién adoptaba antes las mismas posiciones, como con las sucesivas visitas a Kiev de la presidenta de la Comisión (Von der Leyen), seguidas inmediatamente por la visita del primer ministro británico (Boris Johnson), seguida por la del presidente del Consejo Europeo (Charles Michel), y así sucesivamente.

— La resurrección de la OTAN tras la amenaza rusa, tanto por parte estadounidense como europea. Podría decirse, parafraseando a Mark Twain, que las noticias sobre la desaparición de la OTAN han sido muy exageradas... De hecho, estamos siendo testigos de un apoyo militar informal a Ucrania por parte de la Alianza Atlántica, aunque de forma «contenida» (ya que todavía no es miembro formal), así como de la aparición de nuevos países candidatos (Finlandia, Suecia), además de la aparición de un «nuevo espíritu», que implica reutilizar y redescubrir la Alianza como una oportunidad para (posibles) futuros nuevos acuerdos y combinaciones políticas en Europa y en el mundo.

— Pero la guerra ha acentuado aún más el auge del populismo, latente desde hace tiempo, dentro y fuera de la UE. En Europa, los populistas radicales están ganando elecciones y tomando el poder (en Hungría, Polonia, Suecia, Italia), o provocando verdaderos «sustos políticos» en elecciones sucesivas (en Alemania, Francia, España e incluso Portugal). Fuera de Europa, no podemos olvidar fenómenos recientes (como Trump o Bolsonaro) o actuales (como Putin o Erdogan). Por mencionar solo los más evidentes de una lista interminable... Esto no hace sino agravar el problema latente —una especie de «elefante en la habitación»— de los riesgos que todo esto supone para los fundamentos mismos de la democracia y el Estado de Derecho.

3. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS (A CORTO Y LARGO PLAZO)

3.1. A corto plazo

A corto plazo deben tenerse en cuenta las siguientes consecuencias económicas principales:

— Una situación de crisis económica generalizada, resultado de una combinación de múltiples causas, como: a) los efectos económicos internos de las sanciones impuestas contra Rusia por la Unión Europea y otros países occidentales; b) el aumento de la inflación —que, como ya se sospecha, puede combinarse con el «estancamiento», dando lugar

posiblemente a la reaparición del monstruo de la «estanflación»—; c) la crisis energética, que obliga a buscar nuevas soluciones para combatir la dependencia energética de Europa (planteando, entre otras, las cuestiones de las «fuentes de energía renovables», y la necesidad de diversificar las «fuentes» de energía).

— Problemas en la aplicación de los Planes Europeos⁵, que habían sido creados para resolver la crisis provocada por la pandemia, y que ahora se enfrentan también a una crisis agravada por la situación bélica. Como consecuencia, los importes monetarios de los Planes de Recuperación y Resiliencia son insuficientes para hacer frente a las nuevas necesidades, además de haber sido calculados para precios sin inflación. Esto obligará a readaptar y reestructurar los planes preexistentes.

— Creación de nuevos planes de reconstrucción económica y social sostenibles. De hecho, es necesario reconocer la insuficiencia de los Planes de Recuperación y Resiliencia que, diseñados para la recuperación económica de Europa tras la COVID-19⁶, no son suficientes para resolver también los efectos económicos de una guerra que nadie sabe cuándo terminará. De ahí la necesidad de encontrar nuevas respuestas, especialmente europeas, más globales y eficaces para resolver los problemas derivados de la situación de conflicto, por no hablar de las (futuras) necesidades de reconstrucción de los países en guerra.

También hay que subrayar que la recuperación económica de la que tanto se ha hablado solo parece referirse a situaciones a corto plazo, quizá como consecuencia de la persistencia de la situación de guerra. La necesidad de considerar también soluciones a medio y largo plazo solo ha empezado a discutirse recientemente, sobre todo en las últimas reuniones del Consejo Europeo, al menos si hemos de creer las informaciones aparecidas en los medios de comunicación.

5 V. PEREIRA DA SILVA, «I Piani Europei e Portoghesi per la Ripresa e la Resilienza e il futuro dell'Europa», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, p. 257-267.

6 Véase G. PITRUZZELA, «Next Generation EU, the Principle of Solidarity and the Responsibility of the Member States», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, pp. 11-18; W. TORTORELLA, «La Dimensione Territoriale del PNRR: Verso un'era di Finanza Pubblica Straordinaria», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, pp. 52-62; G. MORGESI, «La Governance Europea del Next Generation EU», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, pp. 68-82; A. PAPA, «La Riforma della Pubblica Amministrazione: Le Prospettive nel Plan Nazionale di Ripresa e Resilienza», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, p. 146-159; J. SAWICKI, «Il Rispetto dello Stato di Diritto come Condizione Generale per l'Accesso al Fondo di Recupero. Il Regolamento 2092/2020 Relativo a un Regime Generale di Condizionalità per la Protezione dell'Bilancio dell'Unione e l'Arretramento Democratico di Ungheria e Polonia», *Passagi Costituzionali*, núm. 2, 2021, p. 237-252.

3.2. Posibles soluciones a medio y largo plazo

A medio y largo plazo son posibles muchas soluciones, y se han debatido con mayor o menor énfasis:

— Replanteamiento y adaptación de los Planes de Recuperación y Resiliencia a las nuevas circunstancias, concretamente ampliando los actuales y creando nuevos objetivos, haciéndolos aún más completos, así como aumentando las cantidades financieras destinadas a su aplicación.

— Creación de una «nueva generación» de planes de desarrollo (junto a los actuales Planes de Recuperación y Resiliencia, que seguirán vigentes, aunque posiblemente readaptados), con objetivos nuevos y diferentes, específicamente diseñados para hacer frente a los problemas del conflicto y la posguerra, acompañados de un volumen muy elevado de mecanismos financieros para hacer frente a las nuevas demandas.

— La creación de un plan global de reconstrucción y desarrollo, que integre a Europa y EEUU, con el establecimiento de objetivos y políticas comunes y un modelo de cooperación multilateral más eficaz. Sería otro tipo de «Plan Marshall», de carácter multilateral y global, que rediseñaría la realidad económica y financiera a escala mundial. Se trata de un proyecto muy ambicioso, que sigue siendo una hipótesis teóricamente posible, pero que cada vez «pierde más terreno», debido también a la creciente aplicación de los dos modelos antes mencionados.

4. ¿QUÉ FUTURO TIENE HOY EUROPA? LAS NUEVAS PRESTACIONES PÚBLICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SIN FRONTERAS

Desde el punto de vista jurídico, asistimos a la emergencia de nuevas realidades fundamentales a escala mundial, europea y nacional, que no pueden dejar de enmarcarse en una lógica multinivel (Pernice)⁷, en el marco de un Derecho Constitucional y Administrativo sin Fronteras⁸.

7 El término «constitucionalismo multinivel» pertenece a I. PERNICE, cfr. «Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously», en R. Hofmann, S. Kadelbach (eds.), *Law Beyond The State. Pasts and Futures*, Campus Verlag, Fráncfort / Nueva York, 2016, pp. 151-205; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>

8 V. PEREIRA DA SILVA, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteira*, Almedina, Coimbra, 2019.

De hecho, las fuentes constitucionales en el orden jurídico global, así como en el orden jurídico europeo (por ejemplo, además del Tratado de Lisboa, otros como la «Next Generation EU»⁹), que luego se proyectan a nivel de las constituciones estatales (a través de la eficacia directa de los Tratados o de los RPL nacionales), acentuarán la aparición de nuevas prestaciones fundamentales, ya sea a través de la transformación de las anteriores (por ejemplo, el caso de la seguridad o la defensa), ya sea a través de la creación de nuevas misiones estatales (por ejemplo, la digitalización). De este modo, se produce una mezcla de nuevos y viejos contenidos constitucionales y en la actualidad, en su dimensión multinivel o sin fronteras, que da lugar a cinco nuevas tareas públicas en estado de tensión¹⁰.

1. La seguridad interior y exterior, que es una de las tareas estatales más antiguas, ha vuelto a adquirir una importancia primordial con el estallido de la guerra en Europa tras la invasión rusa de Ucrania. En consecuencia, la prestación pública de garantizar la defensa ya no se contempla únicamente desde el punto de vista de los Estados individuales, sino que ahora también tiene una dimensión sin fronteras y debe considerarse en su triple dimensión (nacional, europea y mundial). Lo mismo ocurre con las cuestiones policiales (terrorismo, delincuencia organizada, migraciones internacionales), que también son «viejas prestaciones públicas» y que ahora plantean nuevos retos a los poderes públicos y a la búsqueda de soluciones originales, también sin fronteras, destacando la atención prestada al nuevo fenómeno de la ciberseguridad.

Así, por un lado, si podemos hablar en cierto sentido de una «vuelta a los orígenes» desde el punto de vista de las cuestiones constitucionales tradicionales, por otro, la renovada función de defensa interior y exterior adquiere una dimensión radicalmente

9 V. PEREIRA DA SILVA, «Piani E. e P. per la R. e la R. e il futuro dell E.», *Passagi C.*, pp. 257 a 264.

10 El tema general del XVI Congreso de la SIPE (Asociación de Profesores de Derecho Público de Europa), que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa en junio de 2023, fue precisamente el problema que venimos tratando: «As Novas Tarefas Públicas em tempos de Tensão». Las siguientes nuevas prestaciones fundamentales del Estado también fueron consideradas en los paneles de presentación y debate: a) *Digitalização* («Young Scholars» Workshop: «Digitalisation as a new multi-level public task as well as an essential tool for the execution of the new public tasks»); b) *Defesa e Segurança Internacionais* («1st. Session: Defense and International Security: Old-New Public Policies»); c) *Saúde* («2nd. Session: Health Care as a new public task»); d) *As alterações climáticas como a nova dimensão do direito ao ambiente* («3rd. Session: Climate Change as the New Dimension of the «Environmental Question»»); e) *Política energética: da energia fóssil para a sustentável* («4th. Session: The transition from fossil energy to sustainable energy as a new green public task»).

moderna, que se manifiesta, entre otras cosas, en su dimensión multilateral o sin fronteras. La seguridad de un país (tanto exterior como interior) tiene lugar tanto dentro como fuera de sus fronteras nacionales, ya que no es posible hablar de la seguridad de Portugal sin hablar de la seguridad europea y de la seguridad mundial (OTAN, Naciones Unidas), asumiendo una verdadera dimensión constitucional multinivel.

De este modo, han surgido nuevas cuestiones constitucionales y administrativas de actualidad (debatidas sobre todo en el ámbito del constitucionalismo europeo), como la de si hay lugar para la OTAN en las constituciones nacionales y en la Constitución (material) europea: ¿debería existir un ejército europeo autónomo o sólo una combinación de diferentes ejércitos nacionales?, ¿la cuestión de los «refugiados» ucranianos es una cuestión nacional y/o europea o es también mundial? O ¿cómo debe proteger la ciberseguridad a las personas y las sociedades sin poner en peligro los derechos fundamentales?

2. La salud es otra de las nuevas tareas públicas esenciales, en los tiempos post COVID-19¹¹ y ante tantas otras amenazas sanitarias por venir. De hecho, siempre parece haber algún «animalito sublevado» contra la agresión humana en su hábitat natural, que da lugar a un nuevo virus, seguido de un brote epidémico o pandémico. Y de hecho, ya hemos tenido vacas locas, pájaros resfriados, gripe porcina, la locura de los murciélagos, la combinación de murciélagos infectados y pangolines «fuera de la caja»... Igual que en el futuro tenderá a haber cada vez más «revueltas» de la naturaleza contra las agresiones humanas que destruyen o perturban la fauna y la flora, generando nuevos virus y nuevas pandemias¹².

11 Para una explicación más detallada de esta y otras pandemias, véase M. HONIGSBAUM, «O Século das Pandemias - Uma História de Contágios Globais: Da Gripe Espanhola à Covid-19» (traducido del original por M. HONIGSBAUM, *The Pandemic Century*, WH Allen, Reino Unido), Vogais - 20/20 Editora, Lisboa, 2021.

12 V. PEREIRA DA SILVA, «5 Brief Notes on Environmental Law in a State of Emergency», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisbon Law Review* (Tema: COVID-19 and the Law), año LXI, 2020, núm. 1, p. 805-811; V. PEREIRA DA SILVA, «Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law in State of Emergency» *ELPIS v- Law Review* núm. 1 / 2020, «10 to 15 Minutes on: The effect of the corona virus in Global, European and National Law», <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>; V. PEREIRA DA SILVA, «Table Ronde: L'État d'Exception, Nouveau Régime de Droit Commun des Droits et Libertés? Du Terrorisme à l'Urgence Sanitaire - Portugal», *Institut Louis Favoreu, Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle XXXV (2020)*, Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2021, p. 529 y ss. 527 ss.; V. PEREIRA DA SILVA, «Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law», en GERMELMANN / PEREIRA DA SILVA, *International Legal Studies V*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 153-160.

Además, no dejan de surgir nuevos peligros y riesgos, como el anunciado por científicos de la Universidad de Cambridge, que advierten de que el deshielo provocado o potenciado por el cambio climático podría reactivar nuevos virus congelados desde tiempos inmemoriales¹³, pero que ahora resurgen con fuerza, en lo que los estudios de Hollywood podrían llamar los «virus de los dinosaurios».

Y esta nueva prestación de salud pública no puede realizarse simplemente a escala nacional, sino que adquiere cada vez más una dimensión sin fronteras, en la que deben combinarse autoridades y políticas públicas nacionales, europeas y mundiales, como hemos visto recientemente durante el período COVID-19, con las acciones conjuntas de autoridades sanitarias nacionales, europeas y mundiales (cabe destacar la importancia de la coordinación de las medidas europeas y de la OMS en la coordinación mundial de la lucha contra la pandemia). Se trata, por tanto, de una nueva prestación pública, ya reconocida en muchas constituciones nacionales (como la de Portugal)¹⁴, pero que ahora adquiere una nueva dimensión multinivel (nacional, europea, mundial) o sin fronteras¹⁵. Esto obliga a plantear, entre otras, las siguientes preguntas al Derecho Constitucional y administrativo actual: ¿Constituye la globalización de la protección de la salud un problema constitucional multinivel? ¿Cuál es el papel de la Organización Mundial de la Salud en la gobernanza de las crisis sanitarias mundiales? ¿Cuál es el grado de globalización, armonización y flexibilidad del Derecho Administrativo sanitario actual?

3. El cambio climático es hoy la «nueva cara» de la cuestión ecológica, que surgió en el constitucionalismo de los años setenta y se manifiesta ahora sobre todo con esta nueva configuración constitucional. Esta nueva dimensión de la cuestión ecológica es de capital importancia ya que, según los estudios científicos, nos enfrentamos a un riesgo civilizatorio, puesto que si no se hace nada para conjurar los previsibles efectos catastróficos del cambio climático, podría incluso producirse la posible desaparición del hombre sobre la tierra (véase el estudio de LUKE KEMP, de la Universidad de Cambridge)¹⁶.

13 Véase la página web del *Centre for the Study of Existential Risks* de la Universidad de Cambridge <https://www.cser.ac.uk/> Véase también el vídeo de YouTube de L. KEMP, «Foreseeing the End(s) of the World» https://www.youtube.com/watch?v=Y_yMemcSMkg

14 R. MEDEIROS, «Comentario (art. 64 CRP)», en J. MIRANDA, R. MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volumen I, 2ª edición, Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1305-1322.

15 M.J. ESTORNINHO, T. MACIEIRINHA, *Direito da Saúde (Lições)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 9 y ss.

16 L. KEMP, *Foreseeing the End(s) of the World*, cit.; L. KEMP, C. RHODES, «The Cartography of Global Catastrophic Governance», *Centre for the Study of Existential Risk*, enero de 2020, <https://www.cser.ac.uk/resources/cartography-global-catastrophic-governance/>

Así, desde los años 70 del siglo XX, y más aún en la actualidad, tiene sentido hablar de constitucionalismo verde para referirse a la consagración jurídica de principios fundamentales de carácter ecológico, así como a la consagración de un derecho fundamental al medio ambiente, tanto en los textos constitutivos del ordenamiento jurídico global, la Constitución (material) europea, como en las constituciones nacionales¹⁷. De hecho, existe una sucesión de fuentes de derecho ambiental a escala global (algunas a nivel general, otras a nivel regional internacional, dotadas de diferente valor y eficacia jurídica) que consagran el derecho humano/fundamental al medio ambiente, ejemplos de las cuales son: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1967; el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972; la Convención Americana sobre Áreas Humanas en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 art. 12; el Convenio Europeo de Derechos Humanos (que, según la interpretación «creativa» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho fundamental al medio ambiente, construido sobre los artículos 2, 6, y 8); el *Aharus Convention on Human Rights*, que consagra los derechos procesales fundamentales de información, participación procesal y acceso a la justicia como parte de un derecho sustantivo más amplio (artículos 4, 6, 7, 8, 9). Todas estas fuentes del Derecho, de carácter internacional general o regional, algunas de naturaleza convencional, otras simplemente declarativas y proclamatorias (*hard law* y *soft law*), en mi opinión, permiten hablar ya de un «derecho al medio ambiente sin fronteras», como principio general implícito del ordenamiento internacional, o según una racionalidad alternativa, como principio integrante del *ius cogens*, o incluso como costumbre internacional, como práctica reiterada del ordenamiento jurídico internacional (de contenido más genérico que el contenido positivo) que va más allá de las distintas consagraciones normativas antes mencionadas¹⁸.

En el ámbito de la Unión Europea, la cuestión constitucional adquiere una dimensión diferente debido a la aparición y consolidación de un espacio jurídico europeo autónomo. Ello se debe a que la integración europea introdujo un cambio cualitativo en relación con los fenómenos tradicionales de cooperación internacional, que fue la creación de un «ordenamiento jurídico propio, que combina las fuentes comunitarias

17 V. PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The Right to the Environment», en J. CREMADES, C. HERMIDA (eds.) *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer, Cham, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1; V. PEREIRA DA SILVA, «Table Ronde: Constitution, Libertés et Numérique - Portugal», en *Institut Louis Favoreu, Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle XXXVI (2021)*, Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2022, p. 455 y ss.; V. PEREIRA DA SILVA, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», en F. BALAGUER CALLEJÓN, I. W. SARLET, *Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital*, Arazandi, Cizur Menor, Navarra, 2023, p. 439-460.

18 V. PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», *cit.*

—cuyas normas, al ser “recibidas” por los ordenamientos jurídicos internos, gozan de efecto directo y primacía sobre las de los países miembros (...)— con las fuentes nacionales¹⁹».

En el marco de la Unión Europea, la existencia de normas y principios fundamentales sobre el reparto de competencias (tanto entre las propias instituciones comunitarias entre sí, como entre éstas y las instituciones de los Estados miembros), así como sobre la garantía de los derechos fundamentales (véase la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), constituye una verdadera «Constitución Europea» (al menos en sentido material), sin que sea posible (o necesario) hablar de un «Estado Europeo»²⁰. Desde este punto de vista, el Tratado de Lisboa puede y debe entenderse como la integración de (la mayor parte de) la Constitución material de Europa.

Así, en el ámbito del medio ambiente, el Tratado de Lisboa consagra principios y deberes objetivos de preservación del medio ambiente (véase el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que obligan a actuar a los poderes públicos europeos y nacionales; mientras que el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra un derecho fundamental al medio ambiente. De este modo, la «Constitución Europea», como conjunto de valores fundamentales sobre la organización y actuación de los poderes públicos a nivel europeo y como conjunto de derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, consagra una protección objetiva y subjetiva del medio ambiente²¹. Lo mismo puede decirse de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, que consagran al menos la protección objetiva amplia del medio ambiente, a veces también con la consagración expresa del derecho al medio ambiente y a la calidad de vida, como es el caso de Portugal (véase el art. 66 CRP), mientras que en otros casos, tal derecho fundamental se consagra en la jurisprudencia creativa de los tribunales constitucionales.

En consecuencia, los tribunales constitucionales han desempeñado (y siguen desempeñando) un papel fundamental a la hora de garantizar e incluso crear (directa o indirectamente) un derecho fundamental al medio ambiente (como parece haber ocurrido en Alemania). Y, aún más recientemente, en lo que se refiere a la descomposición del derecho al medio ambiente en su integridad como «derecho fundamental a prevenir o al menos minimizar el cambio climático». A este respecto, véase la emblemática decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre el cambio climático (BVerfG, de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 2656/18, párrs. 1-270). La sentencia concluye que algunas de las normas de la Ley Federal contra el Cambio Climático de 12 de diciembre de 2019 «son incompatibles con los derechos fundamentales en la medida en que carecen

19 V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 45.

20 V. PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E», *cit.*

21 *Ibidem*.

de disposiciones sobre la actualización de los objetivos de reducción para los períodos a partir de 2031 que cumplan los requisitos constitucionales²²».

En mi opinión, esta sentencia pionera y muy innovadora aborda cinco cuestiones fundamentales: considera el problema del cambio climático como una cuestión constitucional sin fronteras, analizándolo desde una perspectiva multinivel, combinando las dimensiones nacional, europea y global; trata los derechos humanos y los derechos fundamentales como realidades jurídicamente idénticas; defiende la existencia de la protección del derecho fundamental al medio ambiente así como la protección del derecho contra el cambio climático en la Constitución alemana; concibe el derecho fundamental al medio ambiente como un derecho de acción de los entes públicos; considera que el derecho al medio ambiente es un derecho a/para el futuro, justificando así su protección intertemporal. Cabe señalar que, aunque se trata de una decisión adoptada por un tribunal nacional —el Tribunal Constitucional Federal alemán— sobre la inconstitucionalidad de una ley alemana, todo lo demás parece ser global. La sentencia aborda una cuestión global (la lucha contra el cambio climático); aplica normas internacionales (en concreto, los acuerdos de París); establece el deber de las autoridades alemanas de actuar para proteger el medio ambiente en el ámbito internacional; concede a ciudadanos extranjeros (en concreto, a un ciudadano de Nepal y a otro de Bangladesh, no residentes en Alemania) el derecho a comparecer ante el Tribunal Constitucional para defender sus derechos fundamentales, considerando que estos derechos también están protegidos por la Constitución alemana. ¿Qué más necesitamos para calificar todo esto como una sentencia jurídica global, o más bien como una decisión judicial multinivel, o incluso como una sentencia jurídica sin fronteras²³?

También es una sentencia abierta al futuro, ya que afirma que el derecho subjetivo al medio ambiente (y no cualquier norma objetiva) es la mejor forma de garantizar los derechos de las generaciones futuras. Esto significa que es necesario combinar las dimensiones del pasado, presente y futuro para proteger el medio ambiente, es necesario «proteger dinámicamente los derechos fundamentales» (§ 5). O, como también dice el Tribunal, una «protección intertemporal de la libertad del futuro»²⁴.

4. La política energética y, en particular, la transición de los combustibles fósiles a las energías sostenibles y renovables, es también una prestación pública autónoma, aunque esté estrechamente vinculada a la cuestión medioambiental. Esta prestación ecológica fundamental se inscribe además en una perspectiva constitucional multi-

22 V. PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a Multilevel Court Decision for a Multilevel Public Law Professor. An Hommage to Jacques Ziller», en D. FROMAGE (ed.), *Jacques Ziller a European Scholar*, European University Institute, Florence, 2022, p. 244.

23 *Ibidem*, p. 245.

24 *Ibidem*, pp. 252 y 253.

nivel o sin fronteras, ya que tiene también una triple dimensión nacional, europea y mundial.

Se trata tanto de una cuestión estructural, derivada de la búsqueda de las soluciones energéticas más adecuadas y sostenibles, como de una cuestión coyuntural de política común europea en tiempos de guerra, que se ha hecho aún más acuciante debido a la —hasta ahora— fuerte dependencia europea de la energía rusa (especialmente en Europa central y oriental). De ahí la reciente noticia, procedente de los últimos Consejos Europeos, de un acuerdo entre España, Portugal y Francia sobre el gasoducto entre Barcelona y Marsella, que permitirá la creación de un «corredor de energía verde».

Pero si se trata sobre todo de una cuestión estructural, entonces tenemos que asegurarnos de que optamos por verdaderas alternativas energéticas verdes (como las que resultan de la utilización de recursos naturales como el sol, el viento o las olas), y no volver a la vieja opción de la energía nuclear (que nunca puede considerarse verde). Así pues, creo que existe un «malentendido» en el debate público actual cuando se califica a la energía nuclear de verde, adoptando lo que algunos llaman una «concepción eco-modernista»²⁵. Desde mi punto de vista, ese uso del término «verde» no es apropiado para la energía nuclear, ya que pasa por alto dos cuestiones: la imposibilidad de un tratamiento sostenible de los residuos nucleares y el riesgo de catástrofes naturales o humanas en las instalaciones nucleares, que pueden tener efectos devastadores (basta con ver lo que está ocurriendo en la central atómica de Zaporijia).

5. Hoy en día, la realidad digital asume simultáneamente: a) una dimensión vertical, como nueva prestación pública que, según Hoffman-Rhiem, implica la «mayor transformación del Estado democrático moderno y del Estado de Derecho», más aún desde una perspectiva sin fronteras añadiría yo; b) una dimensión horizontal, ya que es también un medio, una herramienta esencial para la aplicación y ejecución de todas las demás prestaciones fundamentales²⁶.

En materia de derechos de la información y nuevas tecnologías, en el ámbito del constitucionalismo global, existe una Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet, creada por la *Internet Rights & Principles Dynamic Coalition* del *UN Internet Governance Forum*. Se trata, por tanto, de un texto normativo, emanado de un órgano administrativo mundial, integrado en la Organización de las Naciones Unidas, compuesto por una multiplicidad de partes interesadas, que van desde representantes de go-

25 L. FÉRRY, *Les Sept Écologies*, Éditions de l'Observatoire, París. 2021. Sobre los «éco-modernistas», en los que se incluye el autor, véase p. 181 y ss.

26 W. HOFFMANN-RIEM, *Innovation und Recht - Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Möhr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 1 y ss.

biernos y órganos administrativos, hasta empresas y grupos de la sociedad civil²⁷. En mi opinión, esta Carta de Internet, independientemente de su naturaleza y valor formal, tiene un contenido materialmente constitucional, que permite hablar de «Derechos Digitales Fundamentales sin Fronteras», como un conjunto de «principios generales implícitos del orden internacional o global, listos para ser aplicados en las relaciones privadas y públicas, así como implementados y controlados por órganos administrativos y jueces». O, siguiendo una línea argumental alternativa, «también puede decirse que estos derechos de información digital, derivados de principios jurídicos implícitos del orden mundial, se corresponden con los valores éticos más profundos de la comunidad internacional, y por tanto forman parte de la denominada “versión moderna” del *ius cogens*». O, de un modo dogmático alternativo, también es posible afirmar que estos derechos digitales fundamentales son el resultado (o están en proceso de elaboración procesal) de «una práctica consuetudinaria internacional, de un comportamiento reiterado con la convicción general de su obligatoriedad, que va más allá de los textos jurídicos (incluso cuando procede de ellos)»²⁸.

En cuanto a la Constitución Europea, tenemos la Carta de los Derechos Fundamentales, que consagra el derecho a la protección de los datos personales (artículo 8) e incluye también el derecho de acceso y rectificación de los datos, así como la garantía de control por parte de una autoridad independiente²⁹. La Carta Europea de los Derechos Fundamentales forma parte de la «Constitución Europea» (al menos en sentido material), pero, además de ésta, hay que considerar también la *Declaración de Derechos y Principios Digitales para Todos* en la Unión Europea, u otros textos, formalmente legislativos pero materialmente constitucionales, que establecen derechos fundamentales sobre la información y las nuevas tecnologías³⁰.

27 Véase https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLbLKJ0v_0sUHHRNEaUzKzp2dFr_/view

28 V. PEREIRA DA SILVA, «The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law», en BUCK-HEEB, OPPERMAN, *Automatisierte Systeme*, Beck, München, 2022, pp. 425 y ss; V. PEREIRA DA SILVA, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», *cit.*, pp. 439-460.

29 Artículo 8 (Protección de datos personales): «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan; 2. El tratamiento de estos datos se efectuará de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento del interesado o en virtud de cualquier otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos que se hayan recogido sobre ella y a rectificarlos; 3. El cumplimiento de estas normas está sujeto al control de una autoridad independiente».

30 Entre otros, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo al Reglamento general de protección de datos (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?Uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG); y la Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se establece un Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L1972>).

Por lo que respecta a Portugal, el artículo 35 de la Constitución consagra derechos fundamentales en el ámbito de la información y las nuevas tecnologías. De hecho, la versión original de 1976 se limitaba a establecer derechos en relación con los archivos manuales, pero desde entonces se ha ampliado para incluir los archivos digitales, tras las revisiones constitucionales de 1982, 1989 y 1997. Así, la Constitución establece el «derecho de acceso a los datos informatizados» relativos a los ciudadanos, que pueden «exigir su rectificación y actualización, así como el derecho a conocer la finalidad a la que se destinan» (artículo 35, ap. 1, CRP); «la ley definirá el concepto de datos personales» y su régimen jurídico, garantizando su protección, «concretamente a través de una autoridad independiente» (ap. 2); se prohíbe el uso de datos personales. 2); se prohíbe el uso de datos personales de cualquier tipo (convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o sindicatos, religión, vida privada, origen étnico), salvo «consentimiento expreso del interesado» y autorización legal con «garantías de no discriminación» o para su tratamiento estadístico (ap. 3); «se prohíbe el acceso a los datos personales de terceros, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley» (ap. 4); «se prohíbe la asignación de un número nacional único a los ciudadanos» (ap. 5); «se prohíbe el derecho de acceso a los datos personales de los ciudadanos» (ap. 6). 5); «se garantiza el derecho de acceso a las redes informáticas de uso público, definiendo la ley el régimen aplicable a los flujos transfronterizos de datos y las formas adecuadas de protección de los datos de carácter personal y de otros cuya salvaguardia esté justificada por razones de interés nacional» (ap. 6); este régimen jurídico se extiende a la protección de los «datos de carácter personal contenidos en ficheros manuales (ap. 7)»³¹. Y esta realidad constitucional también se ha completado con una *Carta de los Derechos Humanos en la Era Digital*, que formalmente es una ley ordinaria, pero de contenido material, que regula los derechos fundamentales digitales desde la perspectiva de su relación con otros derechos o principios fundamentales.

Pero los retos son aún mayores en lo que respecta al Derecho Administrativo. De hecho, «las nuevas posibilidades de realización de las modernas tecnologías electrónicas de la información y la comunicación abren nuevas dimensiones, hasta ahora inimaginables, para la actividad de la administración pública», especialmente en lo que respecta al «tratamiento electrónico de datos y la comunicación basada en Internet» (Maurer, Whalldhoff). Se ha pasado así del mero «uso de la electrónica» (*Elektronisierung*), o del mero «tratamiento automatizado de datos» por parte de las instituciones públicas, a una nueva etapa de «digitalización de la Administración» y de «todos los ámbitos de la vida», dando lugar a un verdadero *e-government* (Maurer, Whalldhoff)³².

31 Véase J. MIRANDA, R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª edición, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017; GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 374.

32 MAURER, WHALDHOF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck, München, 2020, p. 502-503.

Pero si bien son muchos los retos para el Derecho Administrativo, también son sumamente importantes, para no poner en peligro la Constitución, por lo que voto a favor de una mayor y mejor regulación de la informática y las nuevas tecnologías en la Ley Pública.

5. CAMBIOS INSTITUCIONALES DENTRO Y FUERA DE EUROPA - CONSTITUCIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

En la actualidad, creo que es necesaria una nueva «hoja de ruta» para las instituciones mundiales, así como cambios en su funcionamiento tradicional. En concreto, necesitamos:

— Recrear la ONU e intentar que funcione de forma más eficaz, porque alguien ya ha dicho que la ONU es una de las «víctimas de la guerra actual». De hecho, hay que replantearse muchas cosas: desde la cuestión de la relación y competencia de los órganos hasta su composición, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de ampliar y renovar los países miembros del Consejo de Seguridad, haciéndolo más representativo de la situación mundial actual (por ejemplo, incluyendo a la Unión Europea, Brasil e India, entre otras alternativas).

— La necesidad de reinventar la OTAN para hacer frente a los nuevos retos bélicos mundiales de hoy en día, en particular reforzando la participación militar de todos los miembros en una defensa militar común, y haciendo más eficaces los mecanismos de contribución de cada país a este esfuerzo de defensa común.

— La necesidad de crear una institución económica, o algún tipo de acuerdo entre la UE y el Reino Unido, para aumentar la cooperación económica, política y militar más allá del Brexit. De hecho, es imperativo combinar una Unión Europea cada vez más fuerte y cohesionada con otra dimensión del continente europeo (distinta, pero con valores comunes), que pueda ir más allá.

En pocas palabras, sería necesario reconstituir o crear más y mejores instrumentos e instituciones multilaterales de todo tipo para hacer frente a las nuevas circunstancias en las que vivimos.

6. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA. ¿HACIA UNA EUROPA MULTI-NIVEL?

A la vista de la situación actual, existen al menos tres posibles escenarios post-Brexit para Europa:

— La ruptura de la Unión Europea tras el Brexit. Este escenario, antaño muy «temido» o muy «deseado» (según la perspectiva favorable o desfavorable al europeísmo), parece hoy completamente alejado. No sólo por la continuidad y estabilidad de las instituciones de la Unión Europea, sino sobre todo porque las circunstancias adversas han contribuido a crear un «nuevo aliento» para el funcionamiento cotidiano del ideal europeo;

— Se trata de mantener el *statu quo* actual en una lógica de continuidad, sin grandes planes ni objetivos para el futuro. Este tipo de «navegación a vela», seguir confiando en la «negociación continua» para resolver los problemas y garantizar la unidad entre todos los países, puede llegar a ser muy peligrosa, sobre todo si se hace a costa de limitar los principios y valores comunes (como parece haber ocurrido con la independencia de los tribunales en Hungría y Polonia, o con la consagración de soluciones antiliberales en Hungría, o incluso con la suspensión temporal del mecanismo de «condicionalidad europea» en materia de fondos, que parece existir cuando están en juego limitaciones de los derechos fundamentales pero es imperativo el consenso sobre la defensa común europea);

— En mi opinión, es necesario llevar a cabo una reforma constitucional de las instituciones europeas, marcada por las pautas de continuidad y evolución, flexibilidad y adaptación. Todo ello con el objetivo de aumentar la unidad y la eficacia de la Unión Europea, salvaguardando sus principios y valores comunes, en una lógica que pueda ir más allá de la unión actual.

Siguiendo la reflexión sobre esta tercera hipótesis, creo que tendría sentido considerar la alternativa de crear un mecanismo multinivel, dentro (del nivel) de la propia Unión Europea³³. En mi opinión, este replanteamiento de la lógica constitucional estructural de Europa permitiría combinar la fuerza de una Europa unida en la escena internacional (en ciertos casos, incluso más allá de la propia Unión Europea) con la continuación y el desarrollo de la integración europea. Un ejemplo de ello fue lo que ocurrió en la reunión de Praga del 6 de octubre de 2022³⁴, y que ahora se ha repetido en octubre de 2023 en Granada, con la reunión de la «Comunidad Polí-

33 A pesar de algunas similitudes, de lo que estamos hablando aquí no es de ningún tipo de mecanismo de «Europa a varias velocidades», como se ha debatido antes, y siempre (con razón) descartado en aras de salvaguardar la unidad europea.

34 A la reunión de la Comisión Política Europea celebrada en Praga en 2022 asistieron los Estados miembros de la UE (27) más 17 Estados (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Islandia, Kosovo, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Macedonia del Norte, Noruega, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido), más el Presidente de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo.

tica Europea» (*Consilium*), que consiste en una combinación del Consejo Europeo (informal) y una Reunión Europea ampliada a los países no pertenecientes a la UE.

Así pues, teniendo en cuenta la situación actual, creo que sería aconsejable que coexistieran simultáneamente tres niveles diferentes de organización constitucional europea, a saber:

— Nivel 1: Unión Europea. En este nivel, equivalente al que existe en la actualidad, la Unión Europea debe seguir desarrollando e incrementando las políticas comunes. Este nivel está abierto a todos los Estados que quieran seguir esta vía común, pero sólo a ellos. El objetivo de este nivel es mantener y desarrollar la Unión Europea, en una lógica de evolución continua. Todos los países que lo deseen pueden y deben (seguir) perteneciendo a este nivel.

— Nivel 2: Mercado europeo. Europa como simple mercado común, sin políticas comunes más allá de las que corresponden a la lógica del establecimiento de un mercado europeo, acompañado del rechazo de la regla de la primacía del Derecho europeo. De hecho, este nivel ya existe, pero sólo para casos concretos: en Europa, para Noruega y Suiza; fuera de Europa, para los llamados «países ACP» (África, Caribe y Pacífico). Este nivel serviría para abarcar a todos aquellos países que, sin aceptar plenamente los principios y valores de la Unión Europea, desean disfrutar de las ventajas de un mercado común y seguir integrados en el universo europeo. Sería una solución posible (siempre dependiendo de la voluntad de las partes) para países como Hungría, Polonia (y posiblemente otros países del llamado grupo de Visegrado). También podría ser una solución válida para Italia, si el actual gobierno populista quisiera «dar un paso atrás» en el camino de los estados pioneros de la Unión Europea (como sin duda sigue siendo Italia) y, posiblemente, para el Reino Unido post-Brexit (si no prefiere mantenerse en el nivel de cooperación).

— Nivel 3: Cooperación europea o Comunidad Política Europea. Europa como espacio de cooperación o colaboración política y económica mínima, orientada a unificar posiciones políticas en el espacio europeo, así como a celebrar acuerdos económicos puntuales y específicos. Aquí bastaría con institucionalizar y constitucionalizar el modelo seguido en la reunión de la «Comunidad Política Europea» (como el citado *Consilium* de Praga en 2022 y Granada en 2023³⁵). Posibles candidatos para este nivel: el Reino Unido (si no prefiriera subir antes al nivel 2), Turquía, Ucrania (aún en período de guerra). Pero este nivel también podría extenderse (al menos

35 Esta reunión de Granada tuvo lugar después de la Conferencia, pero aun así fue posible hacer esta referencia en la versión escrita.

ocasionalmente) a otros países occidentales (no europeos), como Estados Unidos de América, Canadá, Japón, Corea del Sur.

La solución a la creación de estos tres niveles podría pasar, bien por la celebración de nuevos tratados constitucionales, bien por la reforma y adaptación de los existentes, con la cooperación de todas las instancias europeas, y posiblemente también reuniendo al Consejo de Europa, así como a todas las instancias de los países implicados en este procedimiento constituyente.

¿Hacia una Europa multinivel? Es una hipótesis que me gustaría debatir aquí, pero las respuestas tendrían que estar «abiertas» al futuro, que nadie sabe cómo será...

¡Es hora de terminar! Lo hago recordando el viejo proverbio centroeuropeo que dice que «es en vísperas del fin del mundo cuando hay que seguir plantando manzanos».

¡Plantemos manzanos!

Resumen

En este foro se analizan las consecuencias políticas y económicas que ha tenido la guerra de Ucrania. Partiendo de esa premisa, se fijan los cinco retos que tiene por delante Europa. Establecidos estos, se sugiere la organización institucional del continente en tres niveles.

Palabras clave

Guerra de Ucrania, Europa, Unión Europea.

Abstract

This forum analyzes the political and economic consequences of the war in Ukraine. Starting from this premise, the five challenges facing Europe are set. Once these have been established, the author suggests the institutional organization of the continent on three levels.

Keywords

Ukraine's war, Europe, European Union.

Recibido: 10 de junio de 2023.

Aceptado: 24 de junio de 2023.

Noticias de libros

VERDAD E INTERPRETACIÓN EN LA SOCIEDAD DIGITAL, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN; MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, ARANZADI, PAMPLONA, 2023, 154 PÁGINAS

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad
de Granada*

La cantidad de temas y de aproximaciones que permiten los asuntos evocados en el título de este libro es muy considerable. También es obligado referirse específicamente a la densidad de su tratamiento y, desde luego, a la oportunidad de hacerlo en un momento, como el actual, en el que las transformaciones son abruptas, seguramente revolucionarias (aunque no es esta una perspectiva explícitamente aceptada por los autores).

Verdad y sociedad digital son, así, los polos en torno a los que orbitan los diferentes argumentos desplegados. El primero está en una situación menesterosa, en brazos de un entramado que apenas le permite ejercer las funciones de referencia que había venido desempeñando en la sociedad analógica.

A este aspecto se alude en la desasosegante y enormemente expresiva ilustración de Francisco Balaguer Pérez que ha sido elegida para la portada del libro. Todo en ese pobre Pinocho expresa desvalimiento. Está perplejo; le crece la nariz mientras descansa en algo que es geológico (un sistema) pero también humano (una voluntad compleja que parece ofrecer descanso a la criatura que esquivo su mirada, aunque no pueda sustraerse a su influjo). El muñeco animado (con ánima/alma) no tiene a su conciencia junto a él sino una tentación fácil y extraña, mórbida, muelle, de labios rellenos. En el inacabamiento de los personajes se puede ver un progresivo proceso degenerativo: a Pinocho ya se le han desprendido partes que podrían ser neuronas o un conjunto de células epiteliales.

El segundo de los trabajos, «La interpretación en la sociedad digital», que corre a cargo de María Luisa Balaguer, pone en lenguaje constitucional este sombrío panorama. En efecto, traza una evolución crítica de las transformaciones de los Estados y de las sociedades contemporáneas. Con fuentes clásicas, como los trabajos de Foucault y Althusser sobre el poder, y otras plenamente dedicadas al análisis de los problemas actuales (Rosanvallon o Byung-Chul Han, entre otros) aborda los pro-

gresivos estadios de la crisis. Se evocan elementos fácticos (en especial todos aquellos que llevan al Estado a ser impotente frente a un modelo económico que no conoce más propósito que una acumulación de capital sin freno) pero también los constructos conceptuales que han sido operativos en esta labor de desguace: la posmodernidad, en especial («La postmodernidad ha liberalizado el pensamiento», p. 108). De esta manera se advierte de la pérdida de significado de algunas de las categorías en las que se había fundado el constitucionalismo que toma su forma tras la Segunda Guerra Mundial. En efecto, el instrumental conceptual que proveía el Estado social o la dialéctica capital/trabajo (norte de una visión determinada del constitucionalismo emancipador) apenas resiste frente a la pujanza de otras motivaciones como la expresión del sentimiento, la reivindicación de una identidad, la búsqueda de la felicidad. El populismo es la estructura argumental en la que todos estos nuevos anhelos tienen una posibilidad de condicionamiento real de la acción política como puede verse en las victorias electorales de Donald Trump o Bolsonaro, el proceso que condujo al Brexit, o el ascenso en Italia del Movimiento Cinco Estrellas, al servicio, se dice, «de la venganza de sus electores» (p. 126).

Sin duda, la conformación actual de lo que en desusada expresión se podría llamar *statu quo*, condiciona toda la vida del derecho, desde el momento creador hasta el aplicativo, dificultándole su misión ontológica (su función social) que no es otra que la resolución pacífica de los conflictos sociales. Efectivamente, en este entorno de capitalismo de casino, de poderes deslocalizados y sin control («Tiene el poder quien conquista o domina el espacio digital, donde el espacio virtual lucha por la cuota de mercado», p. 112), la interpretación del derecho lo tiene crudo para ajustarse a los venerables conceptos de previsibilidad (seguridad jurídica) o racionalidad. Y ya no es solo que no haya solo un único centro de imputación, el Estado; ni que tengamos que dar lugar a la unidad del sistema a partir de un pluralismo ordinamental trasunto de una crisis del concepto de soberanía. Tales retos podrían salvarse con una metodología que se hiciera cargo de la fragmentación del sistema de fuentes. El problema es de legitimidad y por ello de mucho mayor alcance porque la lógica inclusiva de la ciudadanía revienta cuando se dan alas a la dialéctica amigo/enemigo. El nihilismo, viejo conocido de la Europa de entreguerras, tiene una nueva época de gloria en el ciberespacio («el nihilismo se oculta en la era digital mediante la tecnología», p. 139).

Al final, en esta hora crítica, la solución vuelve a estar en la Constitución, en ese texto que sí tiene eros (se recoge la expresiva idea de Byung-Chul Han: «los datos y la información no tienen eros, no producen», p. 113); en el código que reduce a unidad un sistema de fuentes muy reconocible y controlable; un ordenamiento que

permite exigir responsabilidades. De esta manera se ubica en un contexto amplio y omnicomprendivo la cuestión de la concreta posición del algoritmo en el sistema de fuentes, problema con el que concluye el libro y que en modo alguno se puede desentender de las condiciones generales en las que opera la sociedad digital. Como escribió Iris Murdoch en una de sus inteligentísimas novelas¹: «Si no existe Dios, ¿cómo puedo yo ser capitán?».

De un tenor considerablemente diferente son las consideraciones que se llevan a cabo en el primer capítulo, a cargo de Francisco Balaguer. Se titula «La verdad en la sociedad digital» y en él se despliegan y actualizan algunos argumentos que el autor ya había desarrollado en contribuciones previas. Eran, las precedentes, investigaciones muy sugerentes que contenían análisis en los que se procedía a comparar el sentido, la función, de la verdad en la literatura y en el derecho. Muy esquemáticamente se defendía de manera persuasiva que la verdad, en la literatura (y en el arte, en general) no supone una correspondencia exacta con la realidad, con lo fáctico, sino más bien una voluntad de comprensión de todos los perfiles a los que el artista quiere acercarse («La literatura deja siempre abierta la cuestión de la verdad y carece de límites formales en su búsqueda», p. 17). Digamos que la verdad en la literatura tiene que ver con la autenticidad y los datos son seleccionados en función de este objetivo. El escritor no es un fedatario sino alguien que pretende presentar con un criterio estético (la voluntad de estilo) un sentimiento, un hecho, una historia, con todas sus aristas. Lo hace cuando narra un romance o cuando el escrito tiene como base un hecho histórico. La recreación de la traición y del heroísmo que se lleva a cabo en dos obras profundamente verdaderas, como *Anatomía de un Instante*, de Javier Cercas² (que muy oportunamente se trae al discurso) o en el maravilloso cuento de Borges, *Tema del traidor y del héroe*³, no se ve alterada por el hecho de no poder verificar exactamente cómo se desarrollaron algunas de las escenas en que se apoya.

El derecho no es un arte, aunque tenga en común con la literatura la capacidad de construir un gran relato. Pero su alcance es mucho más limitado. Ni siquiera cuando se lo convoca en relación con la justicia se puede dar cancha al apotegma «*fiat iustitia et pereat mundus*». La obra artística busca la verdad de la eternidad y los juristas buscamos la eternidad del derecho en su capacidad de resolver pacíficamente los conflictos sociales. Por eso la relación entre derecho y verdad es mucho más tensa, incluso mucho

1 *Henry y Cato*, Impedimenta, Salamanca, 2013, p. 95.

2 Debolsillo, Madrid, 2009.

3 Cfr. en la edición conmemorativa de la RAE, *Borges esencial*, RAE, Madrid, 2017, pp. 91-95.

más dolorosa. En *El juicio de Sören Qvist*⁴, que un curioso azar me llevó a leer el tiempo que esta obra, Janet Lewis nos narra el ajusticiamiento de un pastor en la Dinamarca del siglo XVI por un crimen que no cometió. Se trata de una profunda novela que dramatiza el texto en el que un jurista inglés del siglo XIX, Samuel March Phillips, recopila una serie de casos resueltos con base a pruebas circunstanciales. En este el juicio concluye de la manera más lamentable, con una condena a la decapitación de un hombre excelso dictada por un juez probo, honesto. La verdad solo se hace evidente muchos años después, cuando el presuntamente asesinado reaparece. El juicio fue modélicamente instruido; los hechos quedaron correctamente fijados; incluso el propio acusado contribuyó a hacer creíble la acusación manifestando las dudas de una personalidad dominada por una conciencia moral cercana a la santidad. ¿Verdad? ¿Mentira? El pensamiento dicotómico sirve de poco.

Por eso resulta tan útil el riguroso método con el que el Prof. Balaguer va estableciendo sutilezas y elaborando distinguos. Uno muy importante opone la sociedad analógica a la digital y el texto procede a abordar el juego que la verdad tiene en dos momentos definitorios del derecho: el momento aplicativo, el de la fijación de los hechos, y el de la creación normativa a partir de la determinación de las opciones de política constitucional.

En el primero, se conecta al derecho con su finalidad, la pacificación de los conflictos, y de ahí que la verdad se avenga con la certeza, con la seguridad jurídica. Hay un completo instrumental jurídico (que incluye derechos fundamentales que excusan a los titulares del deber de decir la verdad) que solo puede entenderse arropado por un concepto de verdad «formal», limitada, creado por y para que el conflicto concluya. Para que el cierre no sea en falso se confía en la argumentación, esto es, en la capacidad «humana» de ordenar el discurso y conducirlo conforme a una lógica no exenta de prudencia (*iurisprudencia*) a la conclusión más plausible.

En cambio, en el nivel político-constitucional la democracia es necesariamente apertura, pensamiento de la posibilidad de acuerdo con Häberle, que en consecuencia también dedicó al tema un pionero trabajo⁵. La verdad cobra en este ámbito una dimensión sustantiva de primer orden, paralela en cierto sentido a la que cabe encontrar en el arte y que nos reconcilia con la duda, con su carácter fundante, y con la necesidad de los procesos de discusión pública no se sesguen irremediablemente en favor de quienes, como en el caso de la reunificación alemana, consiguen espuriamente controlar el discurso.

4 Ed. Reino de Redonda, Madrid, 2017.

5 *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000.

Cuando dejamos atrás el mundo analógico y el desarrollo social se hace incomprendible sin las redes sociales y la inteligencia artificial la verdad en el derecho se ve sometida a nuevos asedios. En lo referente al momento aplicativo los riesgos de los algoritmos son claros pero un adecuado manejo de datos fiables pueden ser una estrategia de éxito. Lo que en modo alguno procede, desde luego, es dejarse seducir por la capacidad de la IA para atender la demanda de tutela judicial de un ciudadano. La irrupción de esta lógica matemática choca con la esencia del derecho como proceso argumentativo. Espero que se contengan los visionarios que cuenten con atribuir la potestad jurisdiccional a los diseñadores de algoritmos.

Al volver a poner el foco en el nivel político constitucional el veredicto es muy negativo: de disolución de la verdad se habla (pp. 69-77). En la sociedad digital el poder de las grandes compañías tecnológicas campa a sus anchas, haciendo caja con *fake news*, realidades alternativas, posverdad, quebrando cualquier posibilidad de que sea posible la percepción social compartida en la que reside el elemento unitario de la noción de ciudadanía.

La sociedad digital es un estado de permanente innovación tecnológica. La última, la IA generativa, añade un elemento adicional a la ceremonia de la confusión porque como se dice en el texto puede acentuar sus peores dinámicas y extender la perversa incerteza. En efecto, se aportan ejemplos que demuestran las dificultades para distinguir lo real de lo falso. Cuando pone la mirada en la academia todas las alarmas se disparan. Que, en la sede del saber, el compromiso, la honestidad, la inteligencia, la creatividad, tenga hueco la «basura científica» (p. 85) creada por ChatGPT es descorazonador.

Tras la lectura de estos trabajos se cuentan con datos y argumentos adicionales para apuntalar sobre nuevas bases que el discurso sobre la verdad es un discurso sobre el poder y que la mentira deja inerte al engañado («sin verdad no hay igualdad», p. 39). Por ello es posible hablar de un derecho a la verdad atribuido «al conjunto de la sociedad porque forma parte de las condiciones que hacen posible una sociedad democrática y un Estado constitucional con capacidad para garantizar los derechos fundamentales» (p. 23). Detectadas las enormes dificultades a las que se enfrenta debemos afirmar la necesidad de la intervención pública en su defensa (la regulación pública, p. 83⁶).

6 He insistido también particularmente en este aspecto en «Información, desinformación y pandemia. Un análisis contextual de la Orden de 30 de octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España», *La cittadinanza europea*, 2021, 2. Doi: 10.3280/CEU2021-002004.

No sé si la verdad nos hará libres, pero de lo que se puede estar seguro es que no seremos libres si no pensamos sobre lo que la verdad significa, con todos sus matices.

Resumen

En este trabajo se reseña la monografía de Francisco Balaguer Callejón y María Luisa Balaguer Callejón, Verdad e interpretación en la sociedad digital, que incluye dos estudios. El primero estudia la configuración de la verdad en sus diferentes contextos y momentos, poniendo especial énfasis en la incerteza que predomina en la sociedad digital. En el segundo se señala la transformación del método jurídico clásico a consecuencia de los cambios en las sociedades actuales.

Palabras clave

Verdad, derecho, política, literatura, interpretación, inteligencia artificial, sociedad digital.

Abstract

This paper reviews the book by Francisco Balaguer Callejón and María Luisa Balaguer Callejón, Verdad e interpretación en la sociedad digital, which includes two studies. The first examines the configuration of truth in its different contexts and moments, placing special emphasis on the uncertainty that characterises the digital society. The second study points out the transformation of the classical legal method as a consequence of the changes in current societies.

Keywords

Truth, Law, Politics, Literature, Interpretation, Artificial Intelligence, Digital Society.

Recibido: 9 de octubre de 2023.
Aceptado: 14 de noviembre de 2023.

**RECUPEREMOS EL PERIODISMO. IDEAS PARA
REGENERAR LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA, AA.
VV., IGNACIO BEL MALLÉN (COORD.), GESTIÓN
2000, 2023, 442 PÁGINAS**

REMEDIO SÁNCHEZ FÉRRIZ

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

Creo que el título ya lo dice todo. Nos encontramos ante la deficiente realidad de una profesión que, cualquiera que sea su definición, tanto ha supuesto en la democratización de nuestros países occidentales. El principal valor de esta obra, a mi juicio, es que la escriben quienes, sin perjuicio de su condición o no de docentes, han practicado toda su vida el periodismo, conocen bien el oficio y están viviendo ahora todas las transformaciones sufridas, básicamente por obra de las redes sociales.

En la primera parte se describe el papel de los periodistas en el momento presente con las contribuciones de González Urbaneja y de J.A. Zarzalejos. El primero recuerda que el periodismo era un buen negocio que, sin embargo, en unos pocos años ha pasado a sufrir serias pérdidas. El modelo añorado, del que se podía estar orgullosos, se halla agotado a juicio de González por tres factores (pp. 31-37): 1. El factor económico propiciado por las grandes crisis vividas desde 2008 pero también por falta de reacción y adopción de medidas por parte de las empresas periodísticas, ante los cambios sobrevenidos; sin olvidar que los lectores abandonan la prensa ante la disposición de los contenidos en internet. 2. El factor tecnológico que ha robado el monopolio de la intermediación social ante el cual la prensa ha pedido ayudas olvidando así su principal función. 3. Cambio en el modelo de negocio y de carácter: el periodismo exige verdad contrastada, pero hoy domina la inmediatez a través de las redes sociales que los propios periodistas utilizan sin poder conocer ni las fuentes:

«El caso de twitter es interesante, ya que es una de las referencias de inspiración y consulta permanente de los periodistas, que pescan en este abrevadero como fuente y alerta, que lo utilizan para divulgar sus trabajos y al mismo tiempo reciben su influencia, la interacción de crítica o aplauso...» (p. 35).

El mercado se ha diversificado entre viejas cabeceras que se resisten a morir y nuevos digitales de futuro incierto. Tampoco sorprendería al Autor que desaparezcan

algunos medios o incluso los diarios televisados. Son muchos los políticos, deportistas, artistas, que pretenden manejar el periodismo que tiene grandes dificultades para preservar su independencia porque, además, pueden prescindir perfectamente de la intermediación del periodismo. (p. 40). Y en esta situación es difícil predecir el futuro pero, sin duda, va unido a la recuperación de la credibilidad y la profesionalidad que requiere la sociedad y que la necesita más que nunca: «una sociedad tan compleja como la actual... necesita del periodismo, de buena información que valide los hechos ciertos y rechace los bulos» (p. 43). Y para ello lo básico, la piedra angular, es la búsqueda diligente de la verdad.

Ante ello, se pregunta Zarzalejos ¿qué debemos y podemos hacer los periodistas? Y en la misma línea del primer autor, responde que ante todo reconocer la situación real: el periodismo ha perdido su principal función de intermediación y hoy es totalmente prescindible para la opinión colectiva sin que haya sabido reaccionar. Pero no son solo las tecnologías sino quienes las utilizan; en este sentido, los populismos tienen gran interés en neutralizar a la profesión... suponen la «disrupción definitiva» de cuantas han afectado al oficio; la «última a que se enfrenta nuestra profesión y el entero sistema de valores que comporta el ejercicio libre de nuestro oficio» (p. 47). De algún modo, la polarización política actual se refleja en la desconfianza en los medios por parte de los extremos¹: «en el nuevo régimen de dominio social y político se ha arrumbado el factor humano, sustituido por los algoritmos y la inteligencia artificial».

Hay una posibilidad de recuperación con la complicidad de los lectores. La suscripción sería un medio de recuperar financiación y credibilidad al poder encontrar en prensa lo que no existe en las redes, objetividad y búsqueda de la verdad. Invoca Zarzalejos un activismo decidido para recuperar la realidad que la virtualidad nos ha hurtado y ser conscientes del deber de recuperar «la libertad de los ciudadanos que las Constituciones nos confían» (p. 54).

La segunda parte de la obra se dedica a los problemas diarios entre los que destacan:

1. Las tertulias informativas que desarrollan Rubén Arranz y Álvaro Zarzalejos. Se parte del año 2014 para recordar cambios importantes en el panorama informativo español al tiempo que el bipartidismo cedía ante dos nuevos partidos, destacando la labor de Pablo Iglesias en la televisión. Proliferaron las tertulias reflejando el interés de la ciudadanía por la política. Con absoluta claridad denuncian la intervención

1 En el mismo sentido se ha manifestado recientemente FBALAGUER CALLEJÓN *La Constitución del algoritmo*. Zaragoza, 2022, Fundación Giménez Abad.

de los partidos políticos manejando la distribución de los nuevos canales de TDT que sucederían a la tv analógica.

Me escandaliza saber que las sedes de los partidos mandan a los contertulios el argumentario del día, aunque a decir verdad se nota demasiado en algunos casos. Aun distinguiendo la mayor reflexión en el caso de la radio que de la televisión, se pone en duda que los tertulianos puedan opinar con un mínimo de profundidad cuando se prodigan en exceso. Por lo demás, los autores refieren el éxito y/o fracaso de tertulias que, siquiera intentándolo, no han logrado nunca igualar la seriedad y el rigor de «La clave» de Balbín en tiempos de la Transición, sin silenciar el eterno problema de las televisiones públicas cuya manipulación por los gobiernos ha demostrado ser inevitable (p. 69). Y no cabe olvidar que la TV3 se lleva la palma en sesgos interesados que destacan con ocasión del problema del *procés* y del escándalo de corrupción de la familia Puchol². Tras revisar la situación en España, de clara decadencia de la TV y la prensa, se subraya un elemento preocupante y es la desconfianza de la ciudadanía en los medios en la que España ocupa el segundo lugar, solo después de Polonia (p.74). Creo decisiva la conclusión de la página 76: «La falta de fiscalización, en la vida, puede conducir a desviaciones éticas bastante peligrosas».

2. *La ética, el arte de lo posible (y necesario)*; este tema tan poco políticamente correcto, es el que, a sabiendas, y con convicción, desarrolla Ignacio Bel. Al preguntarse, como los demás, por la razón de la desconfianza del público, no duda en señalar la falta de ética que en el caso del periodismo gira en torno a sus principios deontológicos. Recuerda las viejas obras del maestro Desantes y de Carlos Soria dedicadas a la ética y a la búsqueda de la verdad; también yo las recuerdo y comparto el planteamiento. Aunque, como dirá Bel, conviene precisar el sentido de la ética siendo un término que, como el de la democracia, tiende a ser invocado incluso por quienes más la ignoran. Y el autor lo intenta a través de 5 ideas:

a) La ética no es una moda sino un valor permanente. Hoy no está de moda, ciertamente, y recibe los mayores ataques olvidando que sin verdad no hay información³ y que «la información es del público, no del informador, que lo único que reci-

2 He de reconocer que las anécdotas de los autores sobre la TV-causan rubor y, tratándose de televisión pagada por el erario público, me pregunto qué hacen nuestras instituciones democráticas permitiendo semejante dislate (y, me permitiría añadir, expolio).

3 De nuevo quiero recordar el reciente libro de Balaguer, ya citado, en el que pone de relieve el daño de las redes a las libertades informativas y el mayor valor hoy de las *fake news* con gran desvalor de la verdad. No es reciente pero sí decisivo el libro de I. VILLAVARDE MENÉNDEZ *Los derechos del público: el derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*. Tecnos, 1995. Bel (en p. 91) sintetiza el mensaje: «La razón de existencia de la información, del trabajo

be es un mandato tácito para ejercerla en su nombre» (p. 87). Entre tantas deficiencias que hoy se observan la falta de ética es clara, en especial, en los años 2020-21.

b) La libertad (y su reverso de la responsabilidad) es el fundamento de la ética porque esta no se basa en normas sino en principios y porque no cabe confundirla con la realidad jurídica que se impone y sanciona. De ahí que ha de ser una opción voluntaria y no impuesta aunque sí debe ser enseñada; por ello no cabe hablar de ética, ni cabe su práctica, sin un ámbito de libertad.

c) La vigilancia, el control y evaluación de la ética en el campo informativo, dicho lo anterior, parece de difícil ejecución puesto que en el caso del periodista dependerá de su conciencia; pero sí puede ser observada en el caso de las empresas, como bien recuerda Bel siguiendo las viejas propuestas de Soria.

d) La verdad como parámetro de la ética que, como bien se sabe, no es la verdad absoluta sino el esfuerzo y la diligencia del informante por ofrecerla al público, con profesionalidad y con la mayor objetividad posible.

e) La ética es el mejor soporte del principio de la justicia informativa dando cumplimiento a la definición de Ulpiano: «dar a cada uno lo que es su propio derecho». Pero para cumplir la justicia hay que ser libres y el autor lamenta que son malos tiempos, no solo por parte del gobierno, sino de cuantos poderes no desean la libertad informativa (p. 102).

3. Cómo evitar que la prensa tradicional sea devorada por las redes sociales. Es un capítulo del que se ocupa Fernando Cano cuyo punto de partida es la aparición del iPhone de cuyas inmensas posibilidades no supieron distinguir los grandes medios el riesgo de que perderían su financiación publicitaria. El autor avala el ya repetido desplome de los periódicos con datos estadísticos de gran interés sobre las principales cabeceras y grupos mediáticos. Y, a partir de ahí, Google tomó el control. Aunque la primera reacción en España fue de oposición, todos han acabado firmando acuerdos con el gigante y exigiendo a sus periodistas que se adapten a las exigencias nuevas (por lo demás, cambiantes con demasiada frecuencia). El resultado de los 14 años que el autor estudia con datos reales es que las redes sociales son hoy la primera fuente de información y lo curioso es que la ciudadanía sigue buscando noticias, pero lo hace a través de las redes (p. 119). Con ello se expande también la superficialidad de la información de la que, a lo sumo, importa el titular: toda información «es válida en las redes sociales y genera una peligrosa desintermediación» como caldo de cultivo para las *fake news*. La

informativo de los periodistas, no tiene otro fundamento que ese derecho de los ciudadanos a saber, a estar informados, ejerciendo su derecho a la información».

proliferación de estas llega a afectar a veces al periodismo que se ha dejado llevar por la inmediatez (p. 124).

Y, sin embargo, solo el buen periodismo puede evitar que se sigan difundiendo las «*fake news*», pero el periodismo serio en el que el público pueda confiar. El sistema de compensación económica por los lectores ha dado buen resultado en *The New York Times*, pero en España el sistema de suscripción es muy residual. El autor propone usar una plataforma para toda la prensa y establecer un precio único para poder dejar de utilizar las plataformas de las redes sociales. Es de esperar que la confianza del público que aun la mantiene les puede ayudar a salir de la crisis.

4. Jorge del Corral y Díez del Corral se ocupa del excesivo peso de los medios audiovisuales y su secuestro por el poder ejecutivo. No puede ser más interesante por su método comparado que le permite afirmar de entrada que España es el país de la OCDE con más organismos públicos de radio y tv, todos los cuales vinculados a los ejecutivos autonómicos o nacionales. No han faltado, en el descarado posicionamiento de estos medios protestas al Parlamento europeo o contra Mariano Rajoy. Propone el autor como solución una Comisión realmente independiente y el pago de canon⁴ por los ciudadanos. El autor explica el sistema actual y sus objetivos, realmente bien establecidos pero su control se lleva a cabo por miembros nombrados por el Congreso de los Diputados...

El autor refiere (p. 136-143) todos los sistemas autonómicos de radio y tv, apuntando su similitud con el sistema nacional y la competencia desleal que ejercen con las televisiones privadas, lo que explica que estas apenas sobrevivan. En síntesis, afirma el autor que «en España la radio y tv públicas son del poder ejecutivo» (*sic*) y que hay regiones que poseen más tv públicas que estados de la UE⁵. El principal problema es su politización que refleja la polarización social a la que hemos llegado y ha actuado en perjuicio de las públicas nacionales y en beneficio de las autonómicas que nutren a las izquierdas hoy en el poder, mientras que los votantes de centro derecha se inclinan por las privadas nacionales. Pero, tal vez, lo más significativo es que se advierte del desuso de la palabra España, prácticamente desaparecida de todas las televisiones públicas. Invoca la necesidad de que Europa dictamine un sistema algo más homogéneo y acaba dando cuenta de los sistemas audiovisuales de todos los Estados de la UE con gráficos comparativos de gran interés.

4 Parece que ya se estableció al crear TVE en 1956 que pesaba sobre los aparatos de recepción, aunque las extraordinarias dificultades de su cobro hicieron que pronto desapareciera (p. 143).

5 Cataluña tiene más canales públicos que Francia, Austria, Polonia o países Bajos, entre otros. Y el País Vasco y Galicia los mismos que Francia y Austria... (p. 146).

5. De la desinformación y otros desórdenes informativos se ocupa Loreto Corredoira. Conocedora como es de las nuevas tecnologías, comienza por dejar claro que en la era de la posverdad, sus riesgos para la información y para la democracia exigen el compromiso de todos los periodistas en la investigación de la verdad y en el esclarecimiento del contenido esencial del derecho a la información. El contexto global de la comunicación se ha visto totalmente transformado desde el comienzo de este siglo en el que el uso de medios alternativos ha interferido en las realidades políticas y sociales por obra del *ciberactivismo* que ha llegado a amenazar a Estados democráticos (caso *WikiLeaks*, caso Nasa, *Cambridge Analytica*, manipulación por otro Estado del *brexit*, etc.). Las redes sociales difunden muchísima información sin contraste y sin pretensión de objetividad; nunca hemos estado más desinformados, y triunfan las falsas noticias y los bulos (p. 176).

La posesión del *big data* ha llegado a debilitar a los Estados, se producen más vulnerabilidades en los Derechos Fundamentales y hasta el Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre las injerencias en procesos electorales:

«...hablamos de acciones de vigilancia, espionaje y desinformación de gran escala: algunas urdidas solo por humanos y otras con la colaboración de las matemáticas, la inteligencia artificial...» (p. 180).

Corredoira (pp. 182-192) intenta una taxonomía de la desinformación de la que no escapan los medios clásicos en los que la verdad sí importa. Hay noticias falsas por no ser correctas en algún sentido; pero también las hay al efecto de desinformar; por su gravedad destaca los videos falsos cuya regulación está siendo estudiada por la UE en el Reglamento de Inteligencia Artificial. La proliferación de fuentes disruptivas crea confusión en los medios sin tiempo para poder reaccionar y modificando la rutina habitual de las redacciones; es obvio que ante fuentes no confirmadas, la verificación es difícil y no dispone de la velocidad de los bulos. No menos importante es el silencio informativo y los sesgos que se dejan sentir muchas veces en forma descarada. La reciente experiencia del Covid-19 ofrece muchos ejemplos; en definitiva, es un ataque a la objetividad sin la cual no hay periodismo y, como también se ha comprobado en la crisis sanitaria, falta de transparencia. Todo lo cual refuerza la polarización social y política que hoy es una realidad que se acompaña y fomenta por los «relatos» interesados.

La autora aporta tres ideas positivas para la superación de los dislates que hoy nos invaden. En realidad, me satisface comprobar que no es sino retomar los grandes principios que se han ido olvidando: ante todo, vuelta a la verdad y a las fuentes bajo contraste controlando desde el punto de vista internacional la existencia de «paraísos

legales» que facilitan la criminalidad telemática; en segundo lugar, ser rigurosos con los bulos intencionados en los que la prensa no puede caer y ha de retomar su ética y su prestigio; y por último, ética, profesionalidad con criterio propio, e implementar la formación educando también sobre los algoritmos. En definitiva, volver a los principios y valores que con tanto empeño están siendo atacados por nuevos poderes ocultos ante los que la prensa aún puede reaccionar.

6. Carmen Fuente Cobo refiere la pereza de los gobiernos españoles al aplicar la normativa europea y su empeño en regular tan solo las televisiones públicas. Sin duda su principal aportación es la referida al pluralismo y a la forma como los gobiernos españoles no han llevado a cabo el establecimiento de un garante independiente, llegando, tras otras interpretaciones obtusas, al momento presente en que un Ministerio se ocupa de las funciones que habían de ser independientes (p. 214). De ahí, el resultado no podía ser otro que un mercado hiperconcentrado, sin contar con la nueva confusión generada por las redes sociales a que ya se ha hecho referencia.

7. Alberto Lardiés llama la atención sobre el éxito de la telebasura con programas como «Sálvame». No dudo del interés del trabajo del autor aunque personalmente no creo que ello forme parte de lo que es ni la libertad de expresión ni el derecho a la información aunque también es cierto que en este tipo de *shows* estamos más bien ante una forma de negocio⁶, y como tal es lícito, en principio⁷.

8. No es de extrañar que Mercedes Medina y Tatiana Pereira-Villazón se planteen si la información vive en tv su ocaso. Es loable la introducción histórica que presentan sobre la aparición del medio en América y Europa, cruzado de grandes guerras y con clara finalidad informativa. Pero, como no podía ser de otro modo, la proliferación de canales, la transformación imparable de las tecnologías permite considerar, a mi juicio, un milagro que aún hoy seamos capaces, gracias sobre todo a la normativa internacional y europea, de seguir conservando y velando por los grandes valores y principios de la información (p. 245). Por lo demás las autoras se suman a datos y referencias ya expuestas en cuanto a audiencia y a lo que podría

6 En otras ocasiones he sostenido que el discurso del odio y toda la literatura en torno a él han venido a confundir más los conceptos básicos de las libertades informativas; y creo que en ello la judicatura ha contribuido admitiendo como procesos de derechos fundamentales lo que no lo son. No puede extrañarnos, pues, que hoy se considere arte ciertas canciones que sobre escenas son zafias y de mal gusto.

7 Sin embargo, no digo que puedan haber influido en el lenguaje y el mal gusto de los jóvenes que lo frecuentan, pero sí explica en parte la difusión también al mundo de la canción de ejemplos que, a mi juicio, solo por error, han podido aceptar los jueces como manifestación de Libertades fundamentales.

considerarse información en un sentido amplio para concluir una vez más en la necesidad de recuperar el rigor y la confianza de los consumidores que solo volverá ante medidas de respeto a los valores y principios. Tal vez en la próxima referencia al capítulo escrito por Sinova comprobaremos que según tiempos y modas la información destaca algunos de sus aspectos más que otros.

9. Lucía Méndez dibuja perfectamente uno de los problemas con que se halla el periodismo al definir su relación con el poder como «amor-odio». Las presiones siempre han existido, pero en función de la ética y la personalidad de los directores se han resistido o no. Es obvio que el periodismo clásico ha podido influir en el poder y acabar con mandatarios; pero ello hoy es imposible tras las crisis y la depauperación no solo económica sino de profesionales. Sin duda lo más destacable es cómo la Autora advierte del efecto pernicioso que las redes sociales han tenido al introducir en la comunicación fanáticos de una idea u otra que son capaces de desacreditar a los periodistas que no les son afines y hasta provocar su despido (p. 273).

10. Francamente interesante el reproche que hace María Peral a los periodistas de Tribunales que se dejan llevar por lo espectacular y llamativo de algunos casos, olvidando a veces la presunción de inocencia:

«Se ha normalizado entre nosotros convertir en espectáculo social los procesos judiciales en los que las personas se juegan su libertad, su familia, su patrimonio, su reputación... su futura en definitiva».

De ahí, los conocidos juicios paralelos y los daños irreparables que pueden causar. La autora invoca con gran corrección los grandes principios del Derecho que suelen ser desconocidos y, por supuesto, el comportamiento ético. Se trata de un capítulo riguroso, muy cuidado y erudito con perspectiva jurídica que le permite hacer una lectura de la deontología profesional desde los principios y mandatos constitucionales que llevan a la Autora a reivindicar, entre otras propuestas, la formación jurídica de quienes ejercen la profesión en el ámbito judicial.

11. Carlos Sánchez Sanz pone el acento en la necesaria independencia de los medios y hace bien en compararla con la de los jueces y afirmando que no es un fin sino un medio. Es cierto que «va con el sueldo», toda profesión que pueda generar problemas a otros estará sometida a presiones. Naturalmente, dependerá de la fuerza de quien presiona y de la fortaleza y prestigio del medio que tiene la posibilidad y el deber de informar. Por ello, la situación de debilidad actual impone mayores riesgos a la información ante presiones externas. Destaca la mención de medidas adoptadas por el Parlamento y por la Comisión europea frente a las presiones y muy en especial frente a las «demandas estratégicas», o recursos generalmente millonarios que son

capaces de acabar con un medio, aun sin entrar en el fondo, tan solo por la exagerada solicitud de indemnizaciones (pp. 298-300). La importancia de la cuestión y la debilidad del periodismo han llevado a que se pronuncie la Unesco en su defensa. Entre las medidas de interés, recuerda que el periodismo tuvo mucho músculo cuando distinguía perfectamente entre información y opinión⁸. La cuestión hoy es compleja porque la exagerada fragmentación de medios (amén de las multipresentes redes sociales) contrasta con que las audiencias están totalmente polarizadas como ya *supra* se ha visto en varias ocasiones. Aunque ofrece algún ejemplo interesante de iniciativa redaccional en el extranjero, acaba centrando su atención en la transparencia⁹ y su supuesto papel en el logro de la independencia, aunque, a mi juicio, debería decir el papel de la confianza del lector puede verse favorecido por la transparencia (p. 315).

12. Justino Sinova escribe como profesional pero también como docente y me llama la atención la coincidencia con mi experiencia, aunque en materias distintas. El pesimismo o los cambios radicales en la aplicación de los grandes principios han surgido de las aulas. También yo lo he denunciado en ocasiones, es el relativismo llevado al extremo en materias que se deben regir por la certeza y seguridad. Su defensa de la objetividad se apoya en Hannah Arendt. Produce rubor, escribe Sinova,

«tener que insistir en la importancia crucial de la verdad en el periodismo, pero es obligado ante el diletantismo y la infidelidad profesional de quienes usan el periodismo como recurso para la adhesión ideológica o partidaria» (p. 323).

La Transición nos ofrece recuerdos de un periodismo ejemplar, nada que ver con la actualidad: «El clima político ofrece inquietantes casos de enfrentamiento, nada que ver con la tolerancia, la cooperación y la cordialidad de los primeros años de la Transición...» (p. 325). Hoy el periodista no distingue entre noticia y opinión introduciendo la suya en un relato que debería ser objetivo. Un nuevo riesgo es el infoentretenimiento en el que el segundo elemento deforma la información. Pero

⁸ Cuestión de la que se ocupa Justino Sinova en el Capítulo siguiente.

⁹ No me suelo confiar en exceso a tantas esperanzas que ponen quienes estudian esta supuesta «novedad» de resultados tan discutibles. La realidad más bien la desmienten; con todo, la fuerza jurídica de la misma halla su fundamento en el derecho a información y no al revés. (R. SÁNCHEZ FERRIZ, «Cuarenta años de Derechos Fundamentales: Un ejemplo de culminación de su eficacia: el derecho a la información como fundamento del deber de transparencia de la actuación pública», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. Extra 31, 2018). Más reciente pero no con menos desconfianza, R. SÁNCHEZ FERRIZ «La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado», en *TRC*, núm. 51, 2023, pp. 159-186.

no es solo eso. Las redes sociales han impuesto la síntesis del titular. Y la ideología se hace presente y visible en la información:

«Lo más perjudicial para el periodismo y su función en una sociedad libre es la penetración de la ideología política en¹⁰ el mensaje. Es un grave cáncer para el periodismo y, a la larga, para la democracia...» (p. 334).

13. Ignacio Bel retoma la palabra para exponer los principales problemas de la profesión según los propios periodistas a partir de los diversos aspectos tratados por los autores precedentes. Toma como datos objetivos los Informes anuales publicados en la última década por la Asociación de la Prensa de Madrid. Y las conclusiones son claras: 1, el paro y la precariedad laboral, con gran exceso de horas trabajadas; 2, la falta de independencia; 3, la falta de tiempo para poder desarrollar el trabajo con rigor y objetividad; 4, deficiente formación que reciben los futuros periodistas; 5, la negativa valoración social de su trabajo; 6, la realidad virtual y las redes sociales. Acompañando datos numéricos y tablas el Autor va razonando sobre cada uno de los elementos mencionados. No son los únicos problemas, pero sí son los más destacados por los propios profesionales que, en definitiva, se pueden agrupar en torno a las dificultades para desarrollar debidamente la profesión y en torno a los contenidos del trabajo. Y ante tantas dificultades, no siendo posible resolver las que proceden de factores externos, sí cree Bel que caben 6 medidas: 1, ser lo más éticos posibles respetando la deontología; 2, luchar por ser cada vez más rigurosos; 3, luchar por la independencia; 4 buscar la verdad y la máxima objetividad; 5, no abandonar la formación continuada; 6, exigir el apoyo decidido de sus asociaciones profesionales que sí parece estar mejorando lentamente.

14. La tercera parte de la obra lleva por título editores versus empresarios, lo que ya nos pone en la pista de su finalidad: estamos ante empresas especiales en la medida en que tienen una finalidad social constitucionalmente consagrada. Como empresas persiguen el negocio pero este se ha de desarrollar partiendo de principios éticos y con una finalidad dirigida a la ciudadanía y a la consolidación democrática. De nuevo Ignacio Bel nos aporta una interesante serie de entrevistas a empresarios y periodistas directivos que valoran lo sucedido en los últimos años en sus empresas.

Se ha expuesto por alguno de los autores el comienzo de la prensa unido a concretas personas que pretendían transmitir información en forma casi artesanal pero

10 Advierte el error del anteproyecto de Ley de Información Clasificada y sus riesgos graves, llamando la atención sobre la escasa oposición y repulsa que ha provocado.

con ideas bien preestablecidas en ellos mismos. Hoy, entre tantos cambios mencionados también se ha aludido a las transformaciones de las empresas informativas, sus iniciativas en varios soportes, la dirección por consejos, etc. No en vano, Bieito Rubido titula su colaboración como «España: se busca editor». Pues en España hoy no hay editores, hay empresarios de la comunicación. Quedan algunas familias pero la figura parece en fase de extinción. Esta figura tan especial que da cuerpo y alma a un medio es lo que Antonio Fernández-Galiano trata de mostrarnos en las últimas páginas de la obra en la que vincula la debilidad de la figura del editor a la de los propios medios que en la polarización política y social actual sufren la pérdida de valores perfectamente expresados en nuestra Constitución:

«El papel que desempeñaron los periódicos y los editores durante la Transición permitió un consenso no solo en el terreno político (nunca estuvo tan unido respecto a los principios todo el arco parlamentario), sino también en el ámbito social. Los periódicos intervinieron decididamente para aunar voluntades entre los ciudadanos, lo que permitió construir una voluntad general que se expresó masiva y mayoritariamente a favor de una idea, de unos principios que permitieron ordenar nuestra convivencia».

Me gustaría señalar una conclusión final. Creo que nunca he recensionado un libro colectivo. Sin embargo, el presente tiene unas características que merecen atención: la afinidad profesional de sus autores y la común preocupación por la situación actual del periodismo que tanto afecta a la realidad democrática y sus actuales disfunciones. Su esfuerzo por haber tratado todos los elementos que hoy son visibles y haberlo hecho de modo muy fundado, y cabría decir académico al manejar doctrina de primera mano, y haber tenido toda una visión supranacional. Ninguno ha obviado nuestra situación transnacional, teniendo siempre presente la normativa y los pronunciamientos de la UE, siempre de aplicación a nuestra situación española (sin perjuicio de sus efectos cuando dependen de nosotros mismos).

De querer concluir con coincidencias entre todos los autores como su común objeto de preocupación, destaco los siguientes:

- La debilidad en buena parte del sistema informativo sin ocultar la propia responsabilidad del mismo.
- Descenso llamativo de la confianza del público en la prensa y más aún en la tv, salvándose solo la radio.
- La desintermediación o pérdida del papel de intermediario de la información con la sociedad y la polarización de ésta que condiciona la recuperación del buen periodismo.

- La prensa, devorada por las redes sociales. Estas minusvaloran las libertades informativas y, en consecuencia, la democracia.
- La fragmentación de los medios, con la aparición de los digitales no impide que exista acumulación de la audiencia en bien escasos grupos mediáticos y su sesgo ideológico.
- La desaparición de la figura del editor dispuesto a comprometer su patrimonio en defensa de unas ideas y valores que han caracterizado el periodismo tradicional.

Creo, pues, que pese a la variedad de las aportaciones todas ellas siguen un discurso común de preocupación y de búsqueda de la recuperación de los valores que explícitamente se reconocen y exigen en nuestra Constitución.

Resumen

La recensión da cuenta de un libro colectivo que analiza la deficiente realidad de una profesión que, cualquiera que sea su definición, tanto ha supuesto en la democratización de nuestros países occidentales. El principal valor de esta obra radica en que, quienes la escriben, sin perjuicio de su condición o no de docentes, han practicado toda su vida el periodismo, conocen bien el oficio y están viviendo ahora todas las transformaciones sufridas, básicamente por obra de las redes sociales.

Palabras clave

Periodismo, transformación digital, libertad.

Abstract

The review reports on a collective book that analyzes the deficient reality of a profession that, whatever its definition, has meant so much in the democratization of the West. The main value of this work lies in the fact that those who write it, regardless of their academic experience, have practiced journalism all their lives, know the profession well and are now experiencing all the transformations it has undergone, basically as a result of social networks.

Keywords

Journalism, digital transformation, freedom.

Recibido: 5 de mayo de 2023.

Aceptado: 9 de mayo de 2023.

LA LIBERTAD DEL ARTISTA, VÍCTOR VÁZQUEZ, ATHENAICA 2023, 260 PÁGINAS

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de
Murcia*

Las libertades comunicativas integran una familia muy estrecha, en las que la libertad de expresión se reconoce como la cabeza y, en cierto modo, la misma ofrece un manto en el que se recogen el resto de libertades y derechos que se relacionan con la comunicación pública, lo que ha propiciado un antiguo debate sobre la autonomía de cada una de ellas. La Constitución española de 1978 puede servir como ejemplo a este respecto, al haber regulado en un mismo precepto, en el apartado 1 del art. 20, toda una serie de derechos, que empiezan por la libertad de expresión; siguen por la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y con la libertad de cátedra; y terminan con la libertad de información. Pues bien, ha sido mucho lo que se ha escrito sobre las libertades de expresión y de información; menos, sobre la libertad de cátedra; y diría que, aún menos, sobre la libertad artística, que doctrinal y jurisprudencialmente, con alguna excepción, venía siendo tratada casi como un apéndice, una hija menor de la libertad de expresión. Porque, es cierto que los lazos entre los miembros de esta familia son muy intensos. Al final, comparten una vocación —su aportación a la conformación de una opinión pública— y son expresión de ese afán tan característico de los humanos que es la comunicación con los demás. Si asumimos que el ser humano es social por naturaleza, debemos reconocer de inmediato que lo es porque es un ser locuaz, expresivo. Además, la discusión sobre cuáles son los límites a estas libertades tiene un ineludible marco común ante problemáticas que son muy similares, y el propio objeto de las mismas resulta en muchos casos mestizo —¿cuándo estamos expresando una opinión o relatando una información? ¿El arte no puede tener una finalidad de expresión política o buscar transmitirnos un hecho?—. Incluso, los sujetos privilegiados que ejercen algunas de estas libertades —el periodista, el profesor o el artista— a veces tampoco ofrecen unas fronteras seguras en un mundo cada vez más líquido donde las distinciones profesionales se ven difuminadas —así, hablamos de periodismo ciudadano, artistas callejeros...—. Lo cual ha justificado que, en muchos casos, se dé un tratamiento integral a todos estos derechos y libertades y que, en cierto modo, el foco se ponga en la libertad de expresión como núcleo común. Sin embargo, no podemos negar

que, al mismo tiempo, es también interesante un estudio singularizado que permita observar aquellos elementos específicos que caracterizan a cada uno de estos derechos y libertades comunicativos. Y es aquí donde debe situarse la obra del profesor Víctor Vázquez, *La libertad del artista* (Athenaica, 2023).

Se trata de una obra que, si se me permite, creo que está llamada a integrarse como un clásico entre los estudios jurídicos. De hecho, podría traducirse a cualquier lengua de un país que pertenezca a esa órbita que llamamos de cultura liberal sin necesidad de mover una coma del texto. Porque, lo primero que hay que señalar, es que no estamos ante un estudio del Derecho positivo de ningún país, sino ante una reflexión constitucional cosmopolita sobre una libertad, la libertad artística, cuyo reconocimiento es en buena medida común en toda democracia con independencia de la concreta dicción de los diferentes textos jurídicos. Y es, además, una obra sin lugar a dudas singular: no se trata de una monografía jurídica al uso, de corte manualístico, donde se exponen el contenido y límites de un derecho, trufada de referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales; sino que estamos ante un ensayo jurídico, escrito por un jurista sobre un tema jurídico, pero que entra en diálogo con el propio objeto cuya protección preocupa —el arte y, como precisa la cursiva desde el título de la obra, el artista—. De ahí que las aportaciones y fuentes jurídicas se complementen con referencias que evidencian un destacado conocimiento del arte y de los movimientos artísticos a lo largo de la historia y de la filosofía del arte. Una construcción ensayística que impregna también la propia estructura de la obra, en la que la aproximación a esta libertad fundamental y a las problemáticas constitucionales en torno a la misma fluye casi como un relato donde se diluyen las rupturas propias de los esquemas del jurista antes señalados —objeto, límites, etc.—, aunque todos estos elementos vayan brotando en el discurso. Un relato, todo sea dicho, *dibujado* con una prosa muy cuidada.

La principal aportación jurídica de esta obra es, como se ha venido diciendo, ofrecer una aproximación a la libertad artística que permite comprender lo que ésta tiene de específico y las particularidades que abonan su protección constitucional entre las libertades comunicativas. El punto de conexión con ellas se encuentra en que el arte es, como sitúa el autor, un acto comunicativo que debe reconocerse como una forma de discurso público, al margen de que pueda conectarse de forma más o menos mediata con el discurso político o de relevancia pública. Se aborda así una cuestión clásica en los estudios sobre las libertades comunicativas: ¿sólo merecen protección determinados discursos sobre materias privilegiadas democráticamente —singularmente, las cuestiones políticas— o estamos protegiendo algo más al dar tutela a estas libertades? El profesor Víctor Vázquez en esta obra responde que de-

bemos llevar cuidado para no caer en visiones utilitarias que puedan llevar a una funcionarización o instrumentalización democrática de estas libertades, olvidando que en el fundamento de su protección reside también el reconocimiento de que la comunicación resulta esencial para la autonomía personal y para el libre desarrollo de la personalidad. Y esta respuesta, que es válida para cualquiera de las libertades comunicativas, tiene que ser especialmente recordada cuando nos referimos a la libertad artística, como se hace en la obra. En primer lugar, porque existen movimientos artísticos que han renunciado *a priori* a ser inteligibles socialmente, que se construyen herméticamente, pero que también deben ampararse constitucionalmente. Tomando el ejemplo de las vanguardias, el autor explica cómo cualquier movimiento, hasta lo más cerrados, pueden terminar influyendo en la opinión pública. De ahí que defienda la necesidad de proteger constitucionalmente cualquier manifestación artística con independencia de su conexión o no con la política; porque la legitimidad de una democracia en una sociedad abierta, al final, reclama un alto grado de libertad y de espontaneidad en los procesos comunicativos, como señala el profesor Víctor Vázquez. Y, en segundo lugar, el autor pone también el acento en cómo el arte es precisamente ese lugar «dentro del cual el hombre es único», cómo la creación artística es una actividad en la que el yo del artista se realiza de forma muy íntima y que, en consecuencia, merece esa especial protección por su estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad.

Para la delimitación de esta libertad, el profesor Víctor Vázquez opta por resolver el galimatías que presenta identificar el objeto protegido situando al artista como centro: «el arte (para el jurista) es lo que los artistas hacen». Y es a ese proceso creativo que realiza un artista y a la propia sociedad que quiere disfrutar del mismo, que también goza de un derecho a la «experiencia artística» visto en perspectiva pasiva, a las que se le da protección. Algo que no hace sino trasladar, en cierto modo, el problema final de la determinación de cuándo estamos ante una acción que merece esta protección constitucional iusfundamental. Situar al artista como centro de la protección puede ofrecer algunas ventajas para evitar discusiones sobre si una obra es o no arte, pero no se trata de un puerto seguro libre de cuestionarnos quién tiene tal condición de artista o, de forma más general, si alguien fuera del gremio artístico puede en algún momento ejercer esta libertad con la mayor de las protecciones constitucionales.

También apunta la obra un tema que, el día de mañana, puede ser capital: la deshumanización del arte. Algo que es trasladable a muchos de los ámbitos donde se ejercen derechos fundamentales, especialmente las libertades comunicativas. Las herramientas de inteligencia artificial creativas presentan no sólo un problema de

derechos de autor, sino directamente de titularidad del ejercicio de las libertades fundamentales. Nos recuerda el autor que en principio no reconocemos la titularidad de derechos a robots, pero, ¿puede quien diseña uno de estos instrumentos de IA invocar su libertad artística o su libertad de expresión ante un régimen jurídico que restringiera severamente su uso en determinados ámbitos? Es una cuestión que queda abierta.

El núcleo esencial de la protección constitucional que ofrece la libertad artística es, como sintetiza el profesor Víctor Vázquez, el derecho a la irreverencia. Sin ese derecho a la irreverencia, a poder contestar la moral establecida, sería imposible reconocer la libertad del artista. Algo que tiene, en mi opinión, también mucho en común con la libertad de expresión, que es, como en algún caso he sostenido, la libertad del disidente, del hereje, del subversivo, de aquel que quiere impugnar con su palabra (en este caso, con su creación artística) los valores establecidos en una sociedad.

Así las cosas, la obra afronta la cuestión sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad artística en torno a dos pilares: ese derecho a la irreverencia cuyos límites hay que perfilar cuando una manifestación artística suponga un daño jurídicamente relevante a un bien jurídico, y la «excepción de ficción», que permite afirmar una suerte de inmunidad jurídica tendencialmente plena a todas aquellas representaciones artísticas que se mantengan en el mundo figurado o de la mera representación.

Sabemos que cuando abordamos cualquier problema en relación con los límites al ejercicio de libertades fundamentales la clave está en la identificación del daño a un bien jurídico de relevancia constitucional. En particular, esa idea del daño es la que, como recuerda el autor, está presente en la filosofía política desde Stuart Mill para justificar los límites a la libertad de expresión, y es en su concreción donde se sitúa el debate jurídico-constitucional.

Pues bien, en este punto se encuentra una de las principales tesis del trabajo, difícilmente refutable si se asumen los postulados de un ordenamiento liberal: la ficción no puede dañar jurídicamente. Habrá quien pueda sentirse ofendido, pero allí donde sea claro que una representación artística no es más que algo figurado no puede haber daño jurídico. Con una importante advertencia al respecto: en el ámbito artístico (pero creo que también en cualquier espacio relacionado con las libertades comunicativas) nadie es público cautivo ni pasivo, por lo que, por mucho que a uno le repugne algo, si no hay un daño efectivo, no podrá pretender jurídicamente silenciar ese discurso para que otros no puedan escucharlo. A mayores, el

mérito artístico de una obra o su buen o mal gusto no puede erigirse en canon de enjuiciamiento jurídico para valorar su licitud.

A partir de ahí, el cuerpo del trabajo plantea supuestos en los que la frontera de la ficción se desdibuja y, en consecuencia, en los que pueden aparecer las responsabilidades jurídicas. Es el caso de la «ficción sucia», cuando un artista se inspira en hechos reales o cuando el pacto de ficción no es claro y no se sabe bien si se está narrando una realidad o algo inventado, lo que puede terminar afectando a derechos de la personalidad de los implicados. Pero también en casos de autoficción «indiscreta», en los que se pasa de la autobiografía a la autoficción en la que se mezclan autor, narrador y personaje sin saber qué parte es ficticia. También presenta casos en los que el arte va «más allá de la ficción». En particular, cuando el acto artístico se convierte en un acto delictivo en sí mismo, difuminándose la frontera entre hechos y ficción («el delito como bella arte»), y cuando el objeto artístico se proyecta sobre la indemnidad del propio cuerpo humano (el caso, por ejemplo, de los tatuajes) o cuando afecta directamente al bienestar animal. A este último respecto, la obra recoge unas reflexiones de sobresaliente interés sobre la tauromaquia, partiendo de que en ella encontramos un ejemplo paradigmático de arte sin ficción en el que se produce el sacrificio ritual de un animal en público. El autor sitúa el conflicto que plantean las medidas abolicionistas donde el afán por proteger el bienestar animal colisiona con la libertad artística que, además, en este caso se vincula de forma especialmente intensa con una determinada cultura. Un debate en el que debe asumirse, en todo caso, que «la moral social no puede ser argumento suficiente para la censura artística».

Del mismo modo, pierden la inmunidad jurídica aquellos casos en los que una representación artística ficticia opera «sin pacto» y provoca un peligro real y cierto. De forma que la protección jurídica cuando nos encontremos con representaciones ficticias, pero en las que no estuviera presente con el público ese pacto de ficción (el ejemplo de referencia es *La Guerra de los Mundos* de O. Welles), habrá que valorar toda una serie de elementos contextuales para apreciar si cabe exigir responsabilidades jurídicas, sin que la ficción «temeraria» pueda ser excusa para justificar una inmunidad absoluta. Asimismo, cuando nos encontremos con que un artista pretenda apoyarse fraudulentamente en su libertad artística para dañar un bien jurídico, también habrá que hacer una valoración concreta para ver si, en ese caso, estamos ante un abuso jurídicamente reprochable.

De todo ello se extrae una regla que es capital: cuando la excepción de ficción no opere como inmunidad absoluta, si estamos ante representaciones artísticas, es necesario que el juez de la libertad artística valore específicamente el contexto y el

código del género correspondiente para determinar si hubo un daño efectivo. Tampoco esta apreciación supone una novedad en el ámbito de la libertad de expresión, donde cada vez está más extendida la convicción de que el enjuiciamiento de sus límites requiere una valoración de todos los elementos contextuales presentes en el caso, debiéndose evitar juicios de peligrosidad hipotéticos o abstractos o reproches fundados en cómo suena un determinado discurso. Es su efectiva peligrosidad, su carácter auténticamente amenazante, o el daño real sobre un bien jurídico —aunque sea ideal— lo único que justifica un límite a estas libertades. Algo que nos recuerda también el profesor Víctor Vázquez, en especial en relación con el discurso del odio que, si ya es una categoría en sí misma problemática, aún más cuando de lo que se trata es de una suerte de «discurso del odio artístico».

Más allá, si el derecho a la irreverencia constituye el núcleo esencial de la protección constitucional de esta libertad, debemos desechar los límites tradicionales que venía imponiendo el viejo Derecho de la moralidad a las libertades comunicativas en general, y a la libertad artística en particular. En sociedades plurales y abiertas como las democracias modernas, ni lo sagrado ni una pretendida moral pueden justificar hoy límites a estas libertades, como se detalla en la obra. Aun así, todavía podemos encontrarnos algunas problemáticas residuales en relación con estos viejos límites, que son desgranados en los capítulos que dedica a «El artista y lo sagrado» y a «Lo obsceno. El Ulysses no era porno». Unos ámbitos en los que también han aparecido nuevas problemáticas. Concretamente, aborda especialmente los problemas relacionados con el cambio cultural que postula un pretendido derecho a no sentirse ofendidos, con particular proyección en la esfera religiosa, y cómo hoy el nuevo blasfemo es, precisamente, no ya un *outsider* que ataca las convicciones colectivas, sino un *insider* que desde la afirmación de los valores liberales se opone a quienes reclaman una particular protección frente a la blasfemia o el insulto religioso en aras de proteger la paz social y los sentimientos de minorías religiosas. En cuanto a la obscenidad, el problema actual lo sitúa en los límites al porno, algo que queda fuera del ámbito de estudio de este libro, aunque en ocasiones haya que deslindar cuando determinadas obras artísticas recurren a contenidos sexuales explícitos.

El último capítulo, al que se añade un epílogo, lo dedica a la cuestión de la censura y a la cultura de la cancelación. También aquí la obra desborda la aproximación netamente jurídica y se proyecta sobre cuestiones de gran actualidad, pero que en muchas ocasiones pasan desapercibidas en los estudios jurídicos. Se apunta cómo el concepto de censura jurídico, como medida adoptada por un poder público que pretende dificultar o impedir la elaboración o difusión de una obra artística, se ve desbordado por una concepción social mucho más amplia de este fenómeno

que también debe preocupar al jurista. Por un lado, las nuevas formas de censura informal en manos de las plataformas digitales pueden comprometer gravemente el pluralismo en el espacio público. Y, por otro, el autor se detiene a detallar toda una serie de cuestiones problemáticas que se pueden plantear cuando, en un Estado social, los poderes públicos intervienen en el mundo artístico a través de la subvención. Casos en los que la neutralidad del Estado colisiona con la posibilidad de que los poderes públicos desplieguen un discurso político artístico. Un ámbito en el que, a juicio del autor, hay que ser cauteloso para no confundir aquello que podríamos identificar como ideales éticos de neutralidad en el buen gobierno, con exigencias constitucionales. De manera que los poderes públicos dispondrían de un amplio margen para la promoción del arte y para la financiación de las artes, así como en el discurso artístico del Estado. Eso sí, cuando estemos ante la habilitación de un foro público, el profesor Víctor Vázquez hace suya la doctrina norteamericana que exige la radical neutralidad de los poderes públicos, y también identifica una serie de cautelas en relación con la promoción de la libertad artística para evitar que vía subvención se pueda terminar interfiriendo en el proceso creativo, penalizando expresiones amparadas constitucionalmente (algo que extiende también al ámbito de los bonos culturales, en los que predica una cierta exigencia de neutralidad para preservar el derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos).

La cultura de la cancelación que afronta en el epílogo es el contrapunto a esa visión optimista que ofrece el autor donde la idea de irreverencia y de transgresión dan sentido moral a la actividad del artista. Hoy, observa el autor, en esta atmósfera de cancelación cultural, es el censor el que se presenta como un ciudadano comprometido en su lucha puritana para erradicar los nuevos pecados en la esfera pública.

Quienes sigan creyendo en las virtudes de una aproximación liberal en la conformación de nuestro espacio público y quieran descubrir la proyección de la libertad en el arte, ese territorio donde ejercer un «fragmento de soberanía radicalmente individual», no dejen de leer este sugerente ensayo.

Resumen

La recensión presenta un ensayo que formula una reflexión constitucional cosmopolita sobre la libertad artística, cuyo reconocimiento es común en toda democracia. Se trata de una singular que entra en diálogo con el propio objeto cuya protección preocupa —el arte— y, como precisa la cursiva desde el título de la obra, el artista.

Palabras clave

Libertad, derecho fundamental, libertad artística, libertad del artista.

Abstract

The review presents an essay that formulates a cosmopolitan constitutional reflection on artistic freedom, whose recognition is common in every democracy. It is a singular one that enters into dialogue with the very object whose protection is of concern —art.— and, as the italics in the title of the work specify, the artist.

Keywords

Freedom, Fundamental right, Artistic freedom, Freedom of the artist.

Recibido: 4 de septiembre de 2023.

Aceptado: 19 de octubre de 2023.

**WRITING CONSTITUTIONS. VOLUME I:
INSTITUTIONS, WOLFGANG BABECK Y
ALBRECHT WEBER, SPRINGER, 2022, 615
PÁGINAS**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Estamos, sin duda, ante un libro difícil de encajar en los géneros habituales. Los autores declaran que su propósito es elaborar una «caja de herramientas» dirigida a «parlamentarios, ministros, primeros ministros y prácticos del derecho implicados en el debate y las reformas constitucionales» (p. vio). Estas dos premisas —finalidad y destinatarios—, explican que el lector no halle en sus páginas valoraciones sobre una u otra Constitución. Eligen trabajar con la idea de que existen «buenas prácticas constitucionales», que son las que quieren presentar. El volumen tampoco afronta el detalle concreto de las técnicas expuestas o el contexto en el que se han desarrollado. En definitiva, no estamos ante un texto de teoría constitucional que indague sobre la naturaleza y esencia de una u otra categoría. Ni se trata de un análisis dogmático que ofrezca soluciones frente a determinados problemas aplicativos.

La intención del libro se aprehende fácilmente cuando se lee alguno de sus capítulos. Propone una suerte de vademécum en la que el lector, de forma ordenada y sistemática, va encontrándose con los interrogantes fundamentales que se han de abordar cuando se regula constitucionalmente una determinada institución. Así, por ejemplo, en la lección de los partidos, tras una brevísima definición de este tipo de organización y su contexto histórico, va recorriendo las preguntas esenciales que han de resolverse: qué naturaleza darle en la Constitución, cómo protegerlos, su prohibición y disolución, la financiación, su participación en el proceso electoral y la dinámica electoral, además de reflexiones sobre el sistema mayoritario o proporcional o la barrera electoral. También vale de ejemplo el capítulo de la reforma constitucional, en el que se analiza la distinción entre elaboración de una Constitución, enmienda y transformación; se discute sobre la oportunidad de Constituciones flexibles o rígidas y luego se analizan en detalle los requisitos formales (mayorías, referéndum, etc.) y materiales (límites substantivos o temporales).

El volumen está dedicado a la llamada parte orgánica (se anuncia otro que se ocupará de los derechos fundamentales). La primera parte está dedicada al Parla-

mento, y en ella las instituciones tratadas son la estructura mono o bicameral, el estatuto del parlamentario, los partidos políticos y el sistema electoral, la organización interna del parlamento y la función de la oposición, los instrumentos de control y la potestad legislativa. La segunda parte analiza la jefatura del estado, atendiendo a las condiciones para ejercer la magistratura, su elección y duración, los poderes de su titular, y el *impeachment*. La tercera parte versa sobre el Gobierno y se desglosa básicamente en su organización y su relación con el Parlamento mediante la cuestión de confianza y el voto de censura. La parte cuarta recorre el poder judicial, dando cuenta del estatus del juez y de las funciones del poder en sí. Se detiene también en las jurisdicciones especiales y lo que en nuestro país conocemos como ministerio fiscal. En el capítulo quinto se estudia la organización territorial. El sexto se dedica a los estados de emergencia, sus tipos y los elementos destacados de su estructura. En plena conexión con la anterior, en la parte séptima se tratan los poderes de defensa, su dirección y la competencia para declarar la guerra y los estados de emergencia. Especialmente oportuna es la lección octava que abarca aspectos centrales de la Constitución económica, como son el presupuesto, la potestad tributaria y el lugar de los bancos centrales; confirma que en el constitucionalismo contemporáneo estos aspectos no pueden ser minusvalorados. Los dos últimos capítulos se dedican al referéndum y a la reforma de la Constitución.

Sin duda, el libro cumple con la misión que lo justifica: ofrece al lector, en una mirada rápida, los problemas esenciales; delimita el terreno en el que ha de desenvolverse el punto de arranque de todo debate constitucional. Más allá de esta finalidad inmediata, el texto resulta muy interesante por el postulado metodológico que lo sostiene. Afirman los autores que en su comparación utilizan el «método funcional», «según el cual, el comparador jurídico busca normas que reflejen la misma función» (p. vii). Esta forma de trabajar se construye sobre dos presunciones que apelan directamente a la metodología de nuestra disciplina.

La primera conlleva aceptar que en el orbe del constitucionalismo compartimos los mismos problemas políticos. Se entiende así que, por ejemplo, sea en Chile o en Kenia, los conflictos que se pretenden ordenar o los valores que se quieren fomentar tienen una raíz común que admite una base de respuesta compartida. Sin duda, una conclusión de este tipo se deshace, así lo advierten los autores, de todo componente referido al contexto político e histórico. Sublima, por tanto, la dimensión técnica de nuestra disciplina; no en vano, como ya se ha dicho, en su introducción utilizan el término «toolkit» (caja de herramientas).

Ahora bien, la racionalidad, la técnica, difícilmente es neutral. «El valor de las Constituciones», nos dicen los autores, «no puede ser subestimado: las Constitu-

ciones son los héroes olvidados en el comienzo del siglo XXI» (p.i). En definitiva, este libro nos ofrece las alternativas básicas en la regulación de instituciones que encarnan valores. De este modo, el libro se suma, consciente o inconscientemente, a una poderosa corriente de pensamiento que ofrece una nueva perspectiva sobre la legitimidad de las Constituciones. Desde la Ilustración, la posición jurídica de las Constituciones se explicaba principalmente por ser fruto de un poder constituyente de naturaleza democrática. Es común encontrar siempre una apelación al *We the people*, por más que el pueblo sea una categoría no siempre asible con comodidad. Ciertamente, desde la Revolución francesa, el contenido de la norma suprema importaba, pues sin división de poderes y sin derechos se entendía que no había Constitución. Pero, al menos en el plano teórico, ambas magnitudes estaban destinadas a tocarse: el pueblo, si no era perturbado por agentes externos, solo podía producir un acto racional con los contenidos señalados.

La segunda mitad del siglo XX muestra el deterioro de la teoría del poder constituyente. En la primera oleada tras la Guerra, es difícil espigar algún proceso constituyente que no estuviese condicionado en términos políticos, desterrando la idea de un soberano ilimitado. Todavía más clara sería esta conclusión en las transiciones de Europa del este. En definitiva, durante la segunda mitad del siglo, los contenidos pasaron a ocupar un lugar preponderante como fuente de legitimidad. Y eran y son contenidos elaborados por la comunidad académica o por instituciones de veste científica, como la Comisión de Venecia. En definitiva, el constitucionalismo ha eclosionado en una serie de técnicas compartidas que nuclea una serie de valores que darían forma a la razón pública. Sin duda, este libro es un excelente ejemplo de este proceder.

Resumen

Este ensayo recensiona un libro en el que se recorren las diversas instituciones que han de tenerse en cuenta a la hora de elaborar una Constitución.

Palabras clave

Escribir una Constitución, instituciones constitucionales.

Abstract

This essay reviews a book that covers the various institutions that must be taken into account when preparing a Constitution.

Keywords

Writing a Constitution, constitutional institution.

Recibido: 5 de mayo de 2023.

Aceptado: 9 de mayo de 2023.

