

Estudios de Deusto

**Monográfico. Constitución y globalización:
la constitucionalización de espacios supranacionales**

Vol. 60/2 Julio-Diciembre 2012

Sumario

Presentación

María Salvador Martínez

Constitución y Supranacionalidad

Rafael Bustos Gisbert

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Juan Francisco Sánchez Barrilao

Constitución y Derecho internacional

Daniel García San José

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Isabel Turégano Mansilla

Elena García-Cuevas Roque

José Ángel Camisón Yagüe

Constitución y Derecho de la Unión

Enrique Guillén López

María Isabel Martín de Llano

Valentina Faggiani

Yolanda Gamarra Chopo

Irene Correas Sosa

Constitución y Economía global

Jordi Jaria i Manzano

José Antonio Chamorro y Zarza

Gema Marcilla Córdoba

Susana Ruiz Tarrías

Recensiones

Giuseppe Bianco

José Ramón Canedo Arrillaga

Octavio Salazar Benítez

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC,
DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE,
PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

*Monográfico. Constitución y globalización:
la constitucionalización de espacios supranacionales
(Coord. por María Salvador Martínez)*

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 60/2

Desde su fundación vol. 89

(Fasc. 129)

Julio-Diciembre 2012

Bilbao

Universidad de Deusto

2012

Director:

Ignacio M^a Beobide Ezpeleta (Universidad de Deusto)

Secretario:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Consejo de Redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg); Iciar Basterretxea Moreno (Universidad de Deusto); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra); Lela P. Love (Cardozo Law School); Giuseppe Martinico (CEPC); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University); Demetrio Velasco Criado (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège)

Consejo Asesor:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto); Vito Breda (Cardiff Law School); José Ramón Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto); Ken Fox (Hamline University); Inmaculada Herbosa (Universidad de Deusto); Miodrag Jovanovic (Universidad de Belgrado); Francisco Marcos (IE Law School); Hassan Qaqaya (UNCTAD); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe University); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto); Martín Oudin (Université François Rabelais-Tours); Carlos Romero Rey (Tribunal Supremo); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa..... 45 €

Número suelto..... 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - E48080 Bilbao

Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

Sumario

Presentación

- María SALVADOR MARTÍNEZ, *Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales* 13

Constitución y Supranacionalidad

- Rafael BUSTOS GISBERT, *Elementos constitucionales en la red global* 21
- Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *La legitimación democrática del poder supranacional* 45
- Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!: de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión* 71

Constitución y Derecho internacional

- Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, *Transformaciones en la concepción iusinternacionalista del Estado constitucional en un contexto de globalización de la justicia penal internacional* 113
- Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional* 133
- Isabel TURÉGANO MANSILLA, *Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial ¿Qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?* 155
- Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE, *Las transferencias internacionales de datos y las libertades individuales: un acercamiento a las normas de protección de datos* 171
- José Ángel CAMISÓN YAGÜE, *Repensar el Derecho Constitucional en el marco de la globalización desde las categorías de la «teoría cuántica de la información»* 195

Constitución y Derecho de la Unión

- Enrique GUILLÉN LÓPEZ, *Apuntes sobre el principio de responsabilidad en el Derecho constitucional europeo* 215

María Isabel MARTIN DE LLANO, <i>Hacia una unión económica más fuerte de la Unión Europea a través de la celebración de un cuestionado tratado internacional</i>	229
Valentina FAGGIANI, <i>¿Hacia la «constitucionalización» de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa</i>	239
Yolanda GAMARRA CHOPO, <i>El arte del consensus en Europa: ¿es aplicable la gobernanza de la Unión Europea universalmente?</i>	263
Irene CORREAS SOSA, <i>La crisis de la Unión Europea, ¿Una oportunidad para la constitucionalización de la Unión? El papel de los Estados miembros</i>	283

Constitución y Economía global

Jordi JARIA I MANZANO, <i>Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global</i>	303
José Antonio CHAMORRO Y ZARZA, <i>Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su deseable implementación en el derecho de la Unión Europea</i>	323
Gema MARCILLA CÓRDOBA, <i>Consideraciones sobre la incidencia de la crisis económica global en el Estado constitucional</i>	339
Susana RUIZ TARRÍAS, <i>Cuando las finanzas mandan: a propósito de las últimas reformas constitucionales en Alemania y en España</i>	353

Recensiones

Giuseppe MARTINICO, <i>Lo spirito polemico del diritto europeo Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione, por Giuseppe Bianco</i>	387
Miryam RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, <i>Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea, por José Ramón Canedo Arrillaga</i>	391
Fernando REVIRIEGO PICÓN (coord.), <i>Proyecciones de Derecho Constitucional, por Octavio Salazar Benítez</i>	395

Table of Contents

Presentation

María SALVADOR MARTÍNEZ, <i>Constitution and globalization: constitutionalization of supranational areas</i>	13
--	----

Constitution and Supranationalism

Rafael BUSTOS GISBERT, <i>Constitutional elements of the Global Network</i>	21
Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, <i>Democratic legitimacy of the supranational power</i>	45
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>The constitutionalization of the European regional integration. More Europe! Facing back a Constitution for Europe, under the current crisis</i>	71

Constitution and International Law

Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, <i>Changes in the international concept of Constitutional State in a context of global penal justice</i>	113
Federico de MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, <i>The complex balance between the universalization of human rights and its contextualization from the national margin of appreciation doctrine perspective</i>	133
Isabel TURÉGANO MANSILLA, <i>Possibilities and limits of a global constitutionalism. What is left of constitutionalism once we globalize it?</i>	155
Elena GARCÍA-CUEVAS ROQUE, <i>International data transfer and individual liberties: a study of data protection legislation</i>	171
José Ángel CAMISÓN YAGÜE, <i>Rethinking Constitutional Law inside the Globalization through «the quantic theory of information»</i>	195

Constitution and EU Law

Enrique GUILLÉN LÓPEZ, <i>General approach to the principles of accountability and liability of public authorities in European Constitutional Law</i>	215
María Isabel MARTÍN DE LLANO, <i>Towards a stronger economic union of the European Union through a questioned international Treaty</i>	229

Valentina FAGGIANI, <i>Towards the «constitutionalization» of a European criminal justice? Substantive and procedural aspects of the right to an effective remedy after the Lisbon Treaty</i>	239
Yolanda GAMARRA CHOPO, <i>The art of consensus in Europe: is it applicable the European Union governance model worldwide?</i>	263
Irene CORREAS SOSA, <i>The EU Crisis. An opportunity for its constitutionalization? The Member States role</i>	283

Constitution and Global Economy

Jordi JARIA I MANZANO, <i>Fragmented Democracies, Power Control and Principle of Responsibility. A New Constitutionalism in the Age of Global Market</i>	303
José Antonio CHAMORRO Y ZARZA, <i>The Constitutional principles of the fiscal law and its desirable adoption by the European Union s Law</i>	323
Gema MARCILLA CÓRDOBA, <i>Considerations on the impact of the world economic crisis within the Constitutional State</i>	339
Susana RUIZ TARRÍAS, <i>When Finance orders: About the latest Constitutional reforms in Germany and Spain</i>	359

Book reviews

Giuseppe MARTINICO, <i>Lo spirito polemico del diritto europeo Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione</i> , by Giuseppe Bianco	387
Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, <i>Primacy and subsidiarity in the EU</i> , by José Ramón Canedo Arrillaga	391
Fernando REVIRIEGO PICÓN (coord.), <i>Projections of Constitucional Law</i> , por Octavio Salazar Benítez	395

PRESENTACIÓN

Constitución y globalización: constitucionalización de espacios supranacionales

María Salvador Martínez

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 01.10.12

Aceptado: 15.10.12

Resumen: Presentación del número monográfico de la revista dedicado al tema «Constitución y globalización: constitucionalización de espacios supranacionales», en el que se recogen parte de los trabajos presentados al Congreso «Constitución y Globalización» celebrado en la Facultad de Derecho de la UNED.

Palabras clave: constitución, constitucionalización, globalización, integración supranacional, teoría constitucional.

Abstract: *Introduction to the special issue «Constitution and globalization: constitutionalization of supranational areas». This issue contains most of the papers of the Conference «Constitution and globalization» hold at the UNED Law School.*

Key words: *constitution, constitutionalization, globalization, supranational integration, constitutional theory.*

Este número monográfico de la Revista *Estudios de Deusto* está dedicado a la constitucionalización de espacios supranacionales, desde la perspectiva de las transformaciones que han sufrido el Derecho constitucional y el concepto de constitución como consecuencia de los denominados procesos de globalización. En él se recogen las ponencias y buena parte de las comunicaciones que sobre este tema se prepararon y presentaron al Congreso «Constitución y Globalización», organizado por un grupo de profesores de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Político de la UNED, coordinados por el prof. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, y que se celebró el 22 de junio de 2012 en la Facultad de Derecho de esa misma universidad.¹ Conste aquí el agradecimiento a la Revista *Estudios de Deusto*, y especialmente a su secretario, el prof. Luis Gordillo, por ofrecer a los organizadores del Congreso la posibilidad de hacer públicos parte de los resultados del mismo en las páginas de este número monográfico.

¹ Como miembro del comité organizador del congreso quiero aprovechar, aunque sea en una nota a pie, para dejar constancia de mi agradecimiento a mis compañeros de organización, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Aurioles; a los ponentes, «jóvenes constitucionalistas», que aceptaron la invitación a participar en el congreso; y a los numerosos profesores de diversas disciplinas que compartieron con nosotros sus investigaciones presentando una comunicación.

El Congreso «Constitución y Globalización» se organizó como parte del desarrollo de un proyecto de investigación que tiene por objeto el análisis jurídico de las transformaciones del Derecho constitucional producidas como consecuencia de los procesos de globalización.² No se trata de un tema excesivamente novedoso, porque dichas transformaciones empezaron a producirse hace ya un par de décadas y porque ya han sido objeto de estudio en distintos trabajos publicados hasta el momento, pero sí lo es la perspectiva desde la que este tema se aborda. Por regla general, en los trabajos publicados hasta ahora se han analizado los efectos de los procesos de globalización sobre el Derecho constitucional limitándolos a los producidos en el ámbito de los Estados nacionales;³ sin embargo, de forma paralela y simultánea, se está produciendo una proyección de los principios y elementos definitorios del Derecho constitucional sobre los nuevos espacios supranacionales producto de la globalización, que también está siendo analizada, pero con independencia del fenómeno anterior. A nuestro juicio las transformaciones constitucionales que trae consigo la globalización no son sólo las producidas en el ámbito nacional, referidas al Estado y a su Derecho constitucional, sino también las producidas a nivel supranacional, donde cada vez es posible advertir más signos de «constitucionalización» de espacios internacionales.

Estamos, por tanto, ante dos tipos de procesos de signo contrario: el primero, de influencia transformadora de los movimientos globalizadores sobre los Estados nacionales y su Derecho constitucional; el segundo, de influencia de ese Derecho constitucional sobre la definición de nuevos espacios internacionales en los que se ejercen ahora algunas funciones tradicionales de los Estados nacionales (de manera muy clara en el ámbito de la Unión Europea, pero no sólo en él). Ambos procesos deben analizarse de forma conjunta, porque no son independientes, sino que ejercen entre sí importantes influencias recíprocas,⁴ y porque, sólo a través de este análisis conjunto, podremos comprender en toda su extensión cómo se está modificando el Derecho constitu-

² La organización de este congreso se enmarcó en el desarrollo del Proyecto de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación (Investigación Fundamental) «Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales» (DER2009-10375).

³ Entre otros, se pueden citar CRUZ VILLALÓN, P. (Coord.), *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución Española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006; PÉREZ TREMP, P., «La constitución antes y después de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, N° 13, mayo-agosto 2001, p. 267-294; y CLOSA, C. (Dir.), *La europeización del sistema político español*, Istmo, Madrid, 2001.

⁴ En el caso concreto de los derechos fundamentales, vid. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales en Europa», en GUTIÉRREZ, I./PRESNO, M. A., *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, p. 25-49.

cional tradicional y cuáles serán los rasgos definitivos del Derecho constitucional del siglo XXI.

La Constitución y el Derecho constitucional han nacido y se han desarrollado hasta ahora en el seno del Estado nacional soberano. De hecho, ese Estado, esto es, la forma de organización política de la sociedad que transformaba en *unidad política* una pluralidad de acciones, ha sido tradicionalmente el objeto de la norma constitucional, cuya función consiste precisamente en dar a ese Estado una determinada forma, la propia del Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, el Estado nacional soberano ya no existe como lo conocíamos. Los Estados se insertan hoy en unidades supranacionales superiores a las que han cedido competencias soberanas, actúan en una red policéntrica y de estructura dinámica de diversos actores nacionales y supranacionales, que le somete a nuevos e importantes vínculos, y su poder depende hoy, en medida creciente, de coerciones fácticas y también jurídicas originadas más allá de sus fronteras que reducen su capacidad para asegurar la igual libertad y que limitan el alcance de la legitimación democrática de sus decisiones. Así las cosas, la Constitución ha perdido parte de su fuerza normativa, en la medida en que la acción del Estado no queda plenamente determinada por la Constitución cuando actúa en el marco de instituciones y procesos que superan el ámbito estatal y que se han dotado de sus propias reglas de funcionamiento, y en la medida en que los límites y posibilidades que la Constitución establece se ven desbordados por reglas internacionales que imponen traspasar aquéllos o que niegan el uso de éstas.

Pero al mismo tiempo, y precisamente porque han ido apareciendo actores supra e internacionales dotados de un poder público que podemos calificar de «*paraconstitucional*», se plantea el reto de construir una red de principios constitucionales que se proyecten sobre ellos. No se trata de abandonar el Derecho constitucional apoyado en las Constituciones de los Estados, sino de proyectar sus elementos esenciales a aquellos ámbitos en los que ahora se ejercen competencias soberanas y se condiciona la actuación de los Estados nacionales. Si existen en esos ámbitos organizaciones internacionales que ejercen un poder político institucionalizado de forma similar a como lo ejerce un Estado, entonces es posible, y necesario, someterlas a un orden jurídico que cumpla, aunque de forma fragmentaria, las mismas funciones que el orden constitucional nacional. De este modo, además, esos elementos constitucionales vincularían a la organización internacional y, a través de ella, también a los Estados nacionales, reforzándose así la Constitución nacional cuya fuerza normativa se ha visto limitada.⁵

Es evidente que no es posible hablar hoy de una «Constitución» de la Comunidad internacional en singular, en el sentido de un código normativo

⁵ GUTIÉRREZ, I., «De la Constitución del Estado al Derecho Constitucional para la Comunidad internacional», PETERS, A./ AZNAR, M. J., GUTIÉRREZ, I., *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 15-91.

que determine con carácter exhaustivo el fundamento, la organización y los límites del poder público que se ejerce en tal ámbito, como se hace en el nivel nacional, pero quizá sí se pudiera hablar de un «Derecho constitucional» para la Comunidad internacional integrado por elementos que quepa identificar como constitucionales, ya sea por su forma (supremacía) o por su contenido (garantía de los derechos, estructura organizativa), y que, en este sentido, puedan ser interpretados conforme a la tradición propia del Derecho constitucional.⁶

Pensemos, por ejemplo, en los procesos de carácter «cuasiconstitucional» que se han desarrollado en alguna organización supranacional, especialmente en la Unión Europea, en la que se intentó una reforma de los Tratados entendida como actuación de un poder constituyente europeo, y en la que se han proyectado numerosas garantías constitucionales internas. En materia de organización se pueden ver proyectados los elementos esenciales del derecho electoral y parlamentario nacional en el derecho europeo, así como otros muchos elementos de organización interna de los Estados. Finalmente, en materia de derechos fundamentales, ya casi podemos hablar de un derecho internacional común, tanto en lo que a la dogmática general de los derechos se refiere, como al reconocimiento y contenido de derechos fundamentales concretos.

De este modo, ese «Derecho constitucional para la Comunidad internacional», parcial y fragmentario, vendría a complementar al Derecho constitucional estatal, cuya fuerza normativa se ha visto erosionada.⁷ Este último seguirá siendo, desde luego, el derecho que constituye a los Estados nacionales —que continuarán existiendo, aunque con rasgos diferentes a los que hemos conocido hasta ahora, y con un grado relevante de integración en organizaciones internacionales—, y, también, será, en buena medida, el derecho que constituya a esas organizaciones internacionales —cuya base siguen siendo los Estados nacionales—. Todo ello, obviamente, implica modificaciones en el objeto, alcance y sentido del concepto de Constitución, que quizá tendrá que construirse en adelante, no a partir de un código de origen estatal, sino de elementos situados en ámbitos jurídicos diferentes y entrelazados por relaciones complejas.⁸ El reto, en todo caso, es dotarse de un concepto operativo que haga justicia tanto al legado histórico que la palabra condensa como a las profundas transformaciones que hoy experimentan las realidades políticas y los sistemas jurídicos.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Vid.* el interesante trabajo de PETERS, A., «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», PETERS, A./ AZNAR, M. J., GUTIÉRREZ, I., *La constitucionalización de la comunidad internacional*, op. cit., p. 208-261.

⁸ En esta línea, BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Vitoria, 2005.

La tarea que acabamos de proponer incumbe no sólo a los constitucionalistas, sino también y especialmente a todos los *iuspublicistas*, así como a los profesores de Filosofía del Derecho, de Historia del Derecho y de otras ramas jurídicas. Reflejo de ello es el contenido de este número monográfico en el que participan profesores de diversas especialidades, que, con sus trabajos, han tratado de contribuir a avanzar en el objetivo de la construcción de un nuevo Derecho constitucional para una sociedad globalizada.

CONSTITUCIÓN Y SUPRANACIONALIDAD

Elementos constitucionales en la red global

Rafael Bustos Gisbert

Profesor titular de Derecho constitucional
Universidad de Salamanca

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: La tesis principal sostenida en este artículo es que el diálogo judicial es un nuevo concepto o una nueva categoría que puede resolver algunos problemas propios de las situaciones de pluralismo constitucional. Pero no toda cita de una jurisdicción extranjera puede ser considerada una forma de diálogo. Los diálogos judiciales tienen sus propios objetivos, estructura y solución, diversos de los meros diálogos comparativos entre cortes.

Palabras clave: diálogos judiciales, pluralismo constitucional, superposiciones en la protección de derechos.

Abstract: The main thesis sustained in the paper is that judicial dialogue is a new concept/category that may solve some problems arising in situations of constitutional pluralism. But not every quotation of a foreign jurisdiction can be considered a form of dialogue. Judicial dialogues have their own objectives, structure and solution diverse from the mere comparative dialogues among courts.

Key words: judicial dialogues, constitutional pluralism, overlappings in the protection of human rights.

Sumario: 1. Pluralidad de Constituciones incompletas en un mundo global.—2. Una red global de elementos constitucionales.—3. La resolución de conflictos en la red constitucional.—Bibliografía utilizada

1. PLURALIDAD DE CONSTITUCIONES INCOMPLETAS EN UN MUNDO GLOBAL

La nueva realidad global planea, desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho Constitucional, la necesidad de adaptar las categorías y conceptos tradicionales de esta rama del conocimiento jurídico. No podemos hacer tabla rasa de los mismos, pues ello rompería la necesaria unidad discursiva e histórica de toda ciencia, pero quizás podamos reformular algunos conceptos y acuñar, a partir de ellos, otras categorías nuevas útiles para el análisis de la cambiante realidad de nuestros días.

Debemos, para ello, partir del concepto clave del Derecho Constitucional: la propia idea de Constitución. Este concepto se asienta, a su vez, en la concurrencia de un triple elemento. La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento de una comunidad (elemento formal: supremacía de la Constitución), acordada por un pueblo movilizado en momentos de ruptura

histórica con el pasado (elemento constitutivo: expresión del poder constituyente), en el que se establecen las bases sustanciales de convivencia y los procedimientos de adopción de decisiones (elemento material: el viejo, pero vigente, art. 16 de la declaración de derechos de 1789).

¿Es este concepto aplicable a la realidad actual, en particular en ese vaporoso concepto llamado globalización? Para avanzar cualquier respuesta tentativa debemos, antes, tener en cuenta dos factores esenciales y complementarios.

En primer término los cambios operados en la premisa ontológica básica de la idea de Constitución. Nos referimos, obviamente, al Estado. En efecto, el Estado es el presupuesto de los tres elementos de la idea de Constitución apuntada. Es norma jurídica suprema *del Estado*, es expresión del poder constituyente *del Estado* y regula los derechos fundamentales y la división de poderes *en el Estado*. Y no cualquier tipo de Estado. Es el Estado propio de la Europa del Siglo XIX. Aunque no sepamos muy bien si realmente el Estado así considerado era el realmente vigente o, más bien, era una expresión idealizada; lo cierto es que la base institucional sobre la que se asienta la idea de Constitución es el Estado soberano tal y como es definido por la dogmática del derecho público y por la Teoría del Estado del siglo XIX y principios del XX: un Estado soberano capaz de resolver todos los problemas planteables en el ámbito jurídico, social, económico, militar, cultural, etc. Un ente que no reconoce poderes superiores ni inferiores susceptibles de limitar su poder y que se relaciona con el resto de Estados en posiciones de igualdad jurídica. Un ente, a la postre, soberano en los términos acuñados por BODINO.

Ese Estado (idealizado o no) se ha visto superado por la realidad. Ninguno de sus elementos definidores ha resistido la revolución tecnológica desde finales de los años 80 del pasado siglo. La soberanía no puede en ningún caso definirse en los mismos términos. Desde luego Está *cuestionada* (MACCOR-MICK), puede que el concepto esté en *transición* (WALKER) o, simplemente, que se haya convertido en *postsobranía*. La idea de *pueblo* tampoco es ya unánime como han mostrado los debates constitucionales europeos (Tribunal Constitucional Federal, GRIMM, HABERMAS o WEILER). Y algo parecido puede decirse respecto al concepto de *territorio* en una situación económica y tecnológica en que las fronteras han perdido gran parte de su significado. El viejo concepto de Estado ya no existe en la realidad. Cualquier análisis constitucional debe tener hoy en cuenta este dato. Y podemos intuir claramente que la *transformación* en la premisa ontológica del concepto de Constitución no puede sino tener consecuencias también *transformadoras* en el propio concepto *madre* de todo el Derecho Constitucional.

En segundo término, debemos también tener en cuenta que este fenómeno no es sólo europeo. Es universal. No podemos entender el Derecho constitucional hoy sin tener en cuenta este factor. Como tampoco podemos entender los procesos de integración regional (sean económicos, políticos, o una integración a través de los derechos fundamentales) sin tener en cuenta

que la superación del Estado no sólo se produce como consecuencia de fenómenos de ámbito territorial continental, sino en un contexto que no conoce de naciones, pero tampoco de continentes por muy lejanos que se encuentren entre sí. Es un nuevo mundo en el que buena parte de los problemas planteados sólo pueden afrontarse desde instancias internacionales o desde la profunda interconexión entre centros de ejercicio del poder alejados sólo en el espacio, no en su interdependencia. Por ello una explicación de los cambios en el Derecho Constitucional actual no puede dejar de tener en cuenta el proceso universal de globalización.

Podríamos plantear que desaparecida la premisa ontológica de la idea de Constitución (el Estado) habría que declarar la defunción del propio concepto y con él del propio Derecho Constitucional. Pero no conviene olvidar que los conceptos y categorías jurídicas se crean al servicio de la convivencia entre seres humanos. Y que la idea de Constitución (y con ella de todos los conceptos propios del Derecho Constitucional) no sirven sino a la idea de limitación jurídica del poder que recibió el nombre de *constitucionalismo* y que probablemente hoy sea tan necesario defender como lo fue en los convulsos siglos XVII y XIX en Europa.

¿Puede existir un constitucionalismo sin Estado? Se preguntaba hace ya algunos años el profesor DIEZ PICAZO. Desde luego lo que sí ha de ocurrir es que este nuevo constitucionalismo requiere desprenderse (en la afortunada expresión de WALKER) de las *lentes estatales*. Esto es, eliminar del análisis constitucional aquellos elementos que son inseparables del concepto decimonónico de Estado. Ello nos dará una visión aparentemente distorsionada pues se separa de lo que habitualmente estábamos acostumbrados a observar y analizar desde el Derecho constitucional. Pero nos permitirá reconocer y aplicar conceptos más allá del Estado. Ciertamente los perfiles serán borrosos, pero esto es inevitable. Los conceptos y las categorías jurídicas adquieren tales perfiles nítidos después de un largo proceso que puede durar siglos. Además encontraremos importantes *problemas de traducción* (VON BOGDANDY) puesto que las palabras designarán realidades diferentes de manera que en cada caso deberemos *traducir* el lenguaje conceptual constitucional basado en la vieja idea de Estado a un nuevo lenguaje asentado en una situación superadora de tal Estado o, sin más, a realidades no-estatales.

Desprenderse de las lentes estatales no supone prescindir totalmente del concepto Estado en el análisis. Supone tan sólo que dejemos de observar los fenómenos constitucionales sólo desde la lógica del Estado, lo que no implica que la lógica de éste mantenga a menudo su sentido. Esto es importante recalcarlo porque no se trata de sustituir al Estado como célula básica en la articulación jurídico-constitucional de la nueva realidad. Supone situarle en su lugar adecuado en esa realidad. Lugar que sigue siendo esencial (véase *infra*), pero en el que ha perdido la posición de exclusividad característica del siglo XIX. Del mismo modo que los nuevos lugares desarrollan un discurso constitucional incompleto a través de *metaconstituciones*, el Estado, al atribuir a

entes ajenos a su control el ejercicio de competencias esenciales derivadas de su antigua soberanía, también ha devenido un lugar *incompleto* pues ha perdido su carácter omnicompreensivo. Ello, en el plano de nuestro análisis significará que la constitución estatal se habrá, así, también convertido en *metaconstitución* pues no podrá regular todas las decisiones que afectan a sus ciudadanos, sino sólo aquellas que no haya transferido a otro lugar.

La situación descrita recibe el gráfico nombre de pluralismo constitucional (aunque en castellano es mucho más correcto el término de pluralidad de constituciones tal y como lo utiliza CRUZ) cuya definición más certera, a nuestro entender, es atribuible a uno de sus mejores teóricos, MACCORMICK: aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro. Ello supone alejarse del vicio *fundacionalista* que, a juicio de MACCORMICK, inspira buena parte del pensamiento filosófico desde fines del Siglo XVI y avanzar en la línea del reconocimiento de que nuestra existencia normativa está anclada en una variedad de sistemas institucionales.

Para empezar no nos queda más remedio que diferenciar distintos tipos de situaciones de pluralismo constitucional. Estas situaciones pueden, siguiendo a WALKER (2009) clasificarse en cuatro grandes grupos:

- Pluralismo constitucional por **Incorporación Institucional** en aquellos casos en que un sistema constitucional es incorporado al propio. Es a la que responde la UE, la Comunidad Andina y MERCOSUR.
- Pluralismo constitucional por «**reconocimiento sistémico**». No se trata de la aceptación de un ordenamiento por otro sino que se adoptan como propios elementos de otro sistema jurídico para definirse a sí mismo. Este sería el caso de los derechos humanos de ámbito transnacional; el derecho comercial transnacional y el derecho criminal transnacional.
- Pluralismo constitucional por «**coordinación normativa**»: se trata de una categoría vaga en la medida en que resulta extraordinariamente moderna e institucionalmente muy débil e incluye el efecto casi natural de confluencia entre ordenamientos jurídicos como consecuencia de la creación de sedes de encuentro y debate generadoras de directrices ampliamente compartidas por los diversos ordenamientos jurídicos. Este sería el caso de algunas agencias o cuerpos vinculados a Naciones Unidas como la OMS.
- Pluralismo constitucional por «**consideración empática**»: referido a situaciones en las que sin existencia de ninguno de los vínculos característicos de las situaciones de pluralismo constitucional (ni

una incorporación institucional, ni un reconocimiento sistémico, ni siquiera una coordinación normativa) anteriores existe sin embargo una *migración de ideas constitucionales* entre ordenamientos jurídicos separados. No se trata de lo que tradicionalmente se considera Derecho comparado porque esta migración se asienta en la convicción de que existe una «base común de comprensión o afinidad» en la situación de que se trate de modo que puedan tomarse planteamientos o soluciones ajenas como ideas con una gran autoridad persuasiva.

Ahora bien, estas situaciones de pluralismo, es obvio, responden a una geometría variable pues son muy diversas entre sí en al menos tres sentidos: el competencial, el institucional y el territorial.

La entidad de las competencias atribuidas determinará *lugares metaconstitucionales* de intensidad variable. Cuanto más importantes y numerosas sean sus competencias, mayor necesidad práctica se tendrá de adoptar un discurso constitucional y mayor entidad tendrá la *metaconstitución* que lo regule. De este modo un lugar *metaconstitucional* que tenga atribuidas competencias de supervisión respecto a la garantía de una cuestión tan *constitucional* como los derechos fundamentales, desarrollará un *discurso constitucional* mucho más intenso que otros *lugares* de mero encuentro, por ejemplo, cultural.

Igualmente la estructura institucional condicionará la entidad del discurso *metaconstitucional* empleado. Si tal estructura se aproxima a las formas de división de poderes estatales, la necesidad del discurso será mucho mayor que si su estructura institucional responde a las tradicionales fórmulas de las organizaciones internacionales. Dicho en otros términos, si un sistema de protección de derechos (sea general o sea referido a derechos concretos) supone la creación de una instancia jurisdiccional o cuasijurisdiccional a la que puedan acceder directamente los ciudadanos, inevitablemente desarrollará un discurso constitucional mucho más intenso que una organización internacional de protección de derechos asentada sobre la igual representación de los Estados sin posibilidad de quejas individuales ante instancias independientes de resolución de reclamaciones fundadas en los derechos reconocidos en sus *metaconstituciones*.

Finalmente la geometría variable es clara desde una perspectiva territorial. Los niveles territoriales en los que se produce la aparición de lugares metaconstitucionales no son determinables a priori. Es evidente que determinadas organizaciones cumplen los requisitos desbrozados en el ámbito universal y en el regional. Pero pueden tener ámbitos territoriales de alcance muy variable. Algunos se situarán en una suerte de ámbito intermedio entre ambos; otros se situarán por debajo del ámbito propiamente continental (piénsese en las fórmulas regionales de integración latinoamericana); otras serán cooperaciones reforzadas en el seno de una organización internacional preexistente (piénsese en esta fórmula en la Unión Europea o en las fórmulas de *opting out* o en la distinta vinculación de los Estados europeos al CEDH según sean parte

o no de los diferentes protocolos adicionales sustantivos al mismo) y, finalmente, otras pueden derivar de otros factores como puede ser la cercanía física (países fronterizos) o cultural.

De este modo podemos plantear la existencia de normas jurídicas reguladoras de lugares de ejercicio del poder que tienen dos de las tres características definidoras de la idea de constitución. Se trata de normas, en su propio ámbito, supremas y tienen por objeto una peculiar regulación de la división de poderes y un, también especial, reconocimiento de derechos a los ciudadanos. Resta por atribuir el último de los elementos. ¿Dónde está el poder constituyente? En este punto es donde más clara es la necesidad de quitarse las lentes estatales y dónde las dificultades de traducción son más nítidas.

El poder creador de estas normas constitucionales incompletas se asentaría no en un pueblo movilizado sino en la concurrencia de tres elementos definidores de una nueva forma de poder constituyente o, si se quiere, metaconstituyente.

En primer lugar estos centros de poder requieren algún tipo de *fundamento constitucional nacional*. Esto es tales centros de poder existen porque los acepta como tales expresa o tácitamente la propia constitución nacional mediante diferentes cláusulas de apertura. Lo característico es que tal fundamento es el resultado no de una concreta constitución, sino el sumatorio de todas las constituciones nacionales intervinientes en el pluralismo constitucional concreto.

En segundo lugar, el poder constituyente ya no es lo que era. No es la fuerza brutal de un pueblo movilizado (las más de las veces violentamente) que procede a destruir un orden político (USA) o el orden político y el socio-económico (Europa). Es otro tipo de poder más *suave*, de naturaleza evolutiva y profundamente pragmática. Un poder constituyente que no crea la constitución sino que la permite crecer matizando o corrigiendo sus excesos. Un poder que no aparece en determinados momentos revolucionarios, sino en pequeños hitos en el camino constitucional. Un poder que no parte del *acto deconstituyente* (BEAUD) típico de la historia europea postrevolucionaria; sino de una continua adaptación al tiempo. En fin un poder constituyente de *resabios* británicos y no de naturaleza continental.

En tercer lugar, esta nueva forma de entender el poder constituyente implica una nueva forma de entender su legitimación que ya no es la democrática expresada en la movilización popular. Esta nueva forma de legitimación se asienta, por un lado, en todos los pueblos de cada uno de los Estados que en su movilización constituyente originaria introdujeron cláusulas de apertura a otros órdenes normativos y, por el otro, en el silencioso, continuo y pacífico acto de aceptación o reconocimiento de la evolución y de los contenidos constitucionales realizados en el seno de los distintos lugares metaconstitucionales. Encontramos así que el poder metaconstituyente se asienta, como probablemente no podía ser de otra forma; en legitimidad constitucional de origen, creación de un discurso constitucional propio a la manera de un poder constituyente evolutivo y reconocimiento pacífico por los Estados.

De este modo, cuanto mayor sea la legitimidad conferida por la Constitución nacional, más intenso sea el discurso constitucional utilizado y mayor sea el grado de aceptación estatal del mismo, más importancia y entidad tendrá el lugar metaconstitucional y su norma/s fundante/s. No prescindimos de la noción de Estado ni, en concreto, de la de Constitución estatal. El nuevo orden constitucional surgido procede en gran medida, aunque nos sea la fuente única, de la constitución estatal en la que podemos encontrar su legitimidad de origen. Pero, también en ella encontraremos su *legitimidad de sentido*. Efectivamente, la creación o reconocimiento de *metaconstituciones* se produce en un necesario contexto de homogeneidad constitucional básica. Esto es no puede ocurrir que la Constitución nacional reconozca un discurso constitucional que se aparte de los elementos estructurales básicos que la inspire. Entre la metaconstitución supraestatal y la metaconstitución estatal debe existir una continuidad de sentido sustancial. Y cuanto mayor sea el nivel de interacción y complementariedad entre ellas (lo que en otros términos significa decir cuanto mayor y más intenso sea la integración en una instancia supraestatal por la importancia cualitativa y/o cuantitativa de las competencias atribuidas) mayor deberá ser la homogeneidad entre los dos lugares metaconstitucionales.

El Estado (y su Constitución) ocupa un lugar central. No un lugar *exclusivo* como el del Siglo XIX, pero sí un lugar central en la medida en que es cada ente estatal (a través de su Constitución) el que determina cuál es su posición en el entramado así creado. El reconocimiento de otros lugares de ejercicio del poder, el de las aspiraciones a norma suprema de sus textos fundantes y por tanto el grado de limitación de la propia constitución estatal es el resultado de la propia norma constitucional estatal y de las decisiones de los actores constitucionales principales de cada Estado.

El mejor modo para describir esta situación es, para nosotros, el de una red de constituciones interactuando permanentemente entre sí. Esta opción se nutre de construcciones extraordinariamente útiles como la de PERNICE (y F. MAYER) respecto al constitucionalismo multinivel. Si no aceptamos esta posición es por la referencia a *niveles* que por una parte parece (aunque sea sólo intuitivamente) reconducir a las ideas de jerarquía (superioridad del nivel superior sobre el inferior) y porque, como se ha sostenido, no resulta sencillo establecer niveles territoriales homogéneos en la integración supraestatal (ni en las transformaciones infraestatales). Nuestra posición pues se acerca más a la de los autores alemanes citados cuando utilizan el término, más próximo, de *liga de constituciones* o de *Verfassungsverbundung* y que ha señalado recientemente VON BOGDANDY va tomando cuerpo cada vez más como una red en el sentido defendido en este texto.

2. UNA RED GLOBAL DE ELEMENTOS CONSTITUCIONALES

Una red de constituciones incompletas es el reflejo de un escenario de pluralismo constitucional (por tanto sin jerarquía entre las distintas constitu-

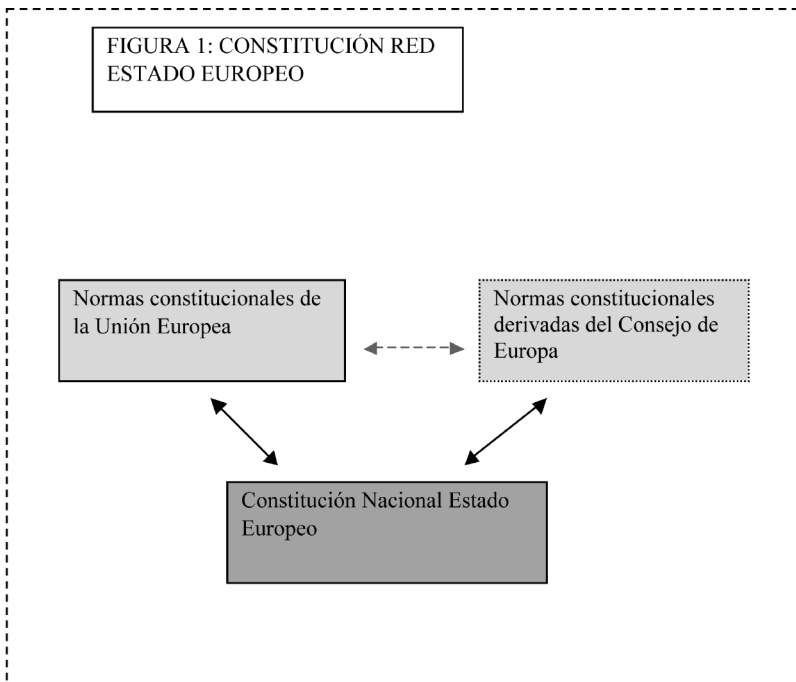
ciones) en el que cada nudo representa un lugar *metaconstitucional* con su correspondiente *metaconstitución* que interaccionan entre sí en virtud del grado de reconocimiento mutuo correspondiente al nivel de homogeneidad mínima existente. Las formas de interacción serán variables según qué tipo de normas regulen las relaciones entre sí. Normas que, a su vez, pueden ser expresas o no. En la base de la red encontraremos, obviamente, la Constitución nacional en cuanto, como se ha apuntado, fuente de legitimidad y de sentido de la red. Si bien, la posición que ocupen las diferentes constituciones nacionales puede ser diferente en virtud de su grado de apertura a esa red, de modo que, incluso, pueden identificarse supuestos de *autoexclusión* de la red de constituciones.

La figura 1 muestra el modelo más sencillo de red. Tomando como referencia la Constitución española nos encontraríamos una red compuesta por tres nudos correspondientes a tres lugares constitucionales (España, Unión Europea y Consejo de Europa). El nudo estatal estaría conectado con el nudo UE a través del art. 93 de la Constitución que junto a las cláusulas europeas del resto de Constituciones de los Estados miembros son el origen constitucional de la propia UE, pero que han de complementarse con el proceso de constitucionalización de la Unión y con la pacífica aceptación del mismo. Dada la importancia cualitativa y cuantitativa de la integración realizada a través de la Unión Europea la homogeneidad constitucional entre ambas es muy alta y se representa gráficamente en el art. 2 del Tratado de la Unión en la redacción de Lisboa (antiguo art. 6 UE) y en los límites constitucionales implícitos a la integración (Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004 o más claramente el art. 23 Ley Fundamental de Bonn).

La vinculación con el otro nudo de la red (el Consejo de Europa y en particular el discurso constitucional realizado por el TEDH en la interpretación del Convenio de Roma) se produce de múltiples formas (UGARTEMEN-DÍA), pero de manera evidente a través del art. 96 CE (sistema monista de recepción de tratados internacionales) y, sobre todo, mediante el uso por los actores constitucionales del art. 10.2 CE (SÁIZ ARNÁIZ). De nuevo la interacción entre ambos nudos es extraordinariamente intensa (aunque distinta de la producida con la UE) dada la importancia cualitativa de las competencias atribuidas que suponen la creación de un nuevo orden jurídico europeo de los derechos fundamentales. La homogeneidad constitucional básica está razonablemente asegurada al tener las mismas fuentes inspiradoras de los derechos fundamentales de la tradición constitucional europea, pero se ve reforzada por el examen previo al ingreso en el Consejo de Europa de las condiciones de respeto a los derechos fundamentales y la democracia en todo Estado aspirante.

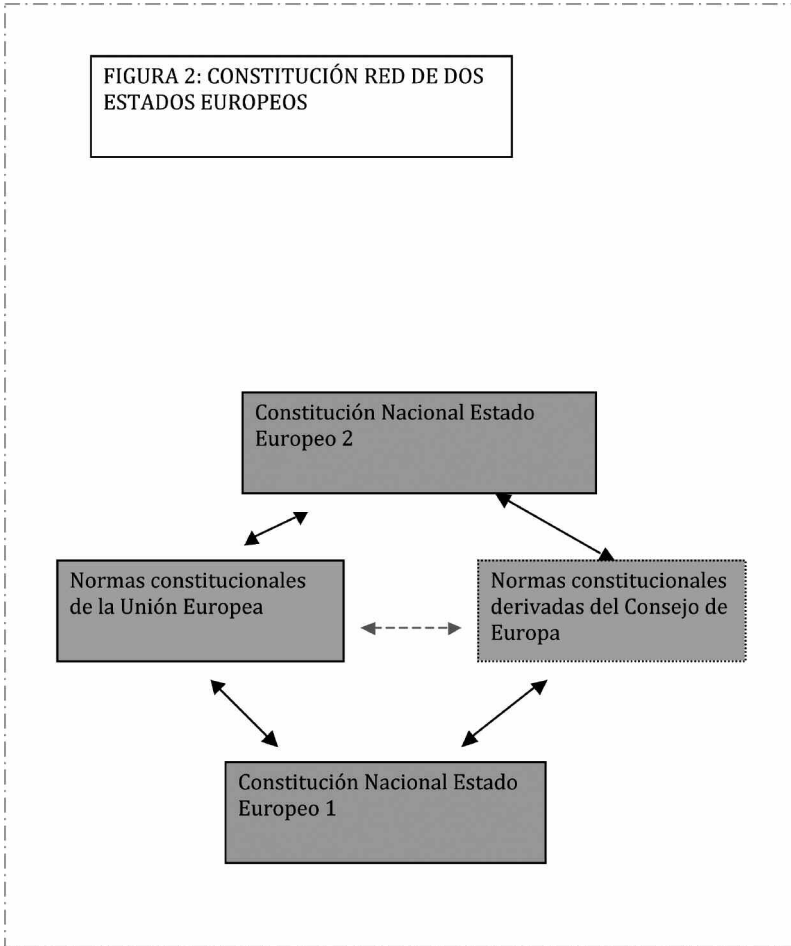
Finalmente los dos nudos supraestatales estarán también vinculados entre sí. Lo curioso, en este caso, es que esta vinculación no implica el establecimiento de relaciones jurídicas formales. Efectivamente, pese a que así lo ordene el Tratado de Lisboa, la UE todavía no es parte del Consejo de Europa,

ni está sometido a la jurisdicción del TEDH. Pero ello no ha impedido la generación de una línea de interacción extraordinariamente fructífera entre ambos tribunales, una relación de *enriquecimiento-mutuo* que ha significado la asunción de la jurisprudencia de Estrasburgo por parte de las autoridades de la Unión al mismo tiempo que el derecho de la Unión ha servido como parámetro esencial al TEDH para decidir el contenido de los derechos y, sobre todo, para apreciar o no la existencia de un consenso europeo en las cuestiones debatidas. Las cláusulas de homogeneidad entre ambas son también claras. Al art. 2 TUE deberíamos unir las cláusulas interpretativas de los arts. 52.3 y 53 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE de modo que está clara la aceptación de un común sustrato normativo en materia de derechos fundamentales. Igualmente, como aseguramiento de la homogeneidad constitucional básica podríamos entender el requisito no escrito de que el ingreso de un Estado miembro nuevo en la UE requiere del previo *sello de calidad democrática y de respeto a los derechos* que sólo la pertenencia al Consejo de Europa puede conferir.

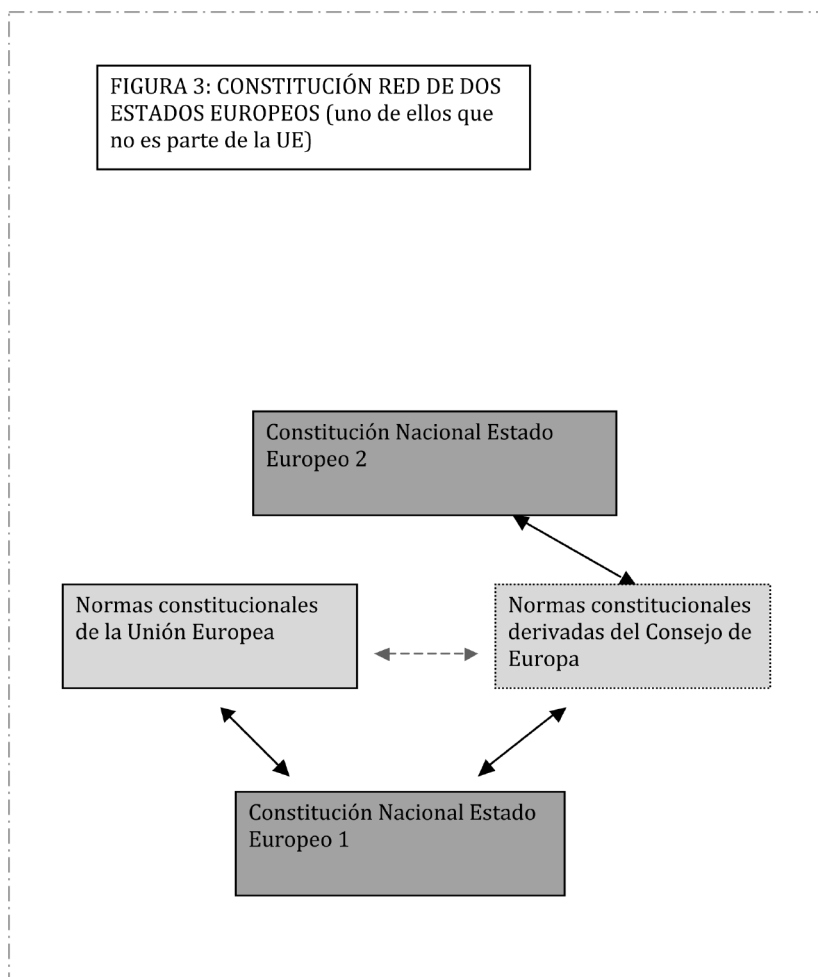


En la figura 2 la red tomará forma más clara si introducimos otros lugares como Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa. La vinculación con ambos lugares se asentará en sus propias normas

constitucionales. Debe notarse en este modelo la aparición de relaciones indirectas entre las Constituciones nacionales que en virtud de su doble pertenencia a ambas organizaciones sufrirán también un inevitable proceso de acercamiento entre sí.



La figura 3 mostraría un supuesto de pertenencia al Consejo de Europa y no a la Unión Europea. Aquí destacaríamos la existencia de interconexiones indirectas no sólo con los Estados miembros del Consejo de Europa, sino también con la propia UE (de la que no se es parte) pero que ejerce una influencia indirecta a través del Consejo de Europa y de los Estados miembros de las dos organizaciones.



Las figuras 4 y 5 complican más el modelo pero responden a la misma lógica. En ambas asumimos la existencia de lugares *metaconstitucionales* de ámbito suprarregional. En la figura 4 aceptamos que buena parte de la actividad de Naciones Unidas, en especial la vinculada a la protección de derechos fundamentales, es parte de ejercicio de un discurso constitucional y que, por ello, produce normas jurídicas de naturaleza metaconstitucional que pasan a interactuar con el resto de normas metaconstitucionales a través de la red. En la figura 5 aceptamos que otros textos de ámbito internacional (vinculados o no a Naciones Unidas) pueden acabar desarrollando discursos constitucionales sustantivos (piénsese en toda la cuestión relativa a la persecución de delitos contra la humanidad).

De nuevo tendremos relaciones de estos lugares con los Estados a través de las cláusulas de apertura al orden internacional de sus constituciones sea con carácter general o sea con carácter específico para derechos fundamentales o sea por cualquier otro instrumento (debe notarse en España, por ejemplo, que la ratificación del tratado por el que se crea la Corte Penal Internacional fue tramitada de acuerdo con el art. 93 CE).

La conexión en ambas figuras será, posiblemente, menos intensa que la establecida con lugares metaconstitucionales más cercanos y más importantes cualitativa y cuantitativamente. Del mismo modo, también será más débil el reconocimiento estatal de la naturaleza constitucional del discurso constitucional¹. Menor intensidad del discurso implica menor intensidad de las relaciones y menor necesidad de homogeneidad constitucional básica compartida por lo que, figura 6, podríamos incorporar al modelo a Estados no miembros de la integración europea enriqueciendo las formas de relación entre sí en todos los lugares constitucionales.

Debe notarse que las relaciones entre los diferentes lugares metaconstitucionales tendrán diferente intensidad y naturaleza. Los distintos colores y formas de línea utilizados en las figuras no son caprichosos. Pretenden poner de manifiesto que las formas de relación son variables y denotan interacciones más o menos poderosas en función del grado de reconocimiento de las metaconstituciones entre sí. Formas de relación que a menudo no son jurídico-formales, pero no por ello dejan de ser igualmente eficaces y condicionantes del propio discurso constitucional. Así, no es extraño comprobar cómo determinados contenidos constitucionales desarrollados en un lugar *metaconstitucional* supranacional están condicionados por los actos de otro del que no son, formalmente, parte. Así, por ejemplo, es habitual que el TEDH se apoye en el Alto Comisionado de Naciones Unidas contra la tortura a la hora de establecer si la extradición de un extranjero detenido en alguno de los Estados miembros es o no conforme con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. O pueden encontrarse supuestos en los que la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tome como referencia la ratificación o no del Estado afectado del CEDH para poder establecer cuáles son las obligaciones realmente asumidas. O, en fin, puede también ocurrir, que un lugar metaconstitucional asuma un nivel de protección de los derechos necesariamente superior al previsto en unos tratados de los que no necesariamente forma parte en una suerte de remisión unilateral a los mismos y a lo previsto en la Constitución de los Estados miembros o, por último, se obligue a realizar una interpretación armoniosa del contenido de los

¹ Muy gráficamente podemos comparar el reconocimiento, y con ello, el respeto a las decisiones del TEDH (en cuanto órgano garante del CEDH) frente al muy inferior reconocimiento y respeto dispensado por las autoridades nacionales (muy en especial las judiciales y constitucionales) al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (aunque sea un órgano garante del PIDCP para quienes hayan ratificado el protocolo facultativo anexo a éste).

derechos propios con el de los derechos incluidos en las constituciones de los Estados miembros (arts. 52.2.3 y 53 CDFUE).

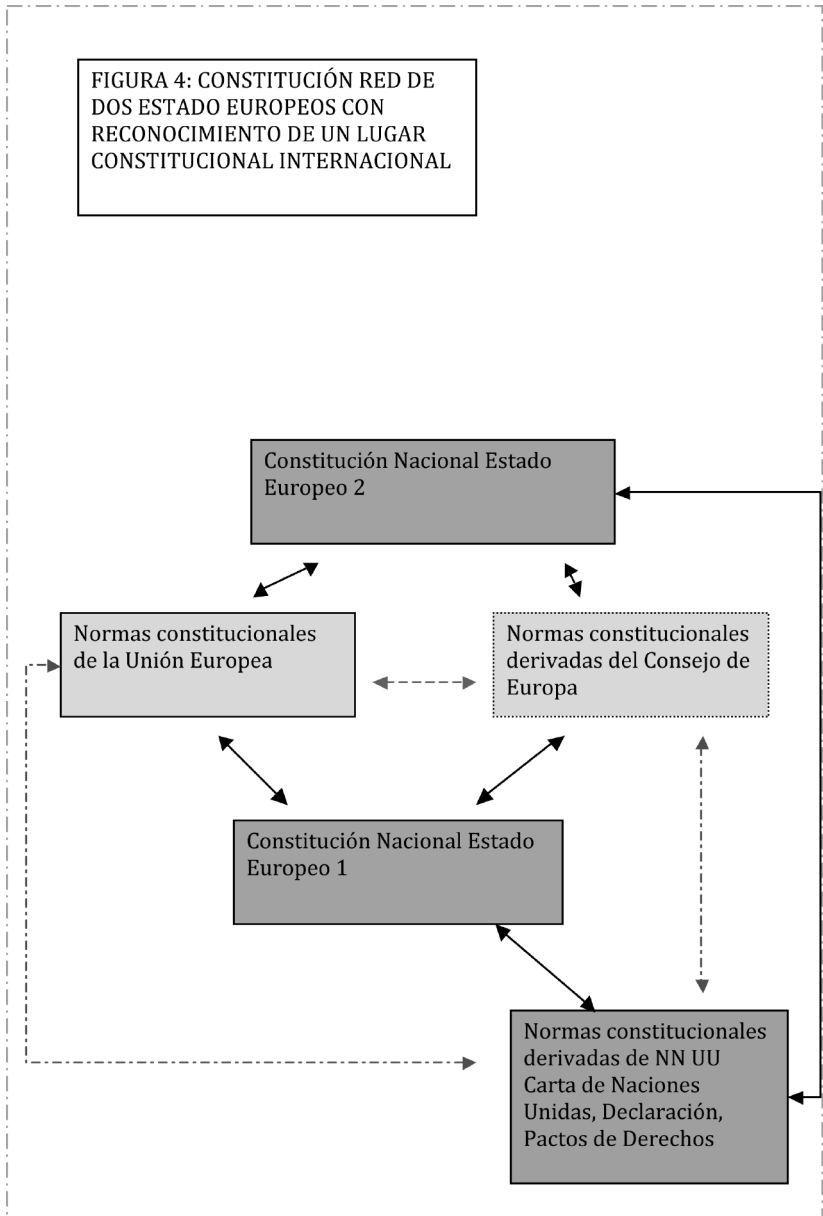


FIGURA 5: CONSTITUCIÓN RED DE DOS ESTADO EUROPEOS CON RECONOCIMIENTO DE VARIOS LUGARES CONSTITUCIONALES INTERNACIONALES

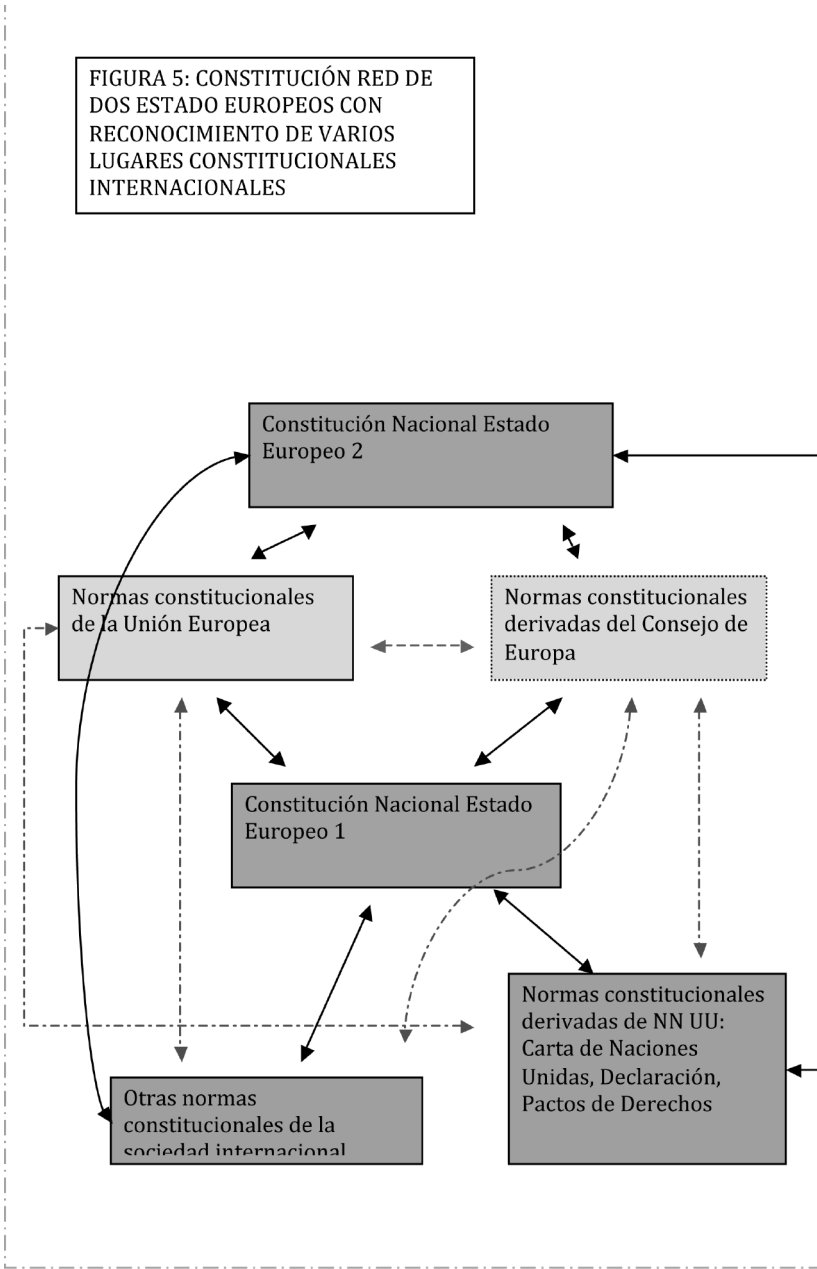
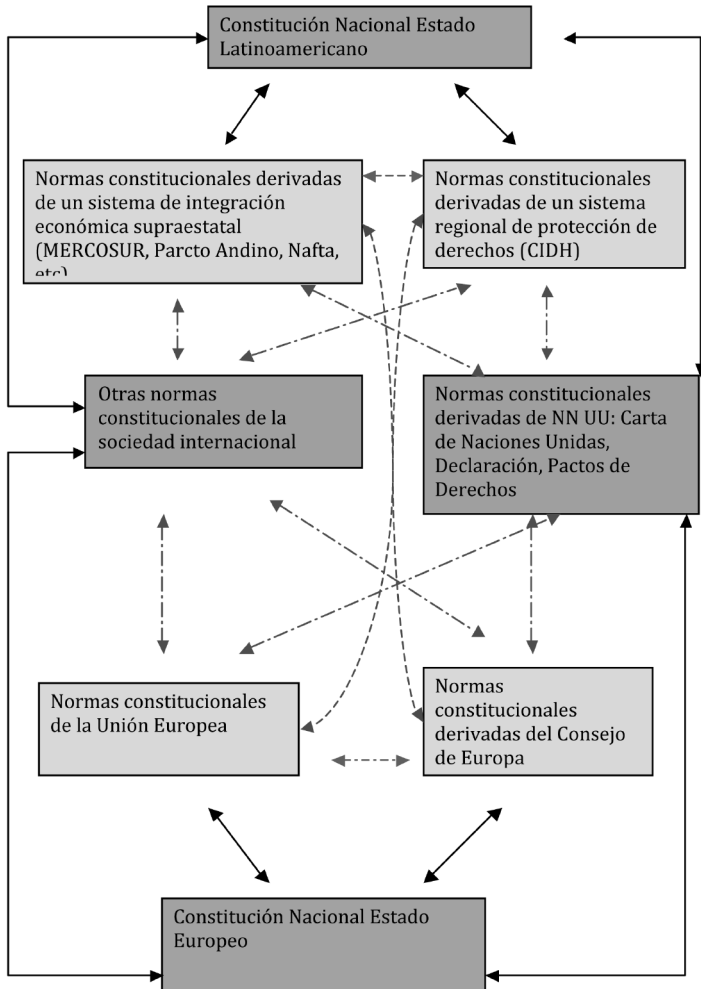


FIGURA 6: CONSTITUCIÓN RED DE DOS ESTADOS CON RECONOCIMIENTO DE VARIOS LUGARES CONSTITUCIONALES REGIONALES E INTERNACIONALES



En definitiva lo que se pretende poner de manifiesto con este modelo (o cualquier otro que trate de reflejar la realidad constitucional actual) es *que se ha roto la unidad documental de la Constitución*. Igual que se ha roto la unidad de ejercicio del poder en manos del Estado. Si la realidad de nuestro tiempo muestra que el poder se ejerce a través de una red interconectada de centros de decisión heterogéneos, no queda más remedio que tratar de teorizar una red de constituciones que limite desde la óptica del constitucionalismo esa nueva forma de ejercicio del poder.

La ruptura de la unidad documental no significa necesariamente la ruptura de la unidad conceptual. La red de constituciones conferirá respuestas a los problemas que resolvía antes por sí sola la constitución nacional. Según el lugar de ejercicio del poder será una parte de esa red la que confiera las respuestas requeridas. Cuando ese ejercicio implique la participación de varios centros de poder, será la red de interacciones la que confiera una solución constitucional. La coherencia interna de la red vendrá asegurada por la existencia de una homogeneidad básica que habrá de ser más intensa cuanto mayores puedan ser los problemas de coherencia, esto es, cuanto mayor sea la entidad del poder (y por ello del discurso constitucional) ejercido.

Sin embargo, resta un problema por ser afrontado. Cómo resolver aquellos supuestos en los que los distintos lugares metaconstitucionales desarrollen discursos contradictorios. La asunción de un modelo de pluralismo de constituciones supone asumir que no hay una instancia superior de resolución de conflictos. Ni siquiera permite, conceptualmente, asumir una suerte de jerarquía inversa a favor de la Constitución estatal. Y no lo permite porque ello supondría volver a caer en el error de pensar que, a la postre, existe un *lugar fundacional* de ejercicio del poder, cosa excluida en el enfoque adoptado en estas páginas. Es este problema el que las instancias nacionales de defensa de la Constitución en Europa no parecen haber podido resolver satisfactoriamente como demuestra GONZÁLEZ PAS-CUAL respecto al Tribunal Constitucional federal alemán en cuanto la más significativa de ellas.

3. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA RED CONSTITUCIONAL

El pluralismo constitucional no implica la creación de una situación anárquica en la aplicación del Derecho. El esquema de funcionamiento habitual en un escenario de pluralismo constitucional es la existencia de una distribución competencial clara en la que cada ordenamiento asume el ejercicio y la resolución de controversias en su propio ámbito de actuación. En este ámbito habrá siempre sólo un tipo de instancias competentes con su propio sistema jerárquico que resuelve cualquier duda de interpretación o de aplicación del derecho con independencia de que sea un sistema nacional clásico (con su pirámide judicial claramente establecida), un sistema internacional clásico (con

sistema de paneles, de arbitraje o de tribunales permanentes) o sistemas nuevos (la peculiar estructura judicial de la UE con sus órganos centralizados y el poder judicial de los Estados miembros).

Por tanto, no hay conflicto permanente entre ordenamientos. Cada uno tiene su propio ámbito competencial con los órganos encargados de resolver en última instancia.

Esta distribución a partir del principio de competencia presenta inevitablemente dos aspectos difícilmente resoluble referidos a los márgenes de actuación de cada ente: aquellos puntos en los que se producen *intersecciones* entre ordenamientos.

El primero, detectado con toda claridad a partir de la decisión Maastricht (MACCORMICK –1995–; WEILER/HALTERN –1996–), tiene que ver con la determinación en última instancia de la amplitud de las respectivas competencias en las que se mueve cada ordenamiento. O dicho en otros términos la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad de las competencias cuando éstas sean el propio objeto de controversia. Los sistemas federales sitúan esta *Judicial Kompetenz-Kompetenz* en el órgano jurisdiccional supremo del Estado federal o en un Tribunal Constitucional que, por definición, es un órgano federal. Esto es, asignan la última palabra a un órgano de la entidad territorial que engloba a todas aquellas que se integran en su seno (lo que puede incluir, como es bien sabido en España, no sólo a las entidades regionales, sino también a las locales). Esta solución no es posible en un escenario de pluralismo constitucional.

En efecto, en este tipo de escenarios el alcance de la propia competencia la determina el órgano encargado de resolver en última instancia todos los conflictos planteados en el seno del propio ordenamiento. De este modo es perfectamente lógica la aparición de dos *narrativas* (MADURO, 2003) contradictorias. Se puede, así, producir que, por ejemplo, el TJUE considere que la determinación de las competencias asumidas por la Unión sea objeto de su competencia última en cuanto guardián último de los tratados fundacionales. Pero también es igualmente lógico que, por ejemplo, el TCF considere, como viene haciendo desde su famosa decisión sobre el Tratado de Maastricht hasta la más reciente sobre el Tratado de Lisboa, que la determinación de las competencias transferidas a la Unión le puede corresponder a él en cuanto guardián último del ordenamiento jurídico alemán lo que, lógicamente, incluye la delimitación última de las sucesivas leyes de ratificación de los tratados fundacionales de la Unión Europea (argumento que *mutatis mutandis* podría extenderse probablemente a los restantes Estados miembros de la Unión). La solución a una eventual contradicción entre ambas jurisdicciones (la europea y la nacional) no puede resolverse con el predominio de ninguna de las dos so pena de concluir que realmente no estamos ante una situación de pluralismo constitucional entre ordenamientos a un mismo nivel sino en una situación clásica de monismo (sea de predominio del orden supraestatal, sea de predominio del orden estatal). Estamos, pues, en presencia de un primer campo de

conflicto². El, en la afortunada expresión de WALKER (2003), *territorio disputado* entre dos ordenamientos autónomos que recaban para sí el ejercicio de la competencia controvertida y, con ello, del poder de decidir en última instancia a quién corresponde su ejercicio. Por tanto, es en el enjuiciamiento de la eventual actuación *ultra vires* de los diferentes poderes generadores de los distintos ordenamientos donde encontramos un primer problema no resoluble desde la aplicación del principio de competencia. Y con ello es en este campo en el que nos podemos encontrar soluciones contradictorias y no compatibles entre las diferentes máximas instancias de defensa del propio ordenamiento. Este es, pues, el primer ámbito de actuación del diálogo judicial en el sentido utilizado en estas páginas. Un ámbito donde desarrolla su plena potencialidad y en el que asume un papel distinto a nada conocido anteriormente y que lo diferencia de otras formas de comunicación judicial.

El segundo ámbito en el que el principio de competencia presenta especiales dificultades para delimitar la propia esfera de actuación es también conocido en los sistemas descentralizados en general y en España en particular. En efecto, esa *rara avis* en el panorama comparado constituida por la competencia contenida en el art. 149.1.1ª ha generado una más que abundante jurisprudencia y literatura especializada (véase con carácter general GONZÁLEZ PASCUAL, 2007). El problema que aquí se aborda es la existencia de competencias que por no ser reconducibles a los conceptos propios de la distribución material de poderes (sea interna, sea respecto a instancias supraestatales) son conocidas como competencias *horizontales* o *transversales* y que en el campo de la integración de ordenamientos internacionales se centran en la *protección y garantía de los derechos fundamentales*. Efectivamente, en esta *materia* todos los ordenamientos pueden incidir. Sea el ordenamiento nacional, sea el ordenamiento de la Unión Europea, sea el Derecho Regional de los derechos humanos, sea el Derecho internacional-universal de los derechos humanos, sea el Derecho internacional no específicamente dirigido a los derechos fundamentales. Se trata de situaciones en las que lo producido son *superposiciones* (*overlappings*) entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto y no auténticos conflictos.

De nuevo lo característico frente a las fórmulas tradicionales de descentralización con reconocimiento de diversidad de declaraciones de derechos en el ámbito federal y en el estatal es la ausencia de una entidad jurisdiccional suprema de decisión (la del ámbito de decisión territorial más amplio) capaz de resolver la cuestión, parafraseando al CJ JACKSON, no por ser infalible sino simplemente por ser la última.

² Nótese que parecida situación se produce si lo que se discute es la intensidad de la supervisión de un tribunal internacional de derechos. Tanto en los conflictos entre el TEDH y los tribunales constitucionales como entre éstos y por ejemplo el Comité de Derechos Humanos de NN UU, el primer punto de la discusión es una cuestión competencial relativa a la extensión de los poderes de supervisión de los órganos supraestatales.

Estamos, pues, ante un segundo *territorio disputado*: el de la protección y garantía de los derechos fundamentales. Un campo en que diversos entes, con distintos textos de referencia y distintas formas de relacionarse entre sí, carecen, por definición, de una autoridad última de determinación del contenido de los mismos. La posibilidad de que lleguen a definiciones no coincidentes generadoras de obligaciones incompatibles entre sí es bastante más que probable si tales instancias pretenden asumir tal competencia interpretativa. Es, por tanto, este segundo campo donde también la idea de diálogo judicial como nuevo concepto cobra su pleno sentido.

En tales situaciones, como hemos tratado de demostrar en otro lugar, la salida habitual es el establecimiento de un diálogo entre las instancias judiciales llamadas a aplicar su propia *metaconstitución* teniendo en cuenta el resto de *metaconstituciones* presentes en la red. Esta obligación de tener en cuenta (to take into account) las resoluciones judiciales tendrá tanta intensidad como tenga la imbricación entre ordenamientos diseñada en las constituciones en conflicto. Pero acabará o proponiendo una situación mutuamente aceptable para los dos entes (una interpretación mutuamente conforme, una interpretación compatible, una prioridad en la decisión, una aceptación de la decisión ajena, etc) o constatando un conflicto irresoluble. En el primer caso estaremos ante un diálogo judicial con éxito que tras un cierto tiempo resuelve el conflicto; en el segundo caso daremos origen a la negociación política entre los lugares metaconstitucionales en conflicto para modificar sus propias metaconstituciones y resolver el enfrentamiento.

Esta apelación a la negociación política se inspira no sólo en la práctica de la integración regional o internacional sino en la solución conferida en algunos Estados al conflicto entre ley y derechos fundamentales. En concreto nos referimos a la solución conferida a tal conflicto en la *Human Rights Act* británica. La singularidad del sistema británico en este punto se encuentra en que un eventual conflicto entre una norma *soberana* (en el sentido británico del término, esto es aprobada por el *King in Parliament*) y uno de los derechos contenidos en la HRA (que reproducen el CEDH) no se resuelve automáticamente con la prevalencia de una u otra. El conflicto, una vez detectado judicialmente, origina un proceso cooperativo entre ejecutivo y legislativo tendente a la modificación del ordenamiento para eliminar la incompatibilidad detectada.

Algo similar ocurre, a nuestro juicio, en la práctica de la integración regional. En ocasiones el diálogo jurisdiccional no puede resolver los conflictos porque carece de los poderes suficientes para hacerlo y sólo puede constatar la existencia de una incompatibilidad. En estos casos se utiliza la *negociación*. Entendida como la conversación entre los actores jurídico-constitucionales de los diferentes lugares en conflicto tendentes a resolverlo mediante la modificación de las normas generadoras del mismo. La historia de la integración europea muestra estas negociaciones de manera evidente; en ocasiones previniendo conflictos y en otras respondiendo a los ya declarados. La infinidad

de protocolos adicionales aprobados para respetar identidades constitucionales específicas; la presencia del respeto a la singularidad consitutcional de cada Estado miembro en el art. 2 de actual tratado, las frecuentes reformas constitucionales de los Estados con motivo de la ratificación de tratados europeos, no son más que formas cooperativas de prevención y resolución de conflictos.

Sea como fuere tanto en un diálogo judicial exitoso como en una negociación política un principio básico del Estado de Derecho sufre gravemente. El principio de seguridad jurídica y en particular el de previsibilidad del Derecho que nutre a aquél. Efectivamente en los tipos de situaciones descritas no habrá ninguna solución previsible, es más según acudamos a unas u otras instancias recibiremos, por definición, soluciones contradictorias sin ninguna posibilidad de resolver el asunto en una instancia superior común. ¿puede tal situación tolerarse desde la seguridad jurídica? Una respuesta clásica dirá que en absoluto. Una respuesta adaptada a los tiempos sostendrá que mientras esa situación no se eternice en el tiempo y acabe encontrando una salida razonablemente previsible será tolerable desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

En este sentido, y con ello queremos concluir, es particularmente interesante la sentencia del TEDH *Nejdet Sahin & Perihan Sahim contra Turquía*, de 20 de octubre de 2011. El asunto se centra en la resolución de una reclamación contra las autoridades es la existencia de dos jurisprudencias contradictorias en lo que podríamos denominar dos salas del mismo tribunal supremo (realmente se trata de dos Tribunales Supremos pues en Turquía hay cuatro tribunales supremos, uno por jurisdicción). El problema planteado es que un mismo supuesto de hecho (la muerte en accidente de avión de diversas personas) es resuelto de manera contradictoria a los efectos del reconocimiento de pensiones especiales a los familiares. Así en un caso, el de los recurrentes, se niega tal reconocimiento por el Tribunal Supremo Militar, mientras que en los restantes se otorga tal reconocimiento por el Tribunal Supremo Administrativo. En ausencia de una instancia de unificación de las decisiones, el TEDH se encuentra ante un supuesto en el que dos tribunales supremos son igualmente competentes y adoptan decisiones contradictorias entre sí. Los reclamantes asientan sus alegaciones en el art. 6, pero realmente el problema es si la presencia de dos jurisprudencias contradictorias para el mismo caso es lesivo del principio de seguridad jurídica. Como puede observarse el caso reproduce con una peculiaridad legislativa interna la situación de concurrencia perfecta entre instancias jurisdiccionales de protección de derechos todas ellas competentes y últimas que llegan a conclusiones distintas. Por ello no es de extrañar que más allá de la importancia del caso, la Gran Sala se dividiera (10 a 7) en dos grupos con importantes magistrados en cada bando.

La mayoría entendió que una situación como ésta es tolerable siempre y cuando no sea permanente en el tiempo y no afecte a cuestiones particular-

mente importantes, por un lado, y que existan mecanismos para resolver el problema en el futuro, por el otro.

Para la minoría la situación es inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y denota un defectuoso funcionamiento estructural de los sistemas turcos de resolución de conflictos jurisdiccionales. La lesión al art. 6 es, para la minoría, obvia pues lo contrario convertiría a la Justicia en una lotería (*sic*) en la que la resolución en un sentido u otro del caso depende solo de qué juez sea el encargado de resolverlo.

La fuerte división, la importancia de los firmantes e incluso el tono agresivo en que están redactados algunos párrafos denota la importancia del debate en un asunto que, sin duda, tampoco era una cuestión esencial para la vigencia de los derechos fundamentales. Detrás de este duro y apasionante debate hay otro, más profundo que tiene que ver con la necesidad o no de adaptar a las nuevas realidades los viejos conceptos. La existencia de elementos constitucionales en una red global que lleva aparejada la concurrencia de tribunales en la protección de derechos pudiendo originar jurisprudencias contradictorias puede ser entendido como una solución aceptable en determinadas condiciones (en particular respecto a la entidad de las contradicciones y al tiempo de inseguridad) por unos, o la conversión de la justicia en una lotería, por otros.

El debate sigue abierto...

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Hemos respetado la estructura y la lógica de la exposición oral de la que procede el texto reproducido por lo que recogemos en este apartado las referencias expresamente realizadas en el mismo. Con carácter general la ponencia recoge sustancialmente, actualizando y cambiando algunos aspectos, las tesis sostenidas en nuestro trabajo *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Vitoria, 2005. Igualmente se recogen algunas reflexiones suscitadas al hilo de la publicación de *Pluralismo constitucional y diálogos*, México, Purrúa (2012) y del artículo «XV proposiciones para una teoría general del diálogo judicial»; *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95, 2012. Muchas de las cuestiones sólo apuntadas en la ponencia se desarrollan en esos tres textos así como buena parte de la bibliografía utilizada para la construcción de las tesis defendidas. Nos limitamos, por tanto, a reproducir sólo las referencias de los autores recogidas en el texto.

CRUZ VILLALLÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid, 2004.

GARCÍA ROCA, J., *La doctrina del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TEDH*, Civitas, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson, Madrid, 2010.

- GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional», *AFDUAM*, num 16, 2012.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional», en M. A. PRESNO & I. GUTIÉRREZ, *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, 2012.
- GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution», en P. GOWAN, P. ANDERSON (ed), *The Question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.
- HABERMAS, J., «Reply to Grimm», en P. GOWAN, P. ANDERSON (ed), *The Question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.
- MAYER, F. C., «The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System», en A. VON BOGDANDY (ed), *European Integration: the New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper, 9, 2003 (www.jeanmonnetprogram.org/papers/03).
- MACCORMICK, N., «Beyond the Sovereign State», en *The Modern Law Review*, 56, 1993.
- MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, 1999.
- PERNICE, I., «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making revisited? », en *Common Market Law Review*, 36, 1999.
- PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, vol 27, 5, 2002.
- PERNICE, I., «The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action», en *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009.
- PERNICE, I., MAYER, F. C., «De la constitution composée de l'Europe», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 36, 4, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia, 2003.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación del los derechos: del tribunal de Estrasburgo la Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
- RÖBEN, V., *Constitutionalism of Inverse Hierarchy: the Case of the European Union*, Jena Monnet Working Paper, 8/03, Nueva York, 2003.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999.
- TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «Cauces de interacción e incorporación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en A. SÁIZ ARNÁIZ

- (dir) & M. ZELAIA GARAGARZA (coord.), *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Vitoria, 2006.
- WALKER, N. (ed), *Sovereignty in Transition*, Oxford/Pórtland, 2003.
- WALKER, N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, EUI Working Paper, 2002/1, Florencia, 2002 (www.iue.it).
- WALKER, N., «Beyond boudary disputes and basic grids. Mapping the global disorder of normative orders», en *International Journal of Constitutional Law*, vol 6, num 3-4, 2008.
- VON BOGDANDY, A., «Doctrine of Principles», en A. VON BOGDANDY, A. *European Integration: the New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper, 9, 2003 (www.jeanmonnetprogram.org/papers/03).
- VON BOGDANDY, A., «Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales», en *Revista General de Derecho Europeo*, 22, 2010.
- WEILER, J. H. H., «Does Europe Need a Constitution?. Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht Decision», en P. GOWAN, P. ANDERSON (ed), *The Question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.

La legitimación democrática del poder supranacional

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: El presente artículo realiza un análisis crítico de los modelos conocidos que explican o articulan la legitimación del poder supranacional utilizando con la Unión Europea como paradigma. El objetivo consiste en establecer en qué medida cada uno de ellos está más cerca o más lejos de las coordenadas del constitucionalismo democrático –soberanía popular y derechos, imperio de la ley–. A través del texto se describiendo el que sería, según la autora, el modelo ideal.

Palabras clave: Legitimación democrática, supranacionalidad, constitucionalismo.

Abstract: *This article analyzes critically the different doctrinal justification of the legitimacy of the supranational power, using the EU as the reference example. The aim of this paper is to establish to what extent each one of the models respect the democratic standards (sovereignty, human rights, rule of law). Besides, the text does propose the ideal model.*

Key words: *Democratic legitimacy, supranationality, constitutionalism.*

Sumario: Introducción: Los retos globales del paradigma democrático.—1. La legitimación a través del Derecho.—1.1. El modelo iusinternacional y la autonomía del orden europeo.—1.2. El modelo del pluralismo constitucional.—2. La legitimación institucional.—2.1. El modelo institucional europeo: Consejo, Parlamento y Comisión.—2.2. El modelo institucional integrado: la incorporación de los parlamentos nacionales.—3. La legitimación procedimental.—3.1. El modelo de la subsidiariedad.—3.2. El inquietante modelo de la gobernanza.—4. Conclusión

INTRODUCCIÓN: LOS RETOS GLOBALES DEL PARADIGMA DEMOCRÁTICO

Cuando hace un año me propusieron que elaborara un trabajo bajo el título *La legitimación democrática del poder supranacional*, el mensaje de correo electrónico que con la propuesta iba con el siguiente asunto: «un reto desde la UNED». Al estímulo que para cualquier investigador supone la palabra *reto*, en mi caso se sumó de inmediato el de la oportunidad de enfrentarme a un tema directamente relacionado con la dimensión constitucional de la integración supranacional y hacerlo desde una perspectiva teórica de sumo interés. Ese *reto* que se me puso por delante se fue multiplicando a medida

que fui anotando ideas para plantear el análisis, pues iba acumulándose un número importante de ellas, algunas más conexas y otras más extravagantes, mientras que a mí no se me escapaba que para tratar una cuestión como la legitimación democrática del poder más allá del Estado había que hilar muy fino. Y cualquiera que haya profundizado en la perspectiva constitucional de los procesos de integración supranacional estará de acuerdo conmigo en que no es una cuestión fácil de hilar. Un segundo reto era dar un contexto apropiado a un trabajo científico que no puede ser más que teórico en un momento de crisis económica, como el actual, en el que parece –aunque como intentaré demostrar es solo una apariencia–, que los problemas de legitimación democrática son menores, o que simplemente son eso, teóricos, porque lo que de verdad importa es la viabilidad y eficacia de las soluciones que los que ostentan el poder –sea cual sea– ofrezcan a las sociedades, bien sean consideradas en tanto sociedades nacionales, comunidades supranacionales o como comunidad internacional. Y en tercer lugar estaba el *reto* originario: tratar sobre un objeto de estudio como la legitimación democrática del poder supranacional que en realidad no existe como tal.

El *reto de los retos*, por tanto, era que estaba obligada bien a trabajar sobre una premisa imposible, bien a recurrir a debates circulares sobre la *existencia-inexistencia-posibilidad* de un *demos* más allá del Estado nación, debates que, en concreto para el caso de la Unión Europea, son de sobra conocidos y que, sin subestimar lo que aportan algunos de ellos, en general están algo viciados¹. El escaso atractivo de esa segunda alternativa, me dejaba solo la primera: la de la premisa imposible. Y así es como decidí que había que plantear la cuestión, empezando por afirmar con toda calma que la legitimación democrática del poder supranacional no existe para entrar, gracias a ese pie, en el terreno de las ficciones. Por suerte, ese terreno era el apropiado, puesto que tanto la legitimación democrática como su fundamento, la soberanía popular, ya son en sí ficciones, modelos creados para sustituir la legitimidad anterior, la de los reyes soberanos, que se desmoronaba mientras en una Europa minada por revoluciones y guerras avanzaban con firmeza las ideas de la ilustración.

¹ Explica CRUZ VILLALÓN que la formulación del debate como existencia o ausencia de *Volk*, «con las inevitables resonancias de la palabra», ha condicionado en gran medida este debate que, en parte, «se encuentra hoy más bien trasladado a la denuncia de falta de un espacio común europeo de información, de formación de opinión pública y de control de la actividad pública». CRUZ VILLALÓN, P., *La constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 38. Las referencias fundamentales en el debate sobre el *demos* están en el volumen 1 de la revista *European Law Journal*, en especial: GRIMM, D., «Does Europe need a Constitution?», *European Law Journal*, vol 1. (1995), pp. 282-302; HABERMAS, J., «Remarks of Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?'», *European Law Journal*, vol 1. (1995), pp. 303-307.; o WEILLER, J. H.H., «Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, vol 1. (1995), pp. 219-258.

La legitimidad democrática fue un modelo imaginado que en su puesta en práctica y en su evolución fue forjando mecanismos que la traducían en sistemas de gobierno, mejores o peores, en los que la autoridad y actuación de los poderes públicos venía respaldada por una decisión mayoritaria que tenía su origen en una expresión igualitaria de la voluntad ciudadana. Por su parte, el Derecho era otra ficción, una herramienta creada por la sociedad para ordenar y encauzar sus conflictos, que en sí era anterior al paradigma de legitimidad democrática y a sus mecanismos. Esa herramienta adquirió por sí misma una cualidad de elemento legitimador del poder, la legitimidad racional-normativa que explica Max WEBER y que es independiente de su origen consensuado o impuesto². Es justo esa capacidad ordenadora la que hace que el Derecho se presente como el cauce óptimo para subordinar al poder político a unas reglas abstractas, consentidas por todos, que serían la base y a la vez la garantía de la igualdad formal. Es la razón de que el Derecho fuera considerado un aliado en la transición desde la soberanía del monarca a la soberanía nacional. Y, por fin, cuando el constitucionalismo democrático se erigió en el paradigma por antonomasia de los Estados occidentales, ese Derecho, *que ordenaba*, se integró como elemento del modelo gracias a su vinculación con un doble fundamento: siguiendo a HABERMAS, el doble fundamento del sistema de derechos y la soberanía popular³.

Era necesario que soberanía popular y derechos confluyeran, pues los segundos debían sustentar la entidad al *sujeto* titular de los mismos y hacer posible que este participara en la conformación del poder. Es ese individuo el que forma con otros la comunidad ciudadana, la cual es a su vez la que crea y limita el poder. La legitimidad democrática, por eso, no puede explicarse si no es a través de la identificación de una ciudadanía soberana que responda a ese patrón del constitucionalismo democrático originario, el patrón dado por la nacionalidad y el Estado. Sin esa identificación, que no existe en los sistemas supranacionales de poder público, la legitimación democrática del poder supranacional y de su sistema jurídico tiene la misma conexión con la realidad que el mundo subterráneo de la Alicia de Lewis Carroll. Con ello, la única alternativa que quedaría para aproximarse al tema sería la laberíntica elucubra-

² «Hoy en día, la base más usual de la legitimidad es la creencia en la legalidad, la disposición a aceptar las normas formalmente correctas y han sido impuestas por un procedimiento válido. La distinción entre un orden derivado del acuerdo voluntario y otro que ha sido impuesto es relativa. Mientras que el acuerdo que sustenta un orden no sea unánime (...), su funcionamiento en el seno de un grupo social dependerá de la voluntad de los individuos que difieran en sus pretensiones de dar crédito a la mayoría». WEBER, M., *The theory of social and economic organization*, Free Press, New York, 1964, pp. 131-132. Las traducciones al español de las citas bibliográficas en inglés que figuran en las notas a pie de este artículo son de mi propia autoría.

³ En relación con la cooriginalidad de sistema de derechos y soberanía popular en la construcción discursiva de lo constitucional, véase HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 156.

ción sobre la existencia o inexistencia del *demos* europeo, pero ese no era el camino que se quería seguir en este estudio. Así que, para salir de la trampa del *demos* en la que tan difícil es evitar caer, este discurso va a volver a la senda de la ficción, adoptando una lógica parecida a la de las criaturas de ese submundo lewis Carrolliano.

Diría una de esas criaturas, quizás un ratón de campo azul, a una atribulada Alicia.

Si la legitimación democrática del poder supranacional no existe, ¿para qué te preocupas por ella?

-Pues porque es necesario que exista –replicaría nuestra Alicia sin saber muy bien por qué.

-¿Por qué? –se interesaría otra criaturilla, quizás un dado redondo y gordiflón, adivinando la confusión de la niña.

-Porque todo poder tiene que estar legitimado democráticamente. Está establecido así –contestaría nuestra Alicia, una estudiante aplicada de primero de Derecho que hubiera asistido a alguna lección de teoría constitucional.

Entonces el ratón de campo plantearía una nueva cuestión:

-¿Por quién está establecido?

Alicia tendría que pensar antes de responder:

-¿Por un pensador francés de los tiempos de Napoleón? ¿Por los americanos? ¿Por el pueblo? No, ¿cómo era? ¿Por el acuerdo de todos? – diría la niña dubitativa, esperando acertar.

-Pues si es así –se alzarían las criaturas a coro-, que *todos* acuerden otra cosa, por ejemplo que el poder venga de los árboles centenarios, y fin del problema. ¡A cambiar de lugar!

Como a estos personajes plagiados, puede parecernos que la importancia del tema es relativa, pues si la realidad es que hay instancias ejerciendo poder a nivel supranacional y el ejercicio de ese poder es aceptado por todos, fundamentalmente por los Estados, supuestos titulares exclusivos de la soberanía *ad extra*, ¿para qué afinar con la explicación acerca de la legitimidad de ese poder? Entonces, preguntarnos por los mecanismos que adopta el poder supranacional, con el referente paradigmático de la Unión Europea, con el fin de justificar su adhesión al paradigma democrático, ¿es una labor superflua? Yo creo que no. Al contrario, está más que justificada porque la inexistencia de legitimación democrática no es banal. La cuestión va más allá del galimatías antes expuesto y, he de insistir, tampoco se resuelve con el inconcluso debate doctrinal sobre el *demos*. Es más, hasta podría decirse que ese debate desvía la atención y disimula una problemática más apremiante: el hecho de que la *globalización*, el incremento exponencial de la movilidad transnacional de personas, capitales, transacciones comerciales y financieras, la innegable repercusión mundial de las decisiones locales y la instauración de un modelo de comunicación global a través de *internet*, que entre otras cosas multiplica las posibilidades de intercambio comercial e informativo, han deshecho esa categoría –el escurridizo *demos*– y están impulsando su transformación hacia

otras nuevas. El debate sobre el *demos* oculta la realidad de que el poder supranacional sí existe, como se demuestra cuando se analiza la situación europea y la dependencia de los Estados de las decisiones del Consejo Europeo y de las actuaciones del Banco Central Europeo, y de que la ausencia de legitimación democrática de ese poder supranacional puede dar paso a otras legitimaciones. Cuando esas formas de legitimación alternativas asimilan categorías y tratan de copiar mecanismos propios de las democracias constitucionales, acercan a las instancias supranacionales que ejercen poder al paradigma democrático. Pero cuando se incorporan otras fórmulas que se justifican de manera autorreferencial —es decir: se justifican porque se utilizan— y no están conectadas con los principios democráticos, las alertas deben saltar. Si los mecanismos que avalan la legitimidad de ciertas decisiones se dan por válidos, sin más o sin contrastar la suficiencia de su calidad democrática, pueden conllevar una aceptación indiferente de las decisiones de cualquier poder en la medida en que sean eficaces.

Un ejemplo de esta situación es la que crean es el de los mecanismos de adopción de decisiones que facilitan que estas sean tomadas a medias por el poder público, a medias por sectores representativos de intereses diversos. Las regulaciones que se consensúan a través de estos mecanismos suelen dejar un amplísimo margen de actuación a los intereses privados y la normatividad que resulta de ellos suele ser más laxa. Cada vez se habla más de *soft law*, sin olvidar u olvidando que la capacidad ordenadora del *soft law* no es la misma que la del Derecho. Con ello, puede que los ciudadanos, los que somos sujetos de esos derechos que sustentan el paradigma democrático, estemos perdiendo capacidad de reacción, capacidad de control y capacidad de participación que, al fin y al cabo, es lo que se presupone a un orden democrático.

Descendiendo a un terreno práctico, un ejemplo para ilustrar las amenazas que se producen por las deficiencias en el control democrático del poder supranacional es el del conflicto entre las libertades de comunicación y los derechos de autor en internet, un conflicto que no tiene más remedio que abordarse desde una perspectiva supranacional, ya que las medidas nacionales para encararlo son claramente insuficientes cuando internet permite saltar por encima de cualquiera de ellas. La aproximación a dicho conflicto desde el punto de vista de la Primera Enmienda de la Constitución americana y la libertad del discurso explica que los derechos originados por el *copyright* para los autores de trabajos científicos y artísticos se justifican, precisamente, en la protección del discurso y en lo necesario que la comunicación libre de contenidos es para la creación de un tejido democrático. Desde ese punto de vista, hablamos de derechos fundamentales en todo momento, aunque en los países de nuestro entorno no es la libertad de comunicación, sino el derecho de propiedad, concretado en propiedad intelectual, el que permite que se deriven derechos de autor. En ambos casos, derechos de autor, propiedad intelectual o protección del *copyright*, el resultado es la consagración de un objeto jurídico protegido que, además del significado democrático, tiene un alto valor

comercial. Para los estadounidenses, el valor comercial no desmerece ni menosprecia el contenido de libertad del objeto protegido, que es el discurso. Para los europeos, que nos mostramos más pacatos ante la idea de que algo derivado de un derecho fundamental pueda tener un valor económico, el derecho de autor se concibe como un bien mercantil, más que iusfundamental, por lo que el debate se sitúa de partida en términos diferentes. A escala europea, los derechos de propiedad intelectual han sido regulados para darles una cierta uniformidad dentro de la Unión a través de la Directiva 2001/29/CE del Consejo y el Parlamento sobre derechos de autor⁴. Si se tiene en cuenta la concepción iusfundamental, esa regulación uniforme, que en la Unión Europea es producto de los trabajos conjuntos de la Comisión-Consejo-Parlamento y de la realización de consultas con los sectores implicados, incide en cuestiones que afectan a las libertades de comunicación y de creación artística o investigación científica, como el *fair use* o las excepciones a la exclusividad de los derechos de autor. Pues bien: por obra de la citada Directiva, esas cuestiones que afectan a libertades se dejan en dos manos. En parte se dejan en manos de la libertad contractual, con el subsiguiente dominio que ejercen las empresas comercializadoras y gestoras de ese tipo de derechos. Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, esas libertades se dejan en manos de la tecnología, pues la amplia libertad que se deja a la regulación privada hace que la publicación de contenidos esté sometida a las posibilidades de bloqueo que proporcionan las soluciones informáticas y, por tanto, las libertades están por segunda vez en manos privadas⁵. El resultado no es nada ortodoxo desde el punto de vista de las libertades. Y no es solo el caso de la propiedad intelectual el que incide en las libertades de comunicación. Algo parecido ocurre con la regulación europea de los medios audiovisuales y, aunque el asunto no está ni mínimamente abordado, con la Directiva sobre el Comercio Electrónico y su incidencia sobre las libertades de comunicación en la red⁶.

⁴ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información.

⁵ Son reflexiones tomadas del análisis que LUCCHI, N., hace del artículo 6 de la Directiva cuando la misma dispone que son los titulares de derechos de autor, o bien los acuerdos que estos establezcan colectivamente entre ellos o con otras partes implicadas, los que tendrán que tomar las medidas apropiadas para hacer posibles las excepciones a las limitaciones de uso que establece la propia Directiva. Para LUCCHI, «se deduce del texto que, en primera instancia, las regulaciones deben venir de los titulares de derechos y solo subsidiariamente están sometidas a intervención del Estado». LUCCHI, N., *Digital media & Intellectual property*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 59. Véanse también las páginas 93 y ss., donde el autor reflexiona sobre las consecuencias del dominio del contrato como fuente de regulación de los derechos de autor.

⁶ Nos referimos a las siguientes directivas: Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo

Al margen de la cuestión de la naturaleza jurídica de los derechos de autor, a lo mejor no es una tontería reclamar que decisiones que afectan a libertades vengan avaladas por una legitimidad democrática suficiente y que sean controladas en cuanto a su constitucionalidad de la misma forma en que lo son las leyes del mismo tipo en los Estados miembros de la Unión. No es nada muy distinto de lo que exige la normatividad constitucional del constitucionalismo democrático. Es precisamente eso. Por el mismo motivo, no es superflua la pregunta sobre la legitimación democrática del poder supranacional, ni lo es preguntarnos qué formas de legitimación son reconocibles en la Unión Europea. Por eso, lo que propongo a continuación es repasar algunos de los modelos conocidos que explican o articulan la legitimación *a secas* del poder supranacional –con la Unión Europea como paradigma–, escrutando en qué medida cada uno de ellos está más cerca o más lejos de las coordenadas del constitucionalismo democrático –soberanía popular y derechos, imperio de la ley–. Un modelo apropiado de legitimación democrática censuraría decisiones que, aun afectando a libertades, se tomaran con la simple perspectiva de los intereses inmediatamente implicados y no con la de toda la ciudadanía, afectada siempre. También censuraría que se establezcan regulaciones de mínimos o con esa normatividad volátil que deja en manos de poderes privados cuestiones que inciden en el ejercicio de libertades.

1. LA LEGITIMACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO

Como ya se ha apuntado, el Derecho es uno de los elementos legitimadores del poder que ejerce el Estado, tanto en el orden interno como en el internacional. Dentro de ese esquema, uno de los pilares de la legitimidad del sistema de gobierno y de las decisiones del mismo en un Estado democrático está en la normatividad constitucional. La Constitución es así tanto el elemento legitimador de ese sistema de gobierno a través de los procedimientos que establece para su formación y expresión de voluntad, como la fuente de legitimidad del sistema jurídico estatal, que deriva de ella⁷. Y ese sistema jurídico estatal incluye el Derecho internacional que se convierte al orden interno, bien sea siguiendo un sistema monista o dualista de incorporación. Pero, por su parte, el Derecho internacional tiene su fundamento propio en los principios normativos del *ius cogens* y en la soberanía estatal. No es un orden democrático ni constitucional, si bien es cierto que, hasta el día de hoy, tampoco ha necesitado o querido serlo ya que cualquier norma adoptada en el ámbito *iusinternacional* podía ser reconducida al orden constitucional de legitimación estatal.

y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 para adaptarla a las tecnologías digitales. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁷ PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 27 y ss.

Los problemas habrían acabado aquí si el modelo no se hubiera alterado, pero los procesos de integración supranacional, en especial el de la Unión Europea, han conducido a una mezcla de complejos normativos estatales y supranacionales, creando la necesidad de una comprensión del Derecho que diera legitimidad democrática al entramado normativo de la Unión y a los poderes que en ella se ejercen. Se trata de una superposición de complejos normativos que no es fácil encuadrar en modelos conocidos. Para dar cuenta de calidad democrática de tal superposición no sirve el modelo kelseniano, con su visión piramidal con cúspide en el Derecho internacional, puesto que desde la misma no puede avistarse un panorama democrático. El referido modelo constitucional estatal, con raíz en la soberanía popular y el sistema de derechos, tampoco sirve para conectar un complejo institucional y normativo como puede ser el de la Unión Europea con una legitimidad de origen de carácter democrático, simplemente porque ese complejo normativo supranacional se postula como un sistema con una autonomía propia y no adquirida a través de los Estados.

Desde los años noventa ha habido una búsqueda de modelos posibles para dar al orden normativo supranacional de la Unión Europea una apoyatura democrática. Entre esos intentos destacan dos: el que se basa en el origen iusinternacional de los Tratados europeos y les da autonomía propia a partir de una ruptura de estos con ese mismo orden y de una posterior conexión de los Tratados con los principios propios del constitucionalismo; y el que habla de un constitucionalismo pluralista como marco normativo de legitimidad de la Unión.

1.1. El modelo iusinternacional y la autonomía del orden europeo

El Derecho de los Tratados y el poder supranacional que estos crean puede situarse en un esquema conectado con el paradigma democrático cuando se piensa que son Estados soberanos y democráticos los que dan origen a una organización internacional. El cumplimiento de los protocolos propios del Derecho internacional da legitimidad a esa creación, por un lado, mientras que el seguimiento de las normas de ratificación interna en cada Estado lo hacen por otro lado. Este modelo, simplemente explica, como es, que los Estados soberanos se obligan a través de la ratificación de los Tratados a cumplir con lo establecido en los mismos. Los Estados siguen siendo soberanos y la ratificación convencional a través de los mecanismos constitucionales internos es respetada. Por ello, la legitimidad democrática de origen queda establecida. A continuación, cuando los Estados se convierten en destinatarios de las regulaciones elaboradas por las instituciones supranacionales, lo que queda es el Derecho, el imperio de la ley, en su dicción original el *rule of law*, que pasa a ser la base de legitimación del poder supranacional. El funcionalismo se convierte en la coartada o en el puente entre la legitimidad de origen y de ejercicio, pues en la medida en que los Tratados establecen normas para la consecución de metas comunes, la legitimación de ejercicio del poder pú-

blico europeo se da por sentada cuando la actuación de dicho poder persigue esos fines comunes⁸. Así es como se justifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que postula la autonomía del complejo normativo de las Comunidades Europeas a partir de los años sesenta y así es como se sostienen principios tales como el efecto directo más allá de los Reglamentos y la primacía dentro del ámbito competencial de los Tratados⁹.

Pero precisamente es este esquema tan simple el que lleva mucho tiempo siendo criticado. Como señala Armin VON BOGDANDY¹⁰ en un reciente trabajo sobre el significado democrático de los artículos 9 a 12 del Tratado de la Unión, el esquema iusinternacional es insuficiente. Y, como explicó Joseph H. H. WEILER hace bastante tiempo, a medida que se fueron ampliando las competencias atribuidas a la Unión, y a medida que el Tribunal de Justicia fue dando una lectura expansiva al contenido de los Tratados, el debate en torno a los límites del ejercicio de competencias, el famoso conflicto de los *ultravires*, saltó a la palestra¹¹. El Tribunal constitucional alemán ya hizo ver en su sentencia sobre Maastricht que detrás del control del ejercicio competencial está el principio democrático. Desde entonces el funcionalismo ha perdido fuerza legitimadora. El poder supranacional no está legitimado siempre solo porque se dirija a conseguir fines comunes. Hace falta más.

La objeción principal a este modelo de la autonomía de los Tratados es esa: que señala una legitimidad de origen suficiente para el momento fundacional, pero no para el desarrollo normativo e institucional europeo. El funcionalismo ha dejado de servir de coartada. Las decisiones europeas van más allá de lo económico desde hace tiempo y de una manera muy clara. Si pensamos en el pacto fiscal, por ejemplo, el mismo supone una ampliación de la capacidad de influencia de la Unión sobre las políticas públicas estatales, una pérdida de autonomía, otra más, que los Estados suman, o más bien restan, a la entregada con la moneda. No se trata solo de que el modelo de la autonomía

⁸ Como explica VON BOGDANDY, A., «los primeros principios específicos» del constitucionalismo europeo, «tal como los desarrolló Ipsen, nominalmente integración y supranacionalidad, estaban basados directamente en la realización de las tareas del artículo 2 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y tenían escasa relación con las tradiciones de la doctrina constitucional», VON BOGDANDY, A. «Constitutional principles» en VON BOGDANDY, A. y BAST, J., *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2006, pp. 3-52, p. 7.

⁹ La exposición de referencia de este proceso es la de STEIN, E., «Lawyers, judges and the making of a transnational constitution», *American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 1, 1981, pp. 1-27.

¹⁰ VON BOGDANDY, A., «The European Lesson for International Democracy. The Significance of Articles 9 to 12 EU Treaty for International Organizations», *Jean Monnet Working Paper Series*, núm. 02/11 (2011), <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/11/110201.pdf>.

¹¹ WEILER, J. H. H., «La transformación de Europa» en WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 52 y ss. Sentencia Maastricht, BVerfGE 89, 155, de 21 de diciembre de 1993.

del sistema europeo carezca de una incorporación suficiente de la ciudadanía europea, sino que falta una explicación de esa autonomía arrogada que la conecte con un principio democrático además de la sujeción al imperio de la ley.

Y, para complicar aún más las posibilidades del modelo, es sabido que el ordenamiento europeo se ha postulado como autónomo no solo en relación con los Estados miembros, sino también en relación con el orden internacional, como afirmó el Tribunal de Justicia en su Dictamen 1/91 sobre el Espacio Económico Europeo¹². Esta segunda dimensión de la autonomía deja otros tantos flecos sueltos. Uno de ellos: si nos encontramos con que los Tratados han adquirido una especificidad propia, ¿por qué su reforma y ratificación aún siguen los protocolos propios del Derecho internacional? ¿No debería cambiar el sistema de ratificación para que se pudiera identificar a través de él el origen de su legitimidad, distinta, según se postula, de la del resto de tratados internacionales? Insistiré sobre este asunto más adelante. Aquí dejo apuntado que, en cierto sentido, la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia que dio autonomía a los Tratados europeos, también los dejó fuera del contexto de su legitimidad original y, desde entonces, el modelo ha quedado cojo.

1.2. El modelo del pluralismo constitucional

A la insuficiencia del modelo iusinternacional para explicar la autonomía del orden europeo, y ante la necesidad de dar una cobertura constitucional a la Unión, se ha reaccionado con la elaboración de varias concepciones que aquí aglutino, no sé si un poco a la ligera bajo el amplio paraguas del pluralismo como modelo constitucional. Dicho modelo pretende explicar la convivencia de una pluralidad de complejos normativos de naturaleza constitucional, interrelacionando la concepción autónoma y constitucional de los Tratados con la de los órdenes constitucionales de los Estados miembros. De ahí surge un espacio constitucional europeo que, siguiendo a Peter HÄBERLE¹³, presuponen una cultura constitucional uniforme basada en el sistema de derechos y en el imperio de la ley. El concepto de pluralismo constitucional, frente al de pluralidad, tiene un contenido axiológico ínsito, pues presupone que el sistema óptimo para el mantenimiento de poderes constitucionales en concurrencia y colaboración está estructurado de tal manera que cada complejo normativo parcial, bien sea estatal, subestatal o supranacional, depende en mayor o menor medida de la existencia y del apropiado desenvolvimiento del resto. No son, por tanto, modelos meramente descriptivos de la pluralidad

¹² Opinión 1/91 del Tribunal de Justicia, Opinión C-1/91, de 14 de diciembre de 1991, *ECR 1991*, p. I-6079.

¹³ HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 113-136.

normativa y de la competencia que se dan en el seno de los sistemas supranacionales que ejercen poder político. Son modelos que orientan la comprensión de tal complejidad hacia un principio prefijado que se establece como valor a realizar, el del pluralismo, elemento a mantener y a reproducir tanto en la estructura como en el funcionamiento de los complejos normativos integrados.

La vía de legitimación que se postula con el pluralismo constitucional se apoya, como he indicado, en la legitimación a través del Derecho. Y, si bien quiere situar al poder supranacional en la línea de la legitimidad democrática del constitucionalismo estatal, no tiene más remedio que reformular los elementos clásicos del mismo, de manera que estos puedan explicar o aplicarse en igual medida al constitucionalismo estatal y al supranacional. Esa reformulación de conceptos clásicos es radical, es decir, no hay ni un solo elemento de la Teoría de la Constitución que quede como estaba: es necesario dar un nuevo sentido al Estado constitucional y se empieza a hablar de Estados cooperativos, como hace HÄBERLE, y de Estados integrados, como hace LÓPEZ CASTILLO¹⁴; es necesario aceptar que el poder público supranacional es también un poder constitucional y avalar la doble teoría de la constitucionalización de los Tratados y la europeización de las Constituciones; y por fin no queda más remedio que concebir una ciudadanía adecuada a la construcción constitucional compuesta, una ciudadanía que incluya la nacionalidad estatal y ese otro *elemento ciudadano*, la cualidad de europeo, que al margen de suponer una posición jurídica específica –con la serie de derechos aparejados a la ciudadanía que están en los artículos 18 y siguientes del Tratado de Funcionamiento y, como no, en la Carta de Derechos–, reivindica tanto el reconocimiento del *sujeto público europeo* del que habla Cruz Villalón¹⁵ como el tratamiento en profundidad de los elementos de identidad europeos.

Estos modelos de pluralismo constitucional son variados y casi todos ellos contienen elementos propios del federalismo. Muchos nombres los bautizan, aunque cada uno es significativo de matices o, mejor dicho, de comprensiones teóricas determinadas: MACCORMICK habla de constitucionalismo mixto o mezclado –*mixed*– en su *Questioning sovereignty*¹⁶; Ingolf PERNICE desarrolla un esquema de constitucionalismo multinivel que concibe el com-

¹⁴ HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 123 y ss. El concepto de integración es detalladamente estudiado en LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

¹⁵ El autor vincula esa reivindicación del sujeto público europeo a «en definitiva, una reivindicación de democracia». CRUZ VILLALÓN, P., *La constitución inédita...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty (Law, State, and Nation in the European Commonwealth)*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 104. Una explicación del concepto de constitucionalismo mezclado de MacCormick puede encontrarse en FOSSUM, J.E., «Nationalism, patriotism and diversity. Conceptualising the national dimension in Neil MacCormick's post-sovereign constellation», *RECON Online Working Paper* 2011/07, marzo de 2011, http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1107.pdf?fileitem=5456460.

plejo normativo formado por Tratados y Constituciones como Unión Constitucional¹⁷; POIARES MADURO tiene un desarrollo muy sugerente en el que se habla del Derecho contrapuntual¹⁸; VON BOGDANDY escribe sobre constitucionalismo dual y complementariedad de constituciones¹⁹; Cruz Villalón explica el pluralismo como un diseño metaconstitucional e intertextual en el que unos textos normativos remiten a otros²⁰; Rafael BUSTOS GISBERT ha expuesto su modelo de Constitución-red²¹; Lo interesante es entresacar los elementos comunes de todos ellos, que son muchos, y dibujan una concepción común en la que no hay una única fuente de legitimación constitucional, sino un sistema que funciona a veces coordinada, a veces enfrentadamente, pero, en teoría, al servicio de la realización de fines constitucionales. Para entender el pluralismo constitucional, personalmente me ha sido de mucha utilidad la concepción de Neil WALKER. Este autor habla de un pluralismo constitucional que identifica lugares metaconstitucionales en interacción, a través de una construcción teórica que quizás está menos estructurada que las anteriores, pero que sirve para explicar también la formación de sistemas federales anteriores a la forja de lo supranacional y que, por ello, puede adaptarse para analizar otros sistemas de poder constitucional distintos de los del Estado o del de la integración europea²². Los diferentes elementos del constitucionalismo tienen que discurrir por una serie de transiciones para adaptarse a ese modelo pluralista del que, no lo olvidemos, el Estado como tal sigue siendo parte.

Però, todo hay que decirlo, el pluralismo constitucional tampoco es la panacea ni el fin de los males del déficit de legitimidad democrática en Europa. Un gran defecto que tiene es que su desarrollo teórico no está acompañado de una transformación real de la cultura democrática, ni de las instituciones estatales, ni de las supranacionales, ni de la supuesta ciudadanía europea. Esos ciudadanos europeos siguen ajenos a la exigencia de participación, que es lo que impulsaría la creación de un auténtico tejido democrático, y aquí vuelvo a coincidir con Pedro CRUZ cuando atribuye al déficit de espacio público, más que a la ausencia de *demos*, las taras de legitimidad democrática²³. Como esto sigue ocurriendo, no es suficiente la participación ciudadana

¹⁷ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, vol. 27, 2002, pp. 511-529. También, PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703-750.

¹⁸ POIARES MADURO, M., «Las formas del poder constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11-55.

¹⁹ VON BOGDANDY, A., «Constitutional principles»..., *op. cit.*, pp. 34 y ss.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita...*, *op. cit.*, p. 139.

²¹ BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

²² WALKER, N., «The idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, pp. 317-359, p. 337.

²³ Véase *supra* & nota 1.

vía Estados miembros. Por más que el Tratado de Lisboa, siguiendo una tradición ya firme de asimilación del lenguaje constitucional, haya incorporado más elementos constitucionales al texto de los Tratados y, en consecuencia, a su presentación en sociedad, muchos de esos elementos están incompletos y son más nominales que reales. Una prueba, entre otras que se expondrán a continuación, cuando se analice el modelo institucional, es el artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Cuando dicho artículo explica que los derechos solo vinculan a la Unión y a los Estados «cuando aplican el derecho de la Unión», hay muchas incógnitas que se abren. Por ejemplo, qué ocurre con la aplicación de la ley de transposición de una Directiva europea. ¿Es derecho de la Unión? Formalmente al menos es derecho estatal. Materialmente, sin embargo, es difícil dudar de su carácter de derecho de la Unión. ¿No hace pensar una restricción así, como esta, que los ciudadanos europeos estamos divididos en dos y que nuestros derechos europeos son, de manera sospechosa, elementos objetivos de legitimación del poder supranacional, pero no derechos subjetivos en el pleno sentido del término. Por último, y volvemos al mismo sitio que en el subapartado anterior, la ratificación unánime y a través del sistema clásico de incorporación de Tratados ancla la integración constitucional en esquemas propios del sistema iusinternacional clásico. No solo es que la ciudadanía no esté inmediatamente presente en la ratificación, excepto en algunos Estados que exigen referendo para ello. Es que ni siquiera hay una autonomía cierta en ese aspecto del Derecho de la Unión que sería necesaria para cerrar el modelo en un sentido federal y para que los complejos normativos autónomos, estatales y supranacional, equilibrasen sus posiciones en la interacción que conlleva su convivencia. Pero la exigencia de unanimidad en las ratificaciones de las reformas de los Tratados cancela la autonomía del sistema supranacional. El Tratado constitucional, que nunca entró en vigor, introdujo un sistema de ratificación en el que la unanimidad se ponía en duda. Y lo hacía cuando se dejaba al Consejo Europeo «examinar la cuestión» en caso de que hubiera Estados que en dos años no hubiesen culminado la ratificación (artículo IV-443 TeCE). Ese mecanismo abrió una puerta a la concepción autónoma que se cerró antes de que nadie pasara. El portazo fue no solo de los referendos francés y holandés a ese Tratado —porque el sistema de reforma no unánime se recuperó en el actual 48 TUE—, sino, sobre todo, del segundo referendun irlandés de ratificación del Tratado de Lisboa. Es decir: ya sabemos que lo que significaba la referida cláusula era que bien se abandonaría la reforma proyectada en caso de que un Estado no estuviera de acuerdo, bien se convencería al país *boicoteante* para que se lo pensara mejor. Las reformas simplificadas del IV-444 TeCe, que también ha dejado a salvo Lisboa, avanzan algo en este aspecto de la autonomía, pero no tanto como para poder considerar que se haya pasado a un modelo que prescinda del sistema clásico de ratificación, en el que son los Estados los que habitan y deciden. Y, para más inri, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó claro en su sentencia Lisboa que el Parlamento alemán

no solo no descuidaría sus facultades para escrutar cualquier reforma de los Tratados, sino que las revisiones simplificadas tendrían que ser especialmente escrutadas por las cámaras y, al efecto, estableció las condiciones de dicha intervención en defensa del principio democrático²⁴. En definitiva: al pluralismo constitucional, que puede explicarse normativamente a través de las Constituciones y los Tratados, le falta estar acompañado de una transformación real del tejido democrático y, como veremos, también del institucional.

2. LA LEGITIMACIÓN INSTITUCIONAL

Además de la legitimación a través del Derecho, la legitimación democrática del poder en los Estados constitucionales tiene otro en la designación por parte de los ciudadanos de aquellos que van a ejercerlo en su nombre. Esta vía de legitimación se complementa a través de los mecanismos de control y de exigencia de responsabilidad de los representantes elegidos. Estos, una vez designados, se integran en las instituciones titulares de los poderes legislativo y ejecutivo, pudiendo ser la elección bien directa, bien indirecta como ocurre con la designación del gobierno en los sistemas parlamentarios. Continuando con el referente de la Unión Europea como ejemplo de comunidad política donde se ejercen poderes legislativos, ejecutivos, y judiciales, a escala supranacional de manera institucionalizada se puede trazar un esquema de legitimación. Como es sabido, las instituciones supranacionales europeas responderían a modelos de legitimación institucional variados: indirecto en el caso del Consejo, integrado por representantes gubernamentales de los Estados miembros; doblemente indirecto para la Comisión, en cuya designación intervienen los ejecutivos estatales a través del Consejo Europeo y el Consejo, así como el Parlamento Europeo, el cual también tiene funciones de control; finalmente el Parlamento Europeo es la única institución designada a través de sufragio universal directo, por lo que si la Unión siguiera la lógica del parlamentarismo democrático debería ser la institución central. Pero esto último, huelga decirlo, no es así.

El sistema de gobierno europeo no reproduce los esquemas de las democracias representativas, presidenciales o parlamentarias. Este hecho tiene una explicación histórica y otra funcional, pues en la creación de las Comunidades en los años cincuenta se optó por una integración económica en lugar de hacerlo por una directamente política y, en función de eso, las instituciones fueron diseñadas para dar impulso a los objetivos de eliminación de barreras económicas y creación de un mercado común. Sin embargo, ese diseño institucional originario, que ha evolucionado a medida que lo ha hecho el proceso

²⁴ Véase LÓPEZ CASTILLO, A., «Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA» en LÓPEZ CASTILLO, A. y MENÉNDEZ, A. J., *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 19-58, pp. 43 y ss. Sentencia Lisboa, BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009.

de integración, en cierto sentido es el lastre que arrastra la legitimación de la Unión, pues siempre da la razón a los que hablan de su déficit democrático. El sistema institucional europeo sigue cambiando y buscando encajes distintos que lo acerquen más al parámetro de legitimidad propio de las democracias parlamentarias. Pero lo consigue solo a medias. Sobre el modelo institucional originario europeo, que presentaré a continuación en primer lugar, se ha superpuesto recientemente un nuevo modelo *integrado*. Este último pone a los parlamentos nacionales a funcionar dentro de los mecanismos de toma de decisión europeos e intenta, entre otras cosas, ofrecer una nueva entrada de legitimidad o lo que utilizando la terminología anglosajona propia de la Ciencia Política se considera un *input* de legitimidad.

2.1. El modelo institucional europeo: Consejo, Parlamento y Comisión

El Tratado de la Unión, tras su reforma lisboeta, y precisamente en el título consagrado a los principios democráticos, propone un modelo federalista en su artículo 10. Dicho sistema tiene en el Parlamento Europeo la representación ciudadana y en el Consejo la representación estatal, como si se estuviera respondiendo a las aspiraciones que el Parlamento Europeo ya puso de relieve en los años ochenta cuando se elaboró el primer proyecto de Tratado de la Unión²⁵. En teoría, esa federalización institucional es algo plausible. Por una parte, la representación gubernamental en el Consejo, a diferencia de lo que ocurre en otras organizaciones internacionales, es de gobiernos legitimados democráticamente a través de las cámaras parlamentarias de los Estados miembros²⁶. Por otra, la generalización del procedimiento de codecisión, que ahora se llama ordinario, como procedimiento legislativo ha dado al Parlamento una posición casi pareja a la del Consejo en ese ámbito. Además, el Parlamento tiene facultades de control sobre la Comisión, en especial a través de la moción de censura *destructiva* –artículos 17.8 TUE y 234 TFUE–. Puesto que la designación del presidente de la Comisión en realidad está condicionada por la propuesta del Consejo Europeo y, en consecuencia, por los acuerdos entre los Estados miembros, la moción de censura le da al Parlamento un arma para la exigencia de responsabilidad sobre ese gobierno técnico de la Unión que es la Comisión.

En esa presentación federal del diseño institucional de la Unión que ha salido de Lisboa se hallan también referencias a otros principios y mecanismos

²⁵ El Proyecto Spinelli (1984), que «proponía una amplia reforma institucional con un esquema en el que el Parlamento Europeo tuviese poder legislativo y un poder real de control político, una Comisión con funciones más o menos semejantes a las de un gobierno y un Consejo transformado en una institución similar a una segunda cámara». ALDEOCA LUZÁRRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos, vol II. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 80.

²⁶ VON BOGDANDY, A., «The European Lesson...», *op. cit.*, p. 16.

de profundización democrática, singularmente la transparencia o la iniciativa legislativa popular. Sin embargo, tal presentación es en realidad bastante tramposa²⁷. Cuando se sigue leyendo el Tratado, se comprueba que el equilibrio institucional que se había modificado al encumbrar al Parlamento Europeo en detrimento del Consejo y, en consecuencia, dando a la Comisión un margen de maniobra mayor como gobierno técnico, ha vuelto a ser compensado. Es-cora de nuevo hacia un diseño en el que se privilegia la capacidad de decisión de los ejecutivos estatales. ¿Cómo? Pues con la inclusión del Consejo Europeo en el cuadro institucional, según se especifica en los artículos 13 y 15 del Tratado de la Unión.

El Consejo Europeo interviene por derecho propio tanto en la designación del presidente de la Comisión, como en la del Alto Representante para Asuntos Exteriores, que es miembro nato de la misma. Estas potestades le dan al Consejo Europeo un control sobre la Comisión que parecía haber ganado el Parlamento, pero que en realidad sigue estando en manos de los ejecutivos estatales. A esta realidad se une otra conocida, que es que la calidad representativa del Parlamento Europeo se muestra insuficiente, con unas elecciones de bajos índices de participación y circunscripciones estatales que fomentan que las campañas electorales se centren más en rencillas internas de partidos de dimensión nacional antes que en la política o las políticas europeas, las cuales siguen siendo cuestión de los Estados representados en ambos Consejos. La representación en el Parlamento Europeo es fruto de controversias y quinquenales decepciones. Por mucho que pueda aceptarse que el europeo no tiene por qué ser o reproducir fielmente la configuración de un parlamento nacional, no se debería renunciar a mejorar su estatus, su grado de representatividad y, en definitiva, su conexión con los ciudadanos europeos. Hay que exigirle que siga reivindicando protagonismo institucional puesto que el Parlamento Europeo tiene mucho que aportar a la legitimación democrática del poder supranacional. Para eso habría que potenciar algo que ya se ha reseñado: el espacio público europeo y, a su través, el sujeto público supranacional. Ahora valoraré si a eso contribuye, o más bien no, el modelo integrado que se presenta a continuación.

2.2. El modelo institucional integrado: la incorporación de los parlamentos nacionales

En un orden supranacional en el que los Estados miembros tienen en común un sistema parlamentario de gobierno, la incorporación de los parlamentos nacionales al funcionamiento del mismo tiene dos significados: por una parte es un retoque sutil del modelo institucional anterior cuyo sentido hay que descifrar; por otro, responde de manera directa a demandas que esos

²⁷ Véase el análisis de esta presentación federal de la Unión en VON BOGDANDY, A., «The European Lesson...», *op. cit.*

parlamentos nacionales llevan haciendo desde los años noventa. Los parlamentos nacionales han sido desde el punto de vista político los grandes perjudicados por la integración, perdiendo capacidad de reacción ante la adopción de regulaciones que se negocian en los Consejos y se convierten en derecho interno con su sola aprobación. En parte esa privación puede atribuirse al diseño institucional y mecanismos de toma de decisión en la Unión, pero en parte también a la laxitud con la que algunas cámaras han venido ejerciendo el control parlamentario de la participación de sus gobiernos en el Consejo. La voz de los parlamentos nacionales en Europa estuvo canalizada durante un tiempo a través de organizaciones interparlamentarias de carácter *paracomunitario*, singularmente la Conferencia de Comités para asuntos de la Unión de los Parlamentos de la Unión Europea –COSAC–. Pero en Lisboa a las asambleas legislativas estatales se las ha incluido en el plan de *europaización* que desde un principio se proyectó sobre los gobiernos, con su participación en el Consejo, y a los jueces, responsables comunes de la aplicación del derecho europeo y excepcionales actores para el control de la legalidad del mismo a través de la cuestión prejudicial. Pero a la incorporación de los parlamentos nacionales parece pedírsele algo más que un sentido europeizador, puesto que la idea de profundización democrática está anudada a dicha incorporación, como se señala en el artículo 12 del Tratado de la Unión.

Así es: el artículo 12 del actual Tratado de la Unión otorga a los parlamentos una serie de atribuciones entre las que están la participación en la reforma de los Tratados, la participación en los mecanismos de control del principio de subsidiariedad, la participación en los mecanismos de evaluación de las políticas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, por último, la cooperación interparlamentaria entre ellos y con el Parlamento Europeo. Esta integración de los parlamentos en la vida democrática de la Unión refuerza la posibilidad de control y de influencia sobre los gobiernos nacionales, sobre las decisiones del Consejo, pero sobre todo da a los parlamentos nacionales una voz en el foro público europeo. Cuando a esto se une la inclusión de tímidos elementos de participación ciudadana, cual es la iniciativa legislativa popular que se proyecta en los artículos 11 del TUE y 24 TFUE, se busca algo que el Parlamento Europeo no logra lograr: la introducción de los asuntos europeos en la política cotidiana, la conexión con la ciudadanía, el refuerzo del espacio público y del sujeto público europeo.

No obstante, siendo consciente de que puede ser impopular no valorar como logro positivo que se hayan diseñado e implementado estos cauces de integración de los parlamentos nacionales en las dinámicas de la Unión Europea, en mi consideración la utilidad de ese cauce como *input* de legitimación es limitada. En contraste, y para atenuar lo impopular de mi valoración, diría que es plausible que mediante la participación de las cámaras parlamentarias estatales en los mencionados procedimientos se mejore la información que estas reciben sobre los asuntos europeos. Pero hay que considerar también que ese mayor protagonismo de los parlamentos nacionales hace sombra o

compite con el del Parlamento Europeo y puede ir en su detrimento. En más de un sentido se produce una duplicación de funciones de control parlamentario. Sería más productivo que los parlamentos nacionales se quedasen con su función interna de control de sus gobiernos y el Europeo siguiese con la suya de control de las actuaciones del ejecutivo técnico, que es la Comisión, y, ¿por qué no?, ya que el equilibrio institucional europeo se ha balanceado de nuevo con la institucionalización formal del Consejo Europeo, quizás el Parlamento Europeo pueda aprovechar la obligación que tiene el Presidente del Consejo Europeo de informar al Parlamento tras cada reunión –art. 15.6 d) TUE–, para llevar a cabo un cierto control político de sus actuaciones, siquiera de cara a la opinión pública. La participación de los parlamentos nacionales puede ser no solo una pérdida de energía, teniendo en cuenta el ingente volumen de información que les llega de la Comisión, sino también una dilución de responsabilidad. A no ser que se consiga depurar los procedimientos de participación y que estos se reserven para cuestiones relevantes. Si por esa vía se reactiva el interés ciudadano en la política europea, bueno será, pero mis dudas respecto a la viabilidad del intento, expresadas quedan.

3. LA LEGITIMACIÓN PROCEDIMENTAL

Por último, en esta sección voy a dar cuenta de dos modelos de incidencia en la adopción de decisiones que están siendo experimentados casi de manera original en la Unión Europea y, como consecuencia, hacen de esta un referente para otras organizaciones que aspiran a ejercer o que ya ejercen poder supranacional. Me refiero por una parte a la gobernanza y por otra a la subsidiariedad. Bien es cierto que ninguno de los dos modelos puede ser considerado como procedimiento de legitimación democrática en sí mismo, no es que la Unión Europea esté sustituyendo los procedimientos legislativos por procedimientos basados en la gobernanza multinivel o en la subsidiariedad. Pero sí es cierto que, aun así, de ambos modelos se esperan *inputs* de legitimidad. Se espera que mejoren lo que he denominado algo más arriba la calidad democrática de las decisiones de la Unión. Y se entiende que esta mejora se realizaría a través de los principios de participación y de transparencia que inspiran ambos modelos. Desde mi punto de vista, ante ambos hay que guardar alguna cautela. ¿Por qué? Pues porque ninguno de los dos está basado en el principio de igualdad. Los fundamentos de ambos están en la exigencia de eficacia de las decisiones europeas, entendiéndolo que la eficacia es otro *input* de legitimidad, por más que no sea un *input* democrático. Por otra parte, otro de los fundamentos de ambos procedimientos, la necesaria toma en consideración de la opinión de los sectores o esferas de decisión directamente afectados por cada regulación, no debería llamar a engaño, pues el hecho de que algunos estén directamente implicados o sean destinatarios específicos de ciertas normas, no quiere decir que las consecuencias de la adopción de las mismas dejen de tener incidencia sobre el resto de los ciudadanos europeos, principales avalistas del carácter democrático de cualquier legitimidad.

3.1. El modelo de la subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, introducido en los Tratados a raíz de la reforma de Maastrich, anticipado por el Acta Única Europea y por la serie de informes y ensayos previos a esta, es de los elementos más controvertidos del complejo normativo europeo. En los años noventa el debate doctrinal en torno al principio, su significado y su viabilidad fue bastante intenso y, desde entonces, los ensayos para su implementación como principio de orden competencial en las relaciones entre la Unión y los Estados han sido variados. Desde un punto de vista teórico y siguiendo ciertas concepciones, el principio de subsidiariedad puede facilitar la organización democrática de un ente jurídico-político compuesto, federal o asimilado. Puede facilitarla en la medida en que promueve que los poderes públicos más cercanos al ciudadano se encarguen de las decisiones relativas a la vida ordinaria de estos y en la medida en que hace contrapesar las decisiones del poder público central con las exigencias de los poderes territoriales²⁸. El principio de proximidad hace factible que se tenga en cuenta el contexto socio-cultural en el que se desarrolla esa vida, con lo que da al ciudadano un anclaje y estimula su participación, mientras que también impulsa la adscripción de esos ciudadanos y comunidades a la ciudadanía y a la comunidad de mayor extensión: esa comunidad ampliada y compuesta en la que los problemas globales son gestionados por poderes públicos supranacionales. De esta concepción, que es solo una de las muchas que hay en torno a la subsidiariedad, queda claro que es un principio que facilita la calidad democrática de las decisiones de los poderes públicos. Pero, y esto es importante, lo hace cuando hay órdenes de competencias organizados y diferenciados para los distintos poderes que sirven a ese ciudadano. La subsidiariedad confiere una legitimidad al ejercicio del poder político no porque esté conectada con el origen de ese poder, sino porque determina las competencias que ese poder puede ejercer legítimamente o, más bien, hasta qué punto puede ejercer esas competencias cuando las comparten dos entes distintos. La subsidiariedad como principio de legitimidad conlleva un riesgo anunciado: que se oculte el principio de igualdad porque el de eficacia de las decisiones del poder local o global sea el que impere.

²⁸ CONSTANTINESCO, V., se refiere a la subsidiariedad como principio o criterio de organización basado en la pluralidad de centros de actuación unidos, o relacionados, por una división de atribuciones. La subsidiariedad se ocupa, en un diseño así, de conferir o reconocer a cada ámbito de actuación aquellas atribuciones de las que es más capaz de hacer uso. CONSTANTINESCO, V., «Who's afraid of subsidiarity?», *Yearbook of European Law*, 1991, pp. 33-55, p. 34. Por su parte, para MACCORMICK hay una concepción de la subsidiariedad racional-normativa, consignada en el Tratado de Maastricht, que asegura la existencia de foros de participación democrática en ámbitos locales, regionales y estatales, evitando que las estructuras europeas ahoguen la existencia de las demás. MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty...*, *op.cit.*, pp. 154-155.

Lo mismo puede ocurrir si el principio de proximidad se impone como criterio de justificación. No obstante, estos riesgos deben estar compensados porque el principio de subsidiariedad opera dentro de un sistema jurídico e institucional que conllevan, como se ha descrito, sus propios *inputs* de legitimación.

Pero además de esa objeción general, que se deriva de la misma conceptualización abstracta del principio de subsidiariedad como elemento de profundización democrática, podemos señalar otras más que se derivan de la manera en la que la subsidiariedad aparece formulada y contextualizada en los Tratados europeos. Esa formulación añade un repertorio nada desdeñable de objeciones parciales a su potencial legitimador. En primer lugar, el principio de subsidiariedad en los Tratados y en el funcionamiento del orden europeo ha estado más orientado a ser un criterio de medición de eficacia de las decisiones que a ser un criterio de respeto del ámbito de realización democrático definido por el reparto competencial. Y, a pesar de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa y del mecanismo de control de la subsidiariedad en el que participan los parlamentos nacionales, sigue siendo así. Solo hay que ver el artículo 5 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, cuando habla de las fichas de subsidiariedad que deben acompañar a los proyectos de actos legislativos europeos: esta debe incluir elementos de evaluación del impacto financiero, las cargas que puedan suponer tanto desde el mismo punto de vista financiero como desde el administrativo, indicadores cuantitativos y cualitativos que justifiquen la pertinencia de la medida para alcanzar los objetivos del Tratado y, por último sí, en caso de que se trate de una Directiva, los efectos que la misma puede tener sobre la legislación estatal o regional. En segundo lugar, el procedimiento de control de la subsidiariedad, que como se ha señalado ahora ha incorporado a los parlamentos nacionales y regionales, es en sí largo y complejo. Largo porque la intervención de los parlamentos nacionales obliga a dar plazos suficientes para que estos puedan pronunciarse. Complejo porque más de cincuenta cámaras legislativas han de pronunciarse sobre el ajuste competencial de proyectos normativos, que cuando no tocan varios ámbitos de competencia distintos es difícil saber si rozan o no ámbitos de competencia o estatales o hasta qué punto o si sobrepasan el límite de la atribución. Por otra parte, la mayoría de esos proyectos siempre son fácilmente justificables desde el punto de vista de la «mayor eficacia» de la acción global. Sobra explicar lo dificultoso que puede ser sacar conclusiones generales de más de cincuenta pronunciamientos que, además, estarán condicionados por la comprensión de la competencia propia que tenga cada cámara o cada país, cuando no por una distribución interna de competencias que tenga en cuenta las atribuciones de entes regionales. Y también hay que considerar lo difícil que es atinar con qué se entiende por subsidiariedad y que cada parlamento puede llevar su propia razón o interés a los informes que haga. Así, en lugar de defender la competencia estatal para impedir los abusos del poder

européo sobre las competencias compartidas, el procedimiento de control de la subsidiariedad puede acabar en cualquier otra batalla²⁹.

Con todo lo dicho, parece que el principio de subsidiariedad es por ahora un bienintencionado esfuerzo para que la eficacia, como criterio de adopción de decisiones, no arrase el ámbito de acción estatal o regional y lo deje vacío. Pero no está contribuyendo decisivamente a la profundización democrática. Para quien quiera comprobarlo, remito a las conclusiones de carácter más bien técnico que se pueden leer cada año en los informes que la Comisión está obligada a hacer, según el Protocolo, sobre la aplicación del principio.

3.2. El inquietante modelo de la gobernanza

Por último, hablaré sobre la virtualidad legitimadora de la gobernanza. Este mecanismo de toma o preparación de decisiones incide también en los ámbitos de competencia o actuación del poder público y busca la creación de redes de apoyo para las políticas supranacionales permitiendo que los actores afectados participen en el proceso de diseño de esas políticas y, en su caso, en la prefiguración de sus regulaciones³⁰. La gobernanza no se orienta hacia la creación normativa sino hacia el ejercicio del poder, por lo que resulta una técnica óptima de gobierno o de preparación de decisiones a nivel supranacional, donde la normatividad requiere la intervención de los Estados, pero donde también se necesitan consensos previos que aseguren la adhesión a las directrices marcadas en la negociación³¹. En el caso de la Unión Europea, y en su conceptualización teórica, la gobernanza confiere legitimación a través de protocolos flexibles de adopción de decisiones que tienen en cuenta los intereses de los distintos sectores implicados en una cuestión concreta y los hacen intervenir. La gobernanza, ampliamente promovida como procedimiento óptimo de gestión política europea por parte de la Comisión y del Comité de las Regiones³², facilita la pertinencia de las medidas adoptadas y acerca las deci-

²⁹ Opiniones anticipadas en PETERS, J., «National parliaments and subsidiarity: think twice», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, 2005, pp. 68-72, p. 71; y HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, 2004, pp. 787-827, pp. 815-816.

³⁰ HÉRITIER, A., «Elements of democratic legitimation in Europe: an alternative perspective», *Journal of European Public Policy*, 6:2 (1999), <http://dx.doi.org/10.1080/135017699343711>, pp. 269-282, p. 273.

³¹ CZEMPIEL, E., «Governance and democratization» en ROSENAU, J., y CZEMPIEL, E., (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 250-271.

³² El impulso inicial lo dió la Comisión en 2001 con la publicación de la Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea-Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final-Diario Oficial C 287 de 12.10.2001]. El Libro Blanco del Comité de las Regiones sobre la gobernanza multinivel, aprobado en el pleno del 18 y 19 de junio de 2009, puede consultarse en la siguiente dirección web: <http://www.europarl.europa.eu>

siones de los poderes públicos supranacionales a los grupos sobre los cuales dichas decisiones van a repercutir de manera más inmediata. La legitimidad que aporta la gobernanza no se fundamenta en un principio democrático, sino en un principio de eficiencia. Eso, creo, está bastante claro. La gobernanza remite a la eficiencia funcional de las decisiones tomadas a través de la interconexión de las distintas redes y sectores implicados en las políticas concretas, bien públicos, bien privados. Con ella, al sistema representativo parlamentario se le superpone otro sistema de representación no basado en el principio de igualdad y basado en la afectación de intereses sectoriales o territoriales. Dicha superposición en principio facilita la gobernabilidad, pero no puede decirse que con ella tenga por qué haber un incremento sensible de la calidad democrática de las decisiones³³. En el caso de la Unión, la regulación de ciertos ámbitos de competencia europea se lleva a cabo a través de procesos de negociación, coordinación e incluso autorregulación, de los que la Directiva sobre derechos de autor que tomé como ejemplo anteriormente es una muestra. Esto significa que ámbitos de competencia europeos, sobre todo económica, pero no solo, son reglados a través de procedimientos en los que al control democrático se suma el control de la eficacia a través de las evaluaciones de impacto. La Comisión tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir a quién consultar³⁴. Por otra parte, en la medida en que la implementación de dichas regulaciones se lleva a cabo casi mayoritariamente en los Estados y por los propios Estados aunque su origen sea europeo, esa ejecución se queda sin control parlamentario, observada en todo caso por la Comisión.

Este modelo de la gobernanza, más allá de la apertura al diálogo o la ampliación de la deliberación no aporta otros ingredientes de profundización democrática. Al contrario, tiene componentes de participación sectorial, incluso corporativos, y fomenta el uso de regulaciones de *soft law*, líneas de actuación y directrices, en defecto o en anticipación de una legislación propiamente dicha. Estas son las razones por las cuales yo anotaba que el modelo es *inquietante*. Considero que la gobernanza, como técnica de gobierno, tiene que ir acompañada de un refuerzo del control democrático. Y vuelvo a apelar al Parlamento Europeo. Cuando los artículos 11 del Tratado de la Unión y 24 del Tratado de Funcionamiento, siguiendo una línea abierta por la Comisión

/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/livre-blanc_/livre-blanc_es.pdf. Sobre la gobernanza multinivel y su funcionamiento concreto a nivel regional, véase el trabajo de TUÑÓN, J., (ed), IGLESIAS, M., ROLDÁN, J., DANDOY, R., y CARMONA, A., *Gobernanza multinivel: el reto de las regiones mediterráneas. Una perspectiva andaluza*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011.

³³ MORATA, F., «Gobernanza multinivel en la Unión Europea», *VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, Portugal, 2002, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044413.pdf>, p. 11.

³⁴ MORATA, F., «Gobernanza multinivel en... », *op. cit.*, p. 4.

en los noventa³⁵, hablan de la profundización en la vida democrática a través de la transparencia, al mismo tiempo sugieren que tanto las amplias consultas de la Comisión a los afectados por sus iniciativas, como el diálogo con organizaciones de la sociedad civil van a ser los factores de refuerzo democrático. No digo que no lo sean en ninguna medida, digo que me inquietan si suponen una renuncia a que el diseño jurídico e institucional de la Unión siga avanzando hacia un modelo en el que la legitimación democrática sea cada vez menos lewiscarrolliana. Me inquietan afirmaciones sobre la gobernanza en la Unión que conciben que, al no ser la Unión un Estado, las formas de legitimación que han de sustentar su actividad tienen que ser distintas. Me inquieta que las sociedades occidentales, a las que tanto les ha costado conquistar los Estados y convertirlos en democracias, nos acabemos orientando más hacia un principio de buen resultado que hacia uno de igualdad. Y sobre todo me inquieta que lo justifiquemos diciendo que *se les preguntó a los directamente afectados*. Por eso el modelo de la gobernanza, que por supuesto sí tiene aportaciones importantes en la mejora de la gestión porque racionaliza la preparación de regulaciones sectoriales, no puede ni debe funcionar sino acompañado de un diseño y de un funcionamiento institucional en el que el Parlamento Europeo diga y tenga que decir, de modo que también se asegure la firmeza de la normatividad reguladora de cuestiones tangente con los elementos centrales de lo constitucional³⁶.

4. CONCLUSIÓN

Supongo que el haber utilizado este método de presentar varios modelos de legitimación, sus aportaciones y sus contrapartidas, me da ventaja para poder terminar este discurso sin contradecir la premisa de partida: la inexistencia de la legitimación democrática del poder supranacional. También me da la ventaja de no tener que asumir mayor responsabilidad, pues al final lo que hago no es sino arrojar encima de esos modelos que he ido repasando –todos imperfectos, incompletos y parciales– la *culpa* de que no se pueda dar una explicación unívoca sobre el asunto de la legitimidad democrática en la Unión.

³⁵ Se trata del programa de transparencia, que intenta crear apoyos para las políticas europeas a través de la información sobre las mismas que se va diseminando. HÉRITIER, A., «Elements of democratic legitimation...», *op. cit.*, p. 271.

³⁶ Como afirma HÉRITIER, al haber medidas que requieren estar insertas en procesos de toma de decisión democráticos –como pueden ser las medidas de política fiscal y monetaria– «la situación requiere medidas institucionales que suministren un terreno para contrarrestar la tendencia a la segmentación y la búsqueda del interés particular. Tales medidas serían, después de todo, reforzar el Parlamento Europeo para tener en mente los aspectos generales de las políticas interrelacionadas». HÉRITIER, A., «Elements of democratic legitimation...», *op. cit.*, p. 280.

No obstante, creo que no es del todo así, es decir, el análisis mira para otros lados, pero para enfocar las vías de legitimación que se muestran más proclives a facilitar la profundización democrática, el fomento del espacio público europeo y el protagonismo de sus sujetos. El poder supranacional tiene dos vías abiertas para su conversión democrática: el pluralismo constitucional como marco jurídico de legitimación y el Parlamento Europeo como elemento de conexión con la ciudadanía. Sin esos dos impulsos, la transparencia y el estímulo de participación que promueven los procedimientos de la subsidiariedad y la gobernanza no calarán. El pluralismo constitucional, aun con las fallas que se le han señalado, traza un camino de futuro y es capaz de abarcar elementos positivos de otros modelos. Es óptimo para incluir el modelo institucional europeo, el procedimental de la subsidiariedad o las aportaciones de la gobernanza, y para encajarlos en un esquema vertebrado por la participación ciudadana como fundamento y por el sistema de derechos, a la vez fundamento y medida de control. Por otra parte, también se ha insistido en la centralidad del Parlamento Europeo y en que es la apuesta más lógica para lograr una legitimación democrática. Eso sí: la apuesta exige convertir al Parlamento Europeo en un verdadero órgano de representación, si no de las mayorías y minorías políticas tal y como se conciben los parlamentos nacionales, que ¿por qué no?, sí de una ciudadanía europea que vaya haciéndose reconocible. Nada de esto puede hacerse sin trabajar a la par con los elementos integrantes de esa ciudadanía o identidad europea, conseguir que madure lo suficiente como para que sea algo más que un apósito, y ese trabajo pasa por la consolidación del espacio público europeo. Este momento de crisis puede ser decisivo para esa labor y mis dudas quedan expresadas sobre si los parlamentos nacionales son el foro apropiado para contribuir a ello.

Por último, si la legitimidad democrática no, al menos está bastante claro que el poder supranacional sí existe. En todo momento he utilizado a la Unión Europea como referente porque es el sistema supranacional que ejerce poder político más desarrollado que se conoce hasta el momento, pero ni es el único ni van a dejar de surgir otros a medida que avance el siglo. No sé si somos del todo conscientes de que la globalización hace realmente necesario que haya poderes supranacionales, poderes que gestionen intereses globales, pero que eso no significa que tales poderes puedan librarse de estar sometidos a controles democráticos. La Unión, que es un referente para muchas organizaciones internacionales existentes, está en la vanguardia de la adopción de regulaciones globales, pero ya hemos visto a través del ejemplo de la Directiva de propiedad intelectual que la Unión no garantiza una calidad democrática del mismo grado que la de los Estados que la componen. Uno puede preguntarse: ¿es necesaria una regulación a nivel europeo de la propiedad intelectual y de su protección? Y puede contestarse: sí. Pero tampoco es descabellado afirmar que es necesario un acuerdo para proteger la propiedad intelectual cuyo vector normativo no sea únicamente la protección del beneficio comercial. ¿Es exigible que una regulación de tal tipo tenga legitimidad democrática?

tica? La respuesta es sí: no olvidemos que hablamos de afectación de derechos a la libre comunicación. ¿Se quedaría callada Alicia cuando le digan que su problema no es problema, que el grado de legitimidad democrática es un criterio intercambiable por la eficacia o la transparencia y que cambie de lugar en la mesa de la fiesta? Yo diría que no, que no se lo pensaría y se iría a buscar razones a otro lugar.

Nueva York, 15 de junio de 2012

La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!: de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión

Juan Francisco Sánchez Barrilao
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: A pesar de los indudables avances en la integración europea, incluso la consolidación de unas «tradiciones constitucionales comunes», la UE no ha sido capaz de crear una unión financiera y específicamente europea. En este artículo se argumentará que la solución pasa por otorgar una mayor flexibilidad frente a este panorama económico desfavorable para poder recuperar parte del poder perdido y reintegrarlo en el espacio público y democrático europeo, a la espera de que se den los presupuestos clásicos para una Constitución en Europa.

Palabras clave: constitucionalización de la UE, integración europea, unión financiera.

***Abstract:** Despite the great progress within the European integration, even the consolidation of the so-called common constitutional traditions, the EU has been unwilling to create a true and specifically European Financial Union. This paper will argue that the solution will require a higher degree of flexibility to face the economic situation and recover a bit of the lost power in order to reintegrate in within the European public and democratic space, until we wait for the conditions for a true European Constitution.*

Key words: EU constitutionalization, European integration, Financial Union.

Sumario: 1. Introducción: sobre la globalización y la crisis en Europa.—1.1. La globalización.—1.2. Una crisis económica, política, social y de valores en Europa.—2. El proceso de constitucionalización de la Unión Europea.—2.1. Preliminares y orígenes; consolidación y crisis. 2.2.-Momento actual, urgencia y cuestiones abiertas.—3. ¿Qué es lo que ha pasado para que la constitucionalización de la integración regional europea no haya avanzado al ritmo de la globalización?—4. Consideraciones finales: qué hacer; de vuelta a la Constitución europea.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA CRISIS EN EUROPA¹

Si durante años el proceso de integración europea ha sido contemplado, desde el Derecho comparado, como modelo regional de respuesta constitucional ante la progresiva pérdida de capacidad de los Estados frente a la globalización², hoy en día, sin embargo, cabe reconsiderarse tal apreciación, a la vista de la grave situación en la que se encuentra la Unión Europea³: la *imagen* de una Unión protectora de sus ciudadanos ante la globalización⁴, parece desvanecerse como consecuencia de la crisis y la incapacidad demostrada por ésta y los Estados para salir de la misma. Es así que la llamada a *¡más Europa!* vuelva a recorrer la Unión, como respuesta a dicha crisis, y ante el riesgo abierto de su ruptura.

Ahora bien, tal apelación, entendemos, se ha de acompañar con la reflexión sobre qué Europa queremos (unos y otros), necesitamos (todos) y podemos lograr (finalmente). Y a tales efectos, que estimemos oportuno replantearnos el grado de constitucionalización que de la integración regional europea se ha alcanzado, a fin de no permanecer en un halo de mitificación de la misma; una mitificación que, lejos de hacer progresar entonces a la Unión Europea en su integración, acabase por debilitarla todavía más; y una debilitación que, a su vez, terminaría por perjudicar a los propios Estados que la conforman, como a los mismos ciudadanos (tanto en su condición de europeos y de nacionales) dado que sujetos y destinatarios últimos del poder.

Para tal apreciación crítica del grado de integración alcanzado en Europa (y del que se pretenda, en su caso), y en cuanto que proceso de constitucio-

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Los derechos fundamentales en el contexto de un mercado único» (DER2010-19863). Desde aquí, también, mi agradecimiento a M. AZPITARTE SÁNCHEZ y a E. GUILLÉN LÓPEZ por sus intensos comentarios a estas páginas.

² Así, la Unión Europea como referencia constitucional con la que alcanzar, si bien a nivel regional, una masa crítica económica, social, política y jurídica suficientemente plausible como para afrontar los envites de la globalización, superando los tradicionales modelos tanto estatales, como internacionalistas. Por ejemplo, vid. PIZZORUSSO, A. «La producción normativa en tiempos de globalización», AGUILAR CALAHORRO, A. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, p. 241; o WIENER, A. F. LANG JR., TULLY, J., M. POIARES MADURO, M. y KUMM, M., «Editorial. Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law», *Global Constitutionalism*, núm. 1, 2012, p. 5.

³ Sobre la crisis europea, vid. MENÉNDEZ, A. J., *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012.

⁴ Incluso de *marca* cabría hablar, más allá de mera *imagen*, por cuanto que está por ver hasta qué punto es responsabilidad de Europa, antes ya de la crisis, el progresivo debilitamiento del Estado social, dada la lógica esencialmente economicista de la misma; en tal sentido, DE CABO MARTÍN, C. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 106 y ss.

nalización regional, entendemos necesario, a su vez, re-contextualizarla: y esto, de un lado, ante la específica realidad jurídico-política de la integración europea, formalmente no configurada como constitucional (de acuerdo a los cánones que han caracterizado la Constitución normativa)⁵, sin perjuicio de reconocer, en su seno, elementos propios del Derecho constitucional que han ido progresando a lo largo del tiempo⁶, a la par que nuevas evoluciones del mismo⁷; y de otro, ante la consideración abstracta de como el Derecho constitucional no cabe ser adecuadamente comprendido si no se enmarca en la realidad histórica en el que éste se desarrolla y encuentra⁸. En este sentido, la constitucionalización de Europa entronca en el tiempo con los procesos de cambios que viene suponiendo la globalización y su afectación a los sistemas constitucionales, además de con la concreta crisis económica, pero también política, social y de valores en la que se haya Europa; no en vano, el término «constitucionalización» que encabeza este ensayo hace referencia tanto a un proceso en desarrollo (dinámico), como ultimado (resultado y/o meta)⁹.

Una aproximación a ambos contextos, por tanto, nos permitirá entonces visitar luego, eso sí, viejas respuestas que se vienen planteando en torno a la constitucionalización de la integración regional europea, aunque desde nuevas perspectivas ahora¹⁰. Tal vez, finalmente, no sean respuestas originales las que

⁵ Entre otros: KÄGI, W. *La constitucionalización como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, DÍAZ RICCI, S. y REYVEN, J. J. (trad.), Dykinson, Madrid, 2005; o HESSE, K. «Concepto y cualidad de la Constitución», Cruz Villalón, P. (trad.), en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 33 y ss. Ya en España, y desde esta percepción, GARRORENA MORALES, A. *Derecho constitucional (Teoría de la Constitución y sistema de fuentes)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

⁶ Así, el concepto de «Constitución mixto» que plantea HÄBERLE, P. al tiempo, por ejemplo en «¿Tiene España y Europa una Constitución?», AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 357 y ss.

⁷ Como es la «teoría de la interconstitucionalidad» de GOMES CANOTILHO, J. J. en *Teoría de la Constitución*, LEMA AÑÓN, C. (trad.), Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»/Dykinson, Madrid, 2003.

⁸ Nuevamente GARRORENA MORALES, A. pero ahora en su ya clásico «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, pp. 45 y ss.

⁹ De ahí, consecuentemente, la conveniencia del estudio de la constitucionalización regional europea desde una perspectiva diacrónica, como sincrónica.

¹⁰ No es lo mismo hablar de constitucionalización de la integración regional europea a comienzos del Siglo XXI, que ya en el 2012, a tenor de los retos que en uno y en otro momento se suscitan; y de este modo, el que respuestas ofrecidas en relación a la integración europea y la globalización en un período desde el Derecho constitucional, resulten sobrepasadas al tiempo a la vista del progreso que de la globalización se advierte, así como desde la crisis en la que se encuentra hoy Europa. Para una primera revisión del tema propuesto, a lo largo de una década, vid. SÁNCHEZ BARRILAO J. F.: «Globalización versus Democracia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 383 y ss.; «Globalizzazione, tecnologia e Costituzione: verso una Democrazia planetaria e un Diritto

alcancemos. Y es que no es nuestro propósito buscar la originalidad sin más, pues de lo que se trata es de reflexionar de manera crítica sobre problemas que evolucionan y requieren, consecuentemente, de repuestas replanteadas a tenor del momento actual a fin de evitar que esas mismas respuestas (u otras), en sus planteamientos originarios, permanezcan entonces como meros mitos yertos¹¹; reflexionar de esta forma críticamente sobre la constitucionalización de Europa en tanto que, y en palabras de LÓPEZ PINA, «proyecto irrenunciable»¹².

Entremos de este modo, aún someramente, en ambos contextos.

1.1. La globalización

En cuanto a lo primero, la globalización se presenta como un proceso progresivo de difuminación de fronteras¹³, caracterizado, a su vez, por diver-

constituzionale comune?»), BURATTI, A. (trad.), *Nomos-Le attualità nel diritto*, núm. 3, 2002, pp. 169 y ss.; «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 y ss.; «Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 127 y ss.; «Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 115 y ss.; «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur quod. Anuario del Pensamiento crítico*, 2010, pp. 184 y ss., en http://www.liberlex.com/archivos/globalizacion_UE.pdf (3/2/2012); y «Constitución, Derecho constitucional y globalización», 2012 (en prensa). A la vista de tales trabajos previos se advierte la falta de originalidad de buena parte de las ideas que se presentan en estas páginas, por cuanto que deudoras de aquéllos, sin perjuicio, eso sí, de su reconstrucción a la sombra, ahora, de las nuevas realidades en el que este discurso de desarrolla.

¹¹ Desde tal perspectiva, BALAGUER CALLEJÓN, F. «Derecho constitucional y Estado en un mundo globalizado», Conferencia impartida el día 24 de enero de 2011, dentro de los actos de la Festividad del Patrón de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Granada, 2011. No en vano, cualquier respuesta que se ofrezca al binomio Derecho constitucional-globalización ha de partir de los postulados que aún hoy caracterizan al Derecho constitucional, en tanto que conquistas históricas (por todos, HÄBERLE, P. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, I. Gutiérrez Gutiérrez –trad.–, Trotta, Madrid, 1998), sin perjuicio de reconocer su necesaria adaptación a los tiempos vigentes (así, por ejemplo, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. «La función de la Constitución en el contexto contemporáneo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 171 y ss.). Por último, quisiéramos advertir de un constante *feedback* en el planteamiento y desarrollo de este trabajo, al recurrir a reenvíos temporales que, sin bien pueden en determinados momentos entorpecer una visión/lectura lineal del tema, buscan una mejor interrelación y comprensión del pasado, presente y posible futuro de la constitucionalización regional europea.

¹² LÓPEZ PINA, A. *Europa, un proyecto irrenunciable (La Constitución para Europa desde la teoría constitucional)*, Dykinson, Madrid, 2004.

¹³ Con carácter general sobre la globalización y sus efectos, y desde distintas aproximaciones a la misma, vid., por ejemplo: BECK, U. *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Borrás, R. M^a y Moreno, B. (trad.), Paidós,

son factores y aspectos. Respecto a los factores, son dos a tener en cuenta: de una parte, el progreso tecnológico, como motor de la globalización, y en una aceleración tal que la diferencia de situaciones pasadas de cambios (a la par que globalización y desarrollo tecnológico acaban retroalimentándose)¹⁴; y de otra, y en estrecha conexión con lo anterior, la *sociedad del riesgo* en la que vivimos, tanto a nivel medioambiental, como en cuanto a salud pública, economía o la misma forma de desarrollarse los conflictos y la violencia¹⁵.

Por otro lado, y respecto a los aspectos que caracterizan la globalización, está, primeramente, su condición compleja y contradictoria, pues: junto a la proyección universalista de la economía, de valores sociales y políticos, de manifestaciones culturales, e incluso del propio Derecho, se presentan respuestas endógenas frente a la misma, siendo el integrismo (nacional, religioso, cultural, etc.) su mayor demostración¹⁶; y en cuanto a las contradicciones que supone la globalización, lejos de que ésta haya dado lugar a una mayor universalidad respecto a las más importantes conquistas históricas alcanzadas¹⁷, ha provocado una mayor brecha y desigualdad internacional en todos los órdenes (económico, cultural, social, tecnológico, etc.)¹⁸. Con ello, además, está

Barcelona, 1998; FARIA, J. E. *El Derecho en la economía globalizada*, Lema Añón, C. (trad.), Trotta, Madrid, 2001; BALDASSARRE, A. *Globalizzazione contro democrazia*, Editori Laterza, Bari, 2002; DENNINGER, E. «Derecho en ‘desorden’ global. Sobre los efectos de la globalización», Brage Camazano, J. (trad.), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 117 y ss.; VON BOGDANDY, A. «Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law», *The European Journal of International Law*, núm. 15/5, 2004, pp. 885 y ss.; y CAPELLA, J. R. «La globalización: ante una encrucijada político-jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 13 y ss.

¹⁴ En cuanto al desarrollo tecnológico imperante y su incidencia en el Derecho constitucional, vid., ya, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257 y ss. Y además, sobre la incidencia de la ciencia y la tecnología, en general, vid. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán (Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia)*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

¹⁵ Por todos, BECK, U., *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*, NAVARRO, J.; JIMÉNEZ, D. y BORRÁS, M^a R. (trad.), Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁶ En cuanto al carácter complejo de la globalización, cfr. GIDDENS, A. *Un mundo desbocado*, CIFUENTES, P. (trad.), Taurus, Madrid, 2000; y sobre el fundamentalismo, como grave problema del Derecho constitucional, ya HÄBERLE, P., «El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura», ARZO SANTIESTEBAN, X. (trad.), en *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, pp. 133 y ss.

¹⁷ SPANTIGATI, F., «Globalizzazione e decumene: cosa abbiamo imparato in Italia in cinquanta anni», *Jus-Rivista di Scienze Giuridiche*, 1/2001, pp. 15 y ss.

¹⁸ En tal sentido, por ejemplo, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)*, Hegoa/OMAL, Bilbao, 2009. Al respecto, tampoco cabe hablar de una *globalización del*

la intensidad con la que la globalización actúa, al suponer cierta capitulación democrática y constitucional¹⁹ en relación al modelo constitucional de Estado de Derecho y de Democracia históricamente alcanzado²⁰: en tal sentido, precisamente, el determinismo que para la política y lo público supone hoy el mercado globalizado, ante la negación de la política como voluntad con capacidad externa al mismo (como lo evidencia la actual crisis económico-financiera, según se viene a mostrar más adelante)²¹. Es de este modo que resulte pacífico considerar como la acción de la globalización ha reducido buena parte de la efectiva capacidad de los Estados para decidir e intervenir en esferas de actividad tradicionalmente públicas (tanto dentro, como fuera de sus fronteras), dejando al ciudadano en la intemperie globalizada²².

Derecho, en sentido estricto (y más allá de ciertas manifestaciones –como los derechos humanos–, por cuanto que, aún expandiéndose, finalmente no acaban por universalizarse totalmente), sino de cómo queda éste bajo el influjo de aquélla: así, *Derecho globalizado*. Por todos, CASSESE S.: «The Globalization of Law», *International Law and Politics*, núm. 37, 2005, pp. 973 y ss.; e *Il diritto globale (Giustizia e democrazia oltre lo stato)*, Einaudi, Torino, 2009.

¹⁹ Así, FERRARA, G., «Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione» en AAVV *Scritti in onore di Giuseppe Guarino (II)*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 228 y 229; y ya en España, especialmente, JÁUREGUI, G., *La Democracia planetaria*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2000, pp. 20 a 23.

²⁰ Sobre tal modelo, y su crisis, vid., entre otros: GRIMM, D., «Il futuro della costituzione», FIORE, F. (trad. it.), en AAVV *Il futuro della costituzione*, ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P. Y LUTHER, J. (coord.), Einaudi, Torino, 1996, pp. 129 y ss.; o DE CABO MARTÍN, C. «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 17 y ss.

²¹ En tal sentido, SEVERINO habla de cómo el capitalismo ha llevado a la desregulación, a tenor del distanciamiento del mercado de todo fin ajeno al mismo y en cuanto que capaz de limitarlo en su desarrollo; ESEVERINO, E. junto a IRTI, N., *Dialogo su Diritto e tecnica*, Editori Laterza, Roma, 2001, pp. 26 y 70. La economía, así, y en tanto que supuestamente *dada* y objetiva, se presenta como límite frente al Derecho y la voluntad político-pública (democrática), subyugándolos en pos de unas reglas propias basadas en el máximo beneficio de quienes participan a título particular en el mercado globalizado (sin embargo el Derecho no desaparece: de un lado, y como advirtiera nuevamente SEVERINO, E. en cuanto que necesario marco garante de las pretensiones de aquéllos-op. cit., pp. 70 a 72). Tal determinismo se nos muestra, desde hace tiempo, con un solapado valor político, al rechazar la política por *negativa* y acientífica; no es que se haya negado la política a nivel público, pues lo que se ha pretendido (y se sigue pretendiendo) es que ésta sea sustituida por una voluntad aparentemente apolítica (*parapolítica*) garante de una parca objetividad, al margen, en última instancia, del principio democrático, e intentándose volver de esta forma al Estado de Derecho privado (JÁUREGUI, G. op. cit., pp. 48 a 54; de «constitucionalismo mercantil global», incluso, habla DE JULIOS-CAMPUZANO, A. en *La globalización ilustrada –Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo–*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 129).

²² ¡Qué contradicción!, es cuando el Estado alcanza históricamente su mayor proyección democrática y garantista respecto a los individuos cuando comienza a vislumbrarse su impotencia; cfr. DE VEGA GARCÍA, P. «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 14 y 29.

No obstante, advertido el impacto de la globalización en los Estados constitucionales y en los sistemas jurídicos y políticos en ellos vigentes, no resulta en cambio tan pacífico las posibles respuestas al respecto, dada las complejas y contradictorias consecuencias que de la globalización se aprecian a nivel mundial. De este modo, cabe señalar desde el influjo constitucional y democrático en las recientes revoluciones en el mundo árabe (primavera de 2011), como en la contestación indignada de los ciudadanos ahora en no pocas democracias occidentales reclamando, precisamente, mayor participación política (asimismo, desde primavera de 2011); pero también, y de manera opuesta (además del estancamiento de tales procesos democráticos), el asentamiento en Estados democráticos de gobiernos tecnócratas (Grecia e Italia, 2011). Si de expansión del Derecho constitucional cabe hablar en relación a lo primero, de limitación y crisis de la Constitución cabría hablar respeto a lo segundo. Ello no es sino consecuencia del carácter contradictorio y complejo de la globalización (más arriba referido), que, de un lado, es capaz de irradiar a nivel mundial valores humanos y democráticos, a la par que atenaza los procesos políticos a la razón económica; de otro, potencia la mundialización cultural, mientras que, y sin embargo, acaba colonizando la cultura al servicio del mercado global; genera sentimientos cosmopolitas, para finalmente advertir respuestas endogámicas frente «al otro»; da lugar a una mayor riqueza para unos, cuando cada vez hay más con menos.

Lo que sí cabe apreciar, con todo, es una doble constante. Una, el progreso del Derecho constitucional tanto a nivel mundial, como regional, yendo más allá de los Estados; y esto, a la vista de cómo componentes característicos del Derecho constitucional acaban institucionalizándose en instrumentos jurídicos internacionales, como en otros de carácter más local. Y como segunda constante, el debilitamiento, y aun paradójicamente, de las propias Constituciones normativas, en cuanto que incapaces de ordenar, de manera efectiva, el ejercicio del poder en el seno de los Estados. El Derecho constitucional, aun limitando el ejercicio del poder, viene mostrándose más flexible y adaptable que las Constituciones normativas, en sentido estricto, lo que en principio, nuevamente, respondería mejor a la coyuntura cambiante generada por la globalización; y es que la normatividad constitucional, en estrecha relación con la rigidez constitucional, no resulta aparentemente tal eficiente ante dicha realidad cambiante. Sin embargo el Derecho constitucional comienza a mostrar, finalmente, el efecto perverso de catalizar el debilitamiento de la normatividad constitucional, y con ello (al tiempo) la capacidad misma y efectiva de limitar y ordenar el poder (lo que inicialmente, por otra parte, dicho Derecho pretende)²³. Es cierto que tal situación ha generado, en el caso de los Estados europeos, una cierta capacidad para actuar bordeando sus respectivas

²³ Al respecto del Derecho constitucional y la limitación del poder, por todos, MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad (Historia del constitucionalismo moderno)*, ANSUATEGUI ROIG, F. J. y MARTÍNEZ NEIRA, M. (trad.), Trotta, Madrid, 1998.

Constituciones en relación al espacio europeo (como más adelante se señalará); pero ello no está tan claro al día de hoy, al encontrarse ya buena parte de éstos bajo un protectorado difuso europeo, a la par que sometidos a una permanente tormenta financiera (Grecia, Irlanda, Portugal y España, pero también Italia). Y cierto es, asimismo, que el poder público está cada vez más limitado, mas ya no está tan claro que ello sea al servicio de los ciudadanos y las personas.

Ahora bien, siendo dinámico el anterior contexto presentado, en cuanto que globalización como proceso, resulta también oportuno, en un paso más, plantear (aun muy someramente, nuevamente) cómo se ha desarrollado la integración europea en relación a la globalización, y al hilo de ello, claro está, la constitucionalización de la Unión Europea hasta llegar a nuestros días (a ello dedicaremos el segundo epígrafe)²⁴; pero antes, detengámonos en la crisis que vive Europa (tal como habíamos adelantado).

1.2. Una crisis económica, política, social y de valores en Europa

En cuanto a la crisis económica, que aún mantiene estancada (y en vilo!) a Europa, se vienen indicando diversas causas en su origen: desde la más genérica conjunción de la globalización económica con la desregularización que del mercado financiero internacional se advierte desde finales del siglo pasado; a otras más concretas, referidas ahora al exceso de riesgo especulativo en el mercado financiero, junto con la explosión de la burbuja inmobiliaria en el sur de los Estados Unidos, y que terminó por colapsar grupos bancarios y aseguradoras a nivel mundial. Ello, a su vez, ha tenido diversas repercusiones a nivel estatal, según circunstancias específicas de sus respectivas economías, como precisamente acontece en España en razón, asimismo, a la caída del sector inmobiliario, dado que principal motor económico en tal momento²⁵.

Por otra parte, dicha crisis, que se inicia en 2007, ha sufrido distintas evoluciones que, sin perjuicio de mantenerla viva, responden a las diversas medidas económico-estatales adoptadas al respecto, así como a las referidas circunstancias de las economías estatales; y en este sentido, y en relación a

²⁴ Para una preliminar aproximación al progreso de la integración Europea, desde el Derecho constitucional europeo, *vid.*: CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 209 y ss.; y BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Derecho constitucional europeo y la Unión Europea», junto a CÁMARA VILLAR, G. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en *Introducción al Derecho constitucional*, F. Balaguer Callejón (coord.), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 85 y ss.

²⁵ Al respecto de la crisis económica, *vid.* TUGORES QUES, J., *Crisis: lecciones aprendidas... o no*, Centro de Estudios Internacionales/Marcial Pons, Madrid, 2010. También de interés, para una lúcida aproximación al vigente capitalismo, *vid.* CHANG, H. J., *23 Things They Don't Tell You About Capitalism*, Penguin Books, London, 2010.

la Unión Europea, la específica crisis surgida en su seno en atención al excesivo endeudamiento público de algunos de sus Estados, en principio Grecia, y de las dificultades encontradas en su refinanciación a finales ya del 2009 (profundizada a comienzos del 2010), y extendiéndose a otros Estados como Irlanda y Portugal (2010 y 2011), o a España e Italia al tiempo (2011 y 2012)²⁶.

Pero siguiendo con la crisis económica en la Unión Europea, ésta, de un lado, vino a coincidir con la crisis política originada por el fracaso del Tratado constitucional, además de con el proceso de elaboración y la accidentada ratificación del Tratado de Lisboa²⁷; pero también, con la falta de mecanismos tanto comunitarios, como de los propios Estados miembros, para afrontarla de manera efectiva²⁸. Es de este modo que la Unión y los Estados miembros únicamente pudieran, inicialmente, coordinar sus políticas económicas, lo cual, ante el déficit de gobernabilidad política de la Unión Europea (y los conflictos surgidos entre los distintos Estados, a la hora de atajarla), requirió de bastante tiempo, dando así oxígeno a la crisis económica en Europa. Ciertamente, con todo, se consiguió adoptar medidas²⁹, con las que, aun siendo discutidas, limitadas y tardías³⁰, parecería nuevamente asumirse cómo la integración europea, ante situaciones de crisis, termina finalmente por pro-

²⁶ Las «PIGS»: Portugal, Irlanda, Grecia y España (*Spain*). Tal acrónimo es habitualmente utilizado por la prensa anglosajona para referirse a dichos países, en tanto que economías históricamente débiles y poco desarrolladas, a pesar del avance vivido en las mismas antes del inicio de la vigente crisis económica (lo que precisamente planteaba numerosas suspicacias al respecto, y finalmente materializadas con ocasión de la crisis); así, por ejemplo, VON RAPPENHAGEN, J. «Why Pigs Can't Fly», en *Newsweek Magazine*, 28 de junio de 2008 (asimismo, en <http://www.thedailybeast.com/newsweek/2008/06/28/why-pigs-can-t-fly.html> -14/1/2012-). Y al tiempo, como «PIIGS», a fin de integrar también a Italia.

²⁷ De interés, MARTÍN J. y PÉREZ DE NANCLARES, «Sin Tratado de Lisboa y en un escenario de crisis financiera global: sobre la necesidad de buscar el tercer impulso al proceso de integración», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 17, 2008.

²⁸ En cuanto a esto último, la unión económica y monetaria que surgiría a la luz del Tratado de Ámsterdam se limitó a establecer mecanismos de política monetaria para los Estados miembros de la zona euro, mientras que la política económica quedaba compartida entre la Unión y los Estados, de acuerdo al reparto de competencias entre ésta y ellos; y así, una capacidad limitada de unos y otros con relación a la gobernanza económica europea y estatal, por cuanto que ni la Unión, ni los Estados, gozan de plena capacidad al respecto.

²⁹ Destacando, en particular, la creación en mayo de 2010 de un «fondo de rescate» cofinanciado con aportes de los Estados miembros de la eurozona y del Fondo Monetario Internacional; fondo, por otra parte, al que finalmente se ha dado carácter de permanencia mediante una reforma parcial del Tratado de Lisboa, tal como fuera acordado en el Consejo Europeo, de 28 y 29 de octubre de 2010 (mas sin modificar el principio de «no corresponsabilidad financiera»), además de la previsión de un mayor control del endeudamiento público de los Estados por parte de la Unión Europea.

³⁰ PÉREZ CARRILLO, E. F., «Crisis económica y financiera en la Unión Europea. Reflexiones en torno a algunos instrumentos estratégicos para la recuperación», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. XI, 2011, pp. 487 y ss.

gresar y salir adelante³¹; pero con ello, también, asumiéndose el permanente estado de sombras que vive la integración europea con ocasión de graves crisis, pues acaba emergiendo el referido pluralismo y conflicto subyacente en Europa, si bien suponiéndose luces dada la forma en la que (hasta ahora) ésta ha terminado por salir del túnel.

Sin embargo en esta ocasión no es sólo que el túnel esté resultando más largo de lo deseado y previsto inicialmente (pues las luces aun quedan lejos...), sino que el coste político y social de la travesía europea en la crisis económica está debilitando muy gravemente la integración de Europa. Y ello en base no sólo a la limitada capacidad que la Unión Europea ha demostrado para responder a la crisis (al día de hoy, insistimos), sino en relación, especialmente, a la actuación de los Estados desarrollada tanto en su seno y conjuntamente, como a nivel individual, y a la percepción que la ciudadanía está alcanzando de este proceso. De lo que se trata, por tanto, no es sólo del déficit económico en el que puede quedar Europa tras salir de la crisis respecto a su coste económico y al lugar en el que se sitúe en el ranquin del mercado global; la cuestión más importante, considero, es el coste político y social de una Europa que, en una situación de grave crisis económica ha resultado (hasta ahora) incapaz de aprovechar la situación para relanzar su integración política, mostrándose en cambio débil y dividida, además de en retroceso a nivel social. A buen seguro, ello está ya reduciendo el apoyo ciudadano al desarrollo de la integración en el futuro, siendo éste esencial como se ha demostrado tanto en el fracaso del Tratado constitucional, como en la ratificación del de Lisboa³².

³¹ Siguiendo a HABERMAS, cabría incluso hablar de un nuevo paradigma en relación a la gobernanza económica y a la integración europea; HABERMAS, J. «En el euro se decide el destino de la UE», ALBORÉS REY, J. (trad.), *El País*, 23 de mayo de 2010.

³² Pero veamos con mayor detalle algunas de tales cuestiones. En relación a la propia Unión Europea, e inicialmente, está la incapacidad demostrada, junto con el resto de potencias económicas mundiales, de poner coto jurídico al neoliberalismo financiero y especulativo que originó la crisis. Ciertamente que ello se plantea en un contexto mundial, global, y por tanto desde una responsabilidad compartida tanto en relación a su incapacidad de respuesta, como de su propia previsión; pero no se ha de olvidar que, aun siendo los últimos responsables aquéllos que originaron la crisis, no es menos cierto que también, y en especial frente a la ciudadanía, son los poderes públicos los que mostraron, y aun siguen haciéndolo, dejación de sus tareas a la hora de encarar una nueva y adecuada regulación del mercado financiero internacional. Y centrándonos ahora a nivel interno de la Unión, los comienzos titubeantes y lentos al respecto de la crisis hacían ya presagiar cierta insuficiencia de ésta para enfrentarse adecuadamente a la misma; cierto es que, conforme se ha indicado, la Unión Europea como tal no tiene plena capacidad jurídica y política para haber adoptado las medidas que precisaba la crisis inicialmente, dado que compartidas con los Estados miembros. Ciertamente, que incluso en materia monetaria, la capacidad europea se limita a la zona-euro. Pero al respecto de esto cabe recordar el retraso con que el Banco Central Europeo comenzó a bajar los tipos de interés ante el miedo al fantasma de la inflación y en atención a la sugestión de Alemania; y ello, incluso, frente a una Francia que reclamaba pública y contundentemente dicha bajada a fin de dar mayor

Y en tal sentido, precisamente, el sentimiento de desapego manifestado recientemente en Grecia, tras las elecciones de mayo de 2012, en la que los partidos que vinieron gestionando la crisis hasta tal momento sufrieron una fuerte derrota, dando lugar a una situación de incapacidad política para formar gobierno y volviéndose a convocar nuevas elecciones para el 17 de junio (si bien, finalmente, con un gobierno de coalición entre Nueva Democracia y el Pasok, tras semanas de tensión política en toda Europa y con planes, incluso, para el caso de que Grecia hubiera de abandonar la zona euro tras dicho proceso electoral)³³.

Y es que (y volviendo en el tiempo al primer rescate griego), en el origen de la crisis en Grecia (ocasionada por un endeudamiento excesivo, sin perjuicio de cierta artificiosidad de la misma, además de las deficiencias propias del sistema griego)³⁴ se expuso ya públicamente una grave falta de solidaridad inicial entre los Estados europeos³⁵, a pesar del expreso reconocimiento de dicha solidaridad a nivel de la Unión (aun en diversas dicciones y esferas), conforme al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 67.2, 80,

liquidez monetaria a su economía en aquel momento de búsqueda de confianza. Ya en este momento, y con tal supuesto, se evidencian así varias constantes en esta crisis: de un lado, el excesivo peso, aun justificado de los intereses de Alemania en la determinación común de las medidas a adoptar; de otro, el enfrentamiento, y el conflicto, entre distintos Estados y la propia Unión Europea a la hora de plantear las medidas a desarrollar; y por último, cómo a nivel interno los Estados de la zona euro ven particularmente limitada su capacidad para tomar decisiones por cuanto que sujetos a una integración monetaria en torno a una moneda única, el euro. De esta forma, la natural y preliminar salida a casi cualquier crisis económica de devaluar la moneda, o bajar, o subir, los tipos de interés, quedaba ya fuera del ámbito político de los Estados miembros de la euro-zona, y en manos de un Banco Central Europeo que, aun irresponsable políticamente ante los órganos políticos de la Unión Europea y sus Estados miembros, viene, no obstante, validando decisiones de unos Estados frente a otros.

³³ Y ello, además, tras la propuesta de Papandrú, a finales de octubre de 2011 –31 de octubre–, de someter a referéndum las medidas anticrisis relativas al segundo plan de rescate griego; el inmediato bloqueo por Francia y Alemania de la ayuda a Grecia (2 de noviembre), y la retirada por Papandrú de la propuesta de referéndum, negociando un gobierno de unidad –3 de noviembre–, y cediendo luego el poder (6 de noviembre); y el ulterior nombramiento de Papademos como Primer Ministro griego, dando lugar a un gobierno técnico en Grecia (10 de noviembre).

³⁴ Dado que en parte promovida por la especulación financiera; recuérdese la intervención, incluso, de los servicios secretos al respecto, y el símil de los especuladores financieros como «manadas de lobos» a la caza de una debilitada Grecia. Sobre ello, vid. AYALA, J. E., «El rescate de Grecia: la solidaridad europea se pone a prueba», *Política Exterior*, núm. 134, 2010, pp. 13 y ss.

³⁵ Siendo este principio jurídico esencial en la conformación constitucional tanto del propio sistema político (recuérdese su fundamentación revolucionaria en Francia, ante su defensa frente al resto de monarquías absolutas europeas), como de su articulación federal (tal como se teorizó al comienzo de la andadura federal norteamericana, a fin de justificar impuestos federales con los que sostener un ejército federal y permanente).

122.1, 194.1, y 222.1 y 3) y al vigente Tratado de la Unión Europea (art. 3.3), especialmente. Por momentos Grecia, cuna de la cultura occidental, pareció dejada a su suerte por Europa: ¡qué ironía!; el mito griego de Europa traicionado por una Unión Europea abierta al debate sobre su identidad, pero reacia a darle sentido³⁶. Las iniciales reticencias mostradas entonces en torno al rescate griego³⁷ no presagiaban ya, precisamente, un buen camino en el que progresar en la integración europea y salir de la crisis; al contrario, mostraron una falta de solidaridad y de responsabilidad del todo necesaria, si no al menos para conformar un pueblo europeo, sí que, desde luego, para progresar en una Europa con diversos y distintos pueblos pero bajo un sentimiento de integración común.

Pero además de lo anterior, está el precio a pagar por los pueblos heleno, irlandés, portugués y español por sus respectivos rescates (en el caso de España, junio-julio de 2012)³⁸, además del italiano, entre otros; un precio no sólo económico, sino social, en atención a los recortes sociales que conlleva y a la frustración de sentirse bajo un protectorado europeo y ante un Gobierno irresponsable³⁹. Y es que la excusa europea, como la de la crisis global, está

³⁶ Por cierto, en las conclusiones del referido Consejo Europeo de 28 y 29 de octubre de 2010, y por tanto, tras un período de reflexión política desde el comienzo de la crisis griega, no se hizo mención alguna a tal principio, limitándose a buscar un reforzamiento de la gobernanza económica en Europa y de su pilar económico, además de buscar una mayor solidez en la gestión de la crisis.

³⁷ Las reticencias del gobierno alemán a dicho rescate en un primer momento, como ha criticado HABERMAS, J. («En el euro se decide el destino de la UE... cit.; asimismo, de interés, vid. GUÉROT, U., «El rapto de Europa: la crisis desde Alemania», *Política Exterior*, núm. 136, 2010, pp. 50 y ss.), como incluso el planteamiento, en aquel primer momento, a nivel interno de propuestas dirigidas a la salida voluntaria de Grecia del euro (como incluso del propio marco alemán), o de que vendiera parte de su patrimonio cultural!. Otra cosa es ya, al tiempo, el que se estuviera efectivamente especulando con un posible escenario de una definitiva salida griega del euro, a finales de mayo de 2012, ante la situación de bloqueo político y económico en la que Grecia se encontraba en tal momento (si bien desactivada más tarde, tras las elecciones de junio y la coalición de gobierno alcanzada), para luego volver a plantearse a finales de julio de 2012 nuevamente.

³⁸ Hablamos de rescate en relación a España, sin perjuicio de que inicialmente se pretendiera limitar su impacto político y social al presentarse como mera «línea de crédito a la banca» desde Europa (desde tal perspectiva, NÚÑEZ, M., «Razones por las que no es un rescate», *ABC*, 11 de junio de 2012, en <http://www.abc.es/20120611/economia/abcp-razones-rescate-20120611.html-11/6/2012->). Sin embargo, de intervención habría de hablarse finalmente, a la vista del memorándum al tiempo remitido por la Unión al Gobierno español y las exigencias en él contempladas («Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality», en <http://ep00.epimg.net/descargables/2012/07/10/14540e59ee5504648623c2bb5da808b8.pdf-12/07/2012->), sin perjuicio del planteamiento de un segundo rescate ya al Estado a finales de julio de 2012, a la vista de la prima de riesgo española y del muy elevado interés a pagar por España para su financiación.

³⁹ Con ello no nos referimos a la responsabilidad, en sentido fuerte, de adoptar medidas tendentes a resolver un problema (sin perjuicio de cuál sea nuestro juicio al respecto de

provocando a su vez, a nivel interno de los Estados europeos, la coartada perfecta para dismantelar buena parte del Estado social. Al margen de los recortes sociales en los Estados con más problemas económicos (como sería el caso de Grecia, Irlanda, Portugal y España, pero también el de Italia), ciertamente existe la percepción de cómo la crisis económica está siendo utilizada para cambios en las políticas sociales en casi todos los Estados europeos, más allá de lo que la propia crisis exigiría razonablemente⁴⁰. Ello, obviamente, acaba por no entenderse por buena parte de su ciudadanía, más cuando la crisis no termina por golpear de igual manera a todos⁴¹. El Estado social se tambalea así⁴², además de presenciarse la poda de una de las ramas a partir de la cual construirse la referida identidad del árbol europeo, el Estado social, en cuanto que instrumento de corrección de las desigualdades y promoción del individuo, a la par que garantía de servicios hoy considerados básicos para las per-

las mismas), sino a: de un lado, la falta de responsabilidad en su sentido preventivo (tal como la definiera JONAS, H. en *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, SÁNCHEZ PASCUAL, A. –trad.–, 2.^a ed., Herder, Barcelona, 2004), ante el riesgo cierto y evidente de una crisis que no terminaba de enderezarse y un gasto público no contenido; y de otro lado, la falta de responsabilidad ante la recurrente excusa de la integración europea como causa de tales medidas (como desde hace tiempo viene denunciando BALAGUER CALLEJÓN, F. dado que respuesta fácil en el seno de los Estados europeos cuando tienen que justificar medidas no populares en el seno de los mismos, en «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 335 y ss.). Por último, sobre la responsabilidad como principio constitucional, y sus nuevos desarrollos, vid. GOMES CANOTILHO, J. J., «Principios y ‘nuevos constitucionalismos’». El problema de los nuevos principios», M. RODRIGUES CANOTILHO (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, en especial pp. 334 y ss.

⁴⁰ Nuevamente KRUGMAN, P. pero ahora ¡Acabad ya con esta crisis!, GARCÍA, G. y BELZA, C. (trad.), Crítica, Barcelona, 2012.

⁴¹ Dado que, hasta ahora: de una parte, la banca resulta rescatada, sin paritario grado de exigencia de responsabilidad jurídica y política ante la crisis; de otra, la corresponsabilidad y progresividad de la presión fiscal no se ve que sea efectivamente corregida (al contrario, se incide en la imposición al consumo); y además, se producen recortes sociales, a la par que, en algunos Estados (como en España), aumenta críticamente el desempleo. En este sentido, de particular interés resulta el manifiesto ¡Indignaos!, de HESSEL, S. (y publicado en España en Destino, Barcelona, 2011, con trad. de MORENO LANASPA, T. y prólogo de SAMPEDRO, J. L.), en torno al cual, precisamente, se articularon buena parte de las movilizaciones sociales de 2011 en Europa. Otra cosa es, al tiempo, que el desapego social quepa llegar a crispación y conflicto social, ante la *violencia* que para los ciudadanos suponen unas medidas, fundamentalmente orientadas a la reducción de garantías sociales, que los dejan desamparados ante la crisis.

⁴² Ante el nuevo aforisma de que «hemos vivido por encima de nuestras posibilidades», y de que «las generaciones futuras tendrán que asumir que vivirán en unas condiciones sociales y económicas inferiores a las presentes». De sumo interés, GRANELL TRIAS, F. «Las medidas contra la crisis, sus problemas y su impacto intergeneracional», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 850, 2009, Ejemplar dedicado a *La primera crisis global: procesos, consecuencias, medidas*, pp. 57 y ss.

sonas; unos servicios que, junto a la protección laboral, han cualificado las condiciones de vida y de participación de los europeos, frente al resto de buena parte de la población mundial⁴³.

Con esto, a su vez, nos situamos ante otra trama de políticas que (si bien a nivel estatal e interno, pero bajo cierta connivencia de la Unión), entiendo, repercuten también muy negativamente en relación a la identidad, como a la propia integración europea. Me refiero a la propagación de políticas populistas que inciden en el pluralismo, en general, y en las minorías, en particular, dificultando la integración multicultural de los individuos. Y es que, más allá de ciertas políticas en diversos Estados en relación a ciertas minorías⁴⁴, está el avance democrático de partidos xenófobos y racistas en no pocos Estados europeos (Dinamarca, Holanda, Francia, Finlandia, Italia, Eslovaquia, Hungría y Grecia especialmente). Cuando la «inclusión del otro», en el ideario de HABERMAS⁴⁵, se consideraba, por tiempo, no sólo como una de las respuestas necesarias para una globalización de valores, sino como uno de los contenidos del constitucionalismo más contemporáneo, parecería ahora desvanecerse en una fiebre populista a la sombra de la crisis económica, que se evidencia así, además de política, como cultural y de valores⁴⁶; y más, cuando tal principio resulta consustancial con una integración de pueblos diversos en la Unión Europea⁴⁷. Difícilmente cabe profundizar en la integración europea cuando los diversos pueblos de Europa no son capaces de asumir las diferencias de los

⁴³ De «brasilización» de Europa (incluida Alemania), nos habla BECK, U. en «La política económica de la inseguridad», CUÉLLAR MENEZO, J. (trad.), *El País*, 27 de mayo de 2012, http://elpais.com/elpais/2012/04/27/opinion/1335552968_819732.html (27/5/2012).

⁴⁴ Como el caso de Italia y Francia, en relación a los miembros de la etnia gitana (2010). O la crisis abierta entre ambos países con ocasión de la arribada masiva de refugiados egipcios, libios y tunecinos a Lampedusa y el ulterior cierre francés de fronteras (abril, 2011), y que concluyó con una declaración conjunta de Francia e Italia a favor de una reforma del Tratado Schengen a fin de introducir nuevos supuestos de restablecimiento de control fronterizo, en vez de haberse reforzado la solidaridad entre Estados con ocasión de emergencias humanitarias que tengan origen en la llegada ingente de inmigrantes; y ello, además, con el apoyo de Alemania y la propia Comisión. Al tiempo, la propuesta Danesa de restablecimiento de control de fronteras (mayo, 2011), bajo el pretexto de un mayor control de la criminalidad internacional, o las reformas constitucionales llevadas a cabo por Hungría (finales de 2011, y comienzos del 2012), limitando el pluralismo político (si bien, en esta ocasión, bajo el reparo y la vigilancia de la Unión Europea). Y más recientemente, el anuncio por miembros del gobierno de Cameron de posibles restricciones de flujos migratorios procedentes de Estados miembros de la Unión en crisis (julio, 2012).

⁴⁵ HABERMAS, L., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, VILAR, G. y VELASCO ARROYO, J. C. (trad.), Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

⁴⁶ Sobre el auge del populismo en la Democracia constitucional (y en particular para el caso italiano), vid. FERRAJOLI, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (trad.), Trotta, Madrid, 2011.

⁴⁷ VON BOGDANDY, A., «The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity-Elements of a Beautiful Friendship», *European Journal of International Law*, núm. 19/2, 2008, pp. 241 y ss.

otros, bajo un proyecto común de convivencia y gobierno jurídico, político, económico, social y cultural⁴⁸.

2. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Preliminares y orígenes; consolidación y crisis

En un primer estadio de la integración regional europea al hilo de las originarias Comunidades Europeas (la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, 1951, la Comunidad Económica Europea, 1957, y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, 1957), con el Sputnik girando en torno a la Tierra (también, 1957), y en el marco de los antecedentes que la «aldea global» de McLUHAN (1962) suponía ya de un mundo cada vez más interconectado⁴⁹, recuérdese como tal integración (de unos pocos Estados, y en alto grado de homogeneidad económica, jurídica y política) se expresaba inicialmente como fundamentalmente económica y al margen del Derecho constitucional, dado que éste, por su parte, se entendía referido exclusivamente al Derecho de los Estados miembros en tal momento; lo que se postulaba, en cambio, era una integración y un Derecho comunitario al servicio de un mercado único y en busca de una identidad propia, mediante su autoafirmación ante los Estados y los Derechos estatales, como del Derecho internacional y de las organizaciones nacidas a su amparo. En tal sentido, precisamente, vendría a expresarlo el Tribunal de Justicia en dos históricas Sentencias: la *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62), de acuerdo a la cual «la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos»; y la *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64), conforme a la cual, ahora, se habría «creado así un corpus normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos» al instituirse «un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] que se impone a sus respectivas jurisdicciones»⁵⁰. De meras «asociaciones funcionales» vendría a hablar, al tiempo, IPSEN (1972)⁵¹.

⁴⁸ Volviendo a las PIIGS, pero ahora con la contradicción entre una Europa católica y otra protestante, vid. BEDOYA, J. G., «“Cerditos” en la UE: ¿Son los países católicos manirrotos?», *El País*, 8 de enero de 2012 (en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/01/07/actualidad/1325970360_782608.html –5/6/2012–).

⁴⁹ McLUHAN, M., *La galaxia Gutenberg: génesis del homo typographicus*, NOVELLA J. (trad.), Círculo de Lectores, Barcelona, 1998.

⁵⁰ Por ejemplo, en tal momento, ZWEIGERT, K., «Influencia del Derecho comunitario europeo en los órdenes jurídicos de los Estados que integran la Comunidad Europea», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 6, 1969, pp. 623 y ss.

⁵¹ HIPSEN, H. P., «La posición jurídica de las Comunidades», ELÍAS MÉNDEZ, C., STANLEY K. y ARIAS PÉREZ, R. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 461 y ss.

Por otra parte, y paralelamente, el desarrollo de la *edad de los derechos*, tras la segunda guerra mundial⁵², había tomado forma en la Europa occidental no sólo a nivel nacional (mediante la declaración y garantía jurídico-normativa de los derechos fundamentales en las respectivas Constituciones estatales que se vienen a aprobar)⁵³, sino también a nivel regional con ocasión del Consejo de Europa (1949) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)⁵⁴, viniéndose a establecer, de este modo, un instrumento internacional en Europa de reconocimiento y promoción de derechos y libertades de las personas frente a los Estados partes: y ello, especialmente, mediante la institucionalización de una garantía política y jurisdiccional de los derechos ante la Comisión europea y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, respectivamente; y al tiempo, con la extensión y proyección (influencia) de la jurisprudencia de dicho Tribunal en tal labor de garantía de los derechos a otras manifestaciones jurisdiccionales existentes en Europa (según se viene a mostrar seguidamente)⁵⁵.

Es en este contexto europeo declarativo y garantizador de derechos que, ante el reconocimiento del poder político y jurídico que las Comunidades Europeas estaban progresivamente acumulando (frente a los propios Estados que originariamente las conformaban), comenzara a plantearse la necesidad de la limitación jurídica de tal poder comunitario como garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos de los Estados miembros⁵⁶. No es de extrañar,

⁵² Por todos, BOBBIO, N. *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.

⁵³ Así, por ejemplo: FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales (Apuntes de historia de las constituciones)*, M. Martínez Neira (trad.), Trotta, 4ª ed., Madrid, 2003, pp. 127 y ss.; y RIDOLA, P., *Diritti fondamentali (Un'introduzione)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, pp. 93 y ss.

⁵⁴ De ahí que, a la hora de hablar de la constitucionalización regional europea debamos también especificar a qué Europa nos referimos, por cuanto que cabe plantear dicha constitucionalización en relación a diversos espacios europeos; así, sobre un «Derecho europeo en sentido amplio», en tanto que conformado por el Derecho de la Unión Europea y el referido Convenio Europeo de Derechos Humanos, cfr. HÄBERLE, P., «El Estado constitucional europeo», BALAGUER CALLEJÓN, F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, p. 426.

⁵⁵ Al respecto, por ejemplo, SÁIZ ARNAIZ, A., «El convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa», en AAVV *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura (II)*, CARRILLO, M. (coord.), Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universitat de Barcelona/Ajuntament de Mollet del Vallès, Madrid, 2008, pp. 2039 y ss.; o STONE SWEET, A., «A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», *Global Constitutionalism*, núm. 1, 2012, pp. 53 y ss.

⁵⁶ Mas sin una declaración de derechos a nivel comunitario, en este momento (a salvo, claro está, de las llamadas *libertades comunitarias*); y ello, por tanto, en contradicción con el constitucionalismo normativo asentado en buena parte de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de la posibilidad de una garantía de derechos y libertades en cuanto que efectivamente garantizada mediante una adecuada organización política y jurídica del poder (sobre tal potencialidad, vid. SARTORI, G., *Ingeniería constitucional comparada*, REYES MAZZONI, R. -trad.-, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 211 y ss.).

por tanto, que el propio Tribunal de Justicia viniera finalmente en sus Sentencias *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (Asunto 29/69), *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (Asunto 11/70), y *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (Asunto 4/73), a afirmar (si bien con el propósito, tal vez, de mantener su monopolio sobre el juicio de validez del Derecho comunitario) la integración ya de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, de manera que éste se sujetara a ellos a partir de «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», de acuerdo al referido Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados miembros; y con esto, si bien de manera pretoriana, la constatación, definitivamente, del reconocimiento de la limitación jurídica del poder de las Comunidades en garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos, en obvia correspondencia al Derecho constitucional de los Estados miembros⁵⁷ en cuanto que «Derecho constitucional común europeo», según las tesis de HÄBERLE (1991)⁵⁸. De ahí que, al menos, podamos hablar ya en este momento de un pre-estadio constitucional a nivel europeo, sin perjuicio de las reticencias de ciertos Tribunales Constitucionales que, aun aceptando la primacía del Derecho comunitario frente a los Derechos nacionales, se postulaban como guardianes últimos de los derechos fundamentales garantizados en sus respectivas Constituciones ante aquél (por todas, la Sentencia *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, del Tribunal Constitucional Federal alemán, y de manera más matizada, la *Solange II*, de 22 de octubre de 1986)⁵⁹, y sin que las Comunidades hubieran ratificado el referido Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁰. Mas con ello, al tiempo, desarrollándose una consideración comunicativa del Derecho europeo y de los Derechos constitucionales estatales, a partir del protagonismo dialéctico que se da entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales, llegando a nuestros

⁵⁷ Por ejemplo, vid. CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 9 y ss.

⁵⁸ HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común Europeo», MIKUNDA FRANCO, E. (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, pp. 7 y ss. Y con ello, entroncando con el desarrollo histórico de un Derecho común en Europa, si bien ahora más allá del Derecho privado; al respecto, de interés, GROSSI, P., *L'Europa del diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, y STOLLEIS, M., *La Historia del Derecho como obra de arte*, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (trad.), Comares, Granada, 2009.

⁵⁹ En general, sobre tal articulación de los derechos fundamentales en las jurisprudencias comunitaria y constitucional de los Estados miembros en tal periodo, *vid.*, entre otros, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, Cap. VIII.

⁶⁰ Con las consiguientes limitaciones que ello supone en relación a la consideración de los derechos fundamentales en tanto que principios del Derecho comunitario, según viene a señalar Díez-PICAZO, L. M., en «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2004, pp. 159 y ss.

días⁶¹, y al que habría que sumarse también su interacción con el Tribunal Europeo de Derechos humanos⁶²; una interacción, sin duda, fundamental para comprender el desarrollo de la ulterior constitucionalización europea (de la que seguidamente se viene a tratar). Con todo, en este período comenzaría a hablarse ya de los Tratados constitutivos de las Comunidades a modo de Constitución, en tanto que articulación normativa básica y superior de la ordenación política de éstas en tal momento⁶³; sin embargo, no nos resulta adecuado dicha consideración, por cuanto que la concepción dominante de Constitución en Europa en tal momento, y más allá de su clásica referencia al Estado, responde a una serie de postulados sustantivos y formales que quedan aún lejos de las Comunidades (y de los Tratados constitutivos) en dicho período.

Como segundo momento evolutivo está, a finales ya del Siglo pasado tras la caída del muro de Berlín (1989), y con BECK y GIDDENS (1998 y 1999, respectivamente), el reconocimiento de una nueva concepción del mundo caracterizada por su mayor complejidad y contradicción, el desarrollo tecnológico y del riesgo, y la difuminación de las fronteras y la soberanía de los Estados en relación, especialmente, al mercado y la economía (conforme se ha adelantado)⁶⁴; un mundo en el que la regionalización económica emprendida en Europa se postulaba entonces como un referente en Derecho comparado, y a la luz de lo cual se procedería a su profundización política a fin de permitirle progresar en el nuevo contexto global enunciado (sin perjuicio de

⁶¹ De interés, POIARES MADURO, M. «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», DE ELERA, A. (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11 y ss.

⁶² Desde esta perspectiva, cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y A. VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997, pp. 239 y ss. Asimismo de interés, pero desde la perspectiva de los Tribunales constitucionales (y en particular, del español), GUILLÉN LÓPEZ, E., «The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: Make a virtue of necessity», en *AAVV Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C. y VAN NUFFEL, P. (ed.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 309 y ss.

⁶³ Por ejemplo, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Los Tratados constitutivos y el derecho derivado», en *AAVV Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español) (I)*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 316 y ss. Y al tiempo, desde tal perspectiva, equiparando la actuación del Tribunal de Justicia con una jurisdicción constitucional, vid. nuevamente, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. pero ahora con BAQUERO, J., «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 4, 2006, pp. 291 y ss.

⁶⁴ Respectivamente (y otra vez), BECK, U., *¿Qué es la globalización?...cit.*, y GIDDENS, A., *Un mundo desbocado... cit.*

considerar, no obstante, a la propia Europa como actor y promotor de la misma globalización)⁶⁵. A tal perspectiva responde, precisamente, la irrupción del debate constitucional para Europa tanto a nivel institucional (con los Proyectos del Parlamento Europeo *Spinelli*, de 1984, y *Herman*, de 1994)⁶⁶, como académico (por ejemplo, GRIMM y HABERMAS)⁶⁷, para finalmente limitarse a la evolución de las Comunidades europeas en Unión Europea, a partir del Tratado de Maastricht (1992), ulteriormente perfeccionado con el de Ámsterdam (1997), y la disposición de una moneda única, el euro, si bien reducida a una parte de la Unión y sin una consecuente unidad financiera a su servicio. Sin embargo, dicha profundización política y jurídica, tanto frente a los Estados como respecto a los propios ciudadanos, vendría también acompañada de una institucionalización en los referidos Tratados de diversos contenidos propiamente constitucionales con los que compensar ante éstos el aumento político y jurídico de la integración europea, conteniéndolo. Nos referimos así a la previsión de un mayor peso del Parlamento Europeo en la toma de decisiones de la Unión, junto con el fomento del principio democrático en Europa especialmente a partir de la institucionalización de una ciudadanía europea; además, el reconocimiento en los Tratados del principio de subsidiariedad (con la previsión, también, de la intervención de los Parlamentos nacionales en las tomas de decisiones a nivel europeo) y un mayor detalle en el alcance de las competencias/políticas de la Unión; la positivización del referido Derecho constitucional común europeo, en tanto que «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» en materia de derechos fundamentales y conforme al Convenio Europea para la Protección de los Derechos Humanos⁶⁸; y la extensión, en mayor o menor grado, de la acción europea en materias como inmigración o justicia, de indudable calado constitucional⁶⁹.

Pero con ello (el nuevo poder que asume la Unión Europea, con la correlativa pérdida que esto supone para los Estados miembros, junto con la re-

⁶⁵ En tal sentido, cfr. MEUNIER, S. y JACOBY, W., «Europe and Globalization», en *AAVV Research Agendas in European Union Studies: Stalking the Elephant*, EGAN, M.; NUGENT, N. y PATERSON, W. E. (edit.), Palgrave MacMillan, Houndmills, 2010, pp. 354 y ss.

⁶⁶ Al respecto de éstos, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El proyecto de Constitución europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 9 y ss.; y MANGAS MARTÍN, A., «Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996», asimismo *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 135 y ss.

⁶⁷ Respectivamente, GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», FIORE, F. (trad.), y HABERMAS, J., «Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm», CEPPA, L. (trad.), ambos en *AAVV Il futuro dellacostituzione... cit.*, pp. 339 y ss., y 369 y ss.

⁶⁸ Sobre los derechos fundamentales en Europa como factor de constitucionalización de la misma, vid. PIZZORUSSO, A. *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

⁶⁹ AA.VV. *El Tratado de Amsterdam*, OREJA AGUIRRE, M. (dir.), FONSECA MORILLO, F. (coord.), McGraw Hill, Madrid, 1998.

ferida institucionalización de contenidos constitucionales en los Tratados), dando lugar a una nueva concepción compartida del Derecho constitucional, de nuevo según las tesis de HÄBERLE; es decir, cómo en Europa el Derecho constitucional, de un lado, deja progresivamente de identificarse con los Estados, al extenderse al Derecho europeo, a la par que, de otro, el marco constitucional que finalmente ordena y limita el ejercicio del poder y determina el estatus de los ciudadanos europeos ya no se encuentra exclusivamente en los Derechos nacionales, al resultar compartido con el Derecho europeo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁰. Y al hilo de esto, el desarrollo de nuevas perspectivas del Derecho constitucional, en tanto que europeo ahora, y en el doble sentido de alcanzar tanto el Derecho de la Unión Europea, como el de los Estados miembros. Son así, por ejemplo, las tesis de PERNICE en torno a la idea del *multilevel constitutionalism* (1999)⁷¹; las de BALAGUER CALLEJÓN, acerca de la «fragmentación del poder constituyente» (2002)⁷²; o las de CRUZ VILLALÓN, sobre un hipotético «bloque europeo de la constitucionalidad» (2002)⁷³. Pero también, la consideración incluso de la integración europea desde el federalismo, con VON BOGDANDY⁷⁴, para llegar a afirmar la Unión Europea como un «orden federal» construido desde los Estados (en tanto que *abiertos y/o cooperativos*), a la que dotan de legitimidad (según WAHL, ahora)⁷⁵.

⁷⁰ HÄBERLE, P. por ejemplo «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», BALAGUER CALLEJÓN, F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 12 y ss.

⁷¹ PERNICE I.: «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703 y ss.; y, ulteriormente, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, núm. 5, 2002, pp. 511 y ss.

⁷² BALAGUER CALLEJÓN, F. «El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente», en AAVV *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente (I)*, ARAGÓN REYES, M.; JIMÉNEZ CAMPO, J. y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (presentación), Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 99 y ss. Asimismo, en esta línea, MUÑOZ MACHADO, S. *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 322 y ss.

⁷³ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004. Y en la órbita de tal concepción, también, BUSTOS GIBBERT, R. *La Constitución red: un estudio sobre la supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005, en especial pp. 177 y ss.

⁷⁴ Dado que garante de un orden colectivo, a la par integración política sobre un territorio y una ciudadanía; VON BOGDANDY, A., «The European Union as a Supranational Federation: A conceptual attempt in the light of the Amsterdam Treaty», *Columbia Journal of European Law*, núm. 6/1, 2000, pp. 27 y ss.

⁷⁵ WAHL, R., «¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, en especial pp. 117 y ss.

Sin embargo, una cosa era enunciar, prever y advertir cambios, y otra los cambios mismos que se desarrollan aceleradamente desde comienzos del Siglo XXI, y que encontrarían plasmación: de un lado, y dramáticamente, en los atentados del 11.S de 2001 (y más tarde, ya en Europa, el 11 de marzo de 2004 en Madrid, y el 7 de julio de 2005 en Londres), constatando el alcance de una nueva sociedad del riesgo global; de otro, la aparición de nuevas economías emergentes (fundamentalmente, las BRIC), amenazando el dominio económico norteamericano y europeo; más adelante, la todavía vigente crisis económica del 2007; y recientemente, la revolución ciudadana a través de las redes sociales como expresión de nuevas formas de conciencia y participación política (primavera de 2011)⁷⁶.

Sin duda, y a la sombra de los cambios que venían ya advirtiéndose a finales del Siglo pasado, la Unión Europea decidió progresar una vez más, cuantitativa y cualitativamente, en su integración política y jurídica a fin de atender a los nuevos retos que venía suponiendo la globalización (terrorismo, medio ambiente, tecnología e inmigración), programando su extensión a nuevos espacios geográficos (hasta llegar a los 27 Estados miembros actuales –28 con Croacia, para el 2013–, y aumentando así el conflicto propio de un mayor pluralismo en su seno) y materiales (afectando, por tanto, a cuestiones todavía más sensibles para el núcleo constitucional de los respectivos Estados miembros)⁷⁷. Pero con ello, confrontándose nuevamente con la necesidad/conve-

⁷⁶ Al respecto de esto último, vid. PRESNO LINERA, M. A., «El 15M y la democracia real», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 25, 2012, pp. 38 y ss.; también de interés, GUILLÉN LÓPEZ, E., «El 15-M desde la óptica del socialismo democrático», asimismo en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, pero ahora núm. 29, 2012, pp. 80 y ss.

⁷⁷ El proceso de integración europea, en sus inicios y en relación al mercado, ciertamente supuso una primera respuesta eficiente a una incipiente globalización, sin perjuicio de poder considerar, paralelamente, tal proceso de integración como motor mismo (o al menos catalizador) de aquélla (no se olvide cómo las Comunidades Europeas nacieron en torno al mercado, lo que ha dejado, a la postre, un poso economicista; cfr. MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 43 y ss.). Y es que mediante dicha integración europea unos pocos Estados, y en alto grado de homogeneidad económica, jurídica y política (inicialmente), consiguieron formar una masa crítica geográfica, demográfica, económica, política y jurídica suficiente como para competir con otros Estados (fundamentalmente, Estados Unidos, la URSS y Japón) y contrarrestar la acción de gigantescas corporaciones privadas que actuaban en el mercado internacional. Sin embargo, tras la caída del bloque soviético y conforme en el mercado global han aparecido nuevos Estados económicamente emergentes (los BRIC), a la par que dichas corporaciones han evolucionado en el ecosistema global, junto con el protagonismo alcanzado por los fenómenos anteriormente anotados (tecnología, terrorismo, clima e inmigración), se ha hecho necesario una ampliación tanto geográfica como sustantiva de la integración en Europa, según se advierte en atención a la progresiva reforma de los Tratados originarios llevada a cabo desde la década de los noventa del siglo pasado, hasta la actualidad. Al respecto

niencia de profundizar en la constitucionalización de la Unión Europea⁷⁸, para finalmente advertir, no obstante, su ulterior fracaso con ocasión de: la solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mas sin entrar inicialmente en vigor (Consejo de Niza, 2000); el malogrado Tratado por el que se establece una Constitución Europea, a pesar de sus deficiencias constitucionales (2004); y el reticente y limitado Tratado de Lisboa (2007)⁷⁹.

Al respecto de este último, y en cuanto que marco vigente del Derecho originario europeo (TUE, TFUE y CDFUE), hemos de señalar dos cuestiones. La primera es la contradicción que supone la huida en el mismo de todo elemento expresamente constitucional, como se planteaba en el anterior y malogrado Tratado constitucional, para luego finalmente recoger no pocos aspectos de él, como son (entre otros): la profundización, nuevamente, del principio democrático, y ello tanto en relación al Parlamento Europeo, colocándose en un nivel más cercano al Consejo (pero todavía a su rebufa), como respecto a los parlamentos nacionales (e incluso regionales), dándoles mayor protagonismo (a través de la subsidiariedad); el reconocimiento jurídico y normativo, por fin, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en la dicción del Tratado constitucional; una nueva y más definida sistematización de las fuentes del Derecho derivado europeo, aunque a medio camino entre las novedades que suponía el Tratado constitucional y el sistema preexistente;

de tal ampliación cuantitativa y cualitativa de la integración europea, su progresiva extensión a nuevos espacios, como su apertura a cuestiones más sensibles para el núcleo constitucional de los respectivos Estados miembros, no se ha producido sin embargo con la homogeneidad con la que inicialmente nació la integración europea, lo que, lógicamente, ha venido a aumentar el conflicto, dado el mayor pluralismo existente. A su vez determinados déficits de la integración europea, como el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales ante el emergente poder europeo, como sus carencias democráticas (que desde el inicio han venido siendo denunciados), si bien resultaban amortiguados por los sistemas constitucionales de los Estados miembros, resultan ahora potenciados dada la incidencia de la integración en aspectos más sensibles constitucionalmente, a la par que el Derecho constitucional de los Estados se muestra desdibujado por la acción del Derecho de la Unión Europea. Muestra de ello es, sin duda, la progresiva aparición al tiempo de conflictos constitucionales protagonizados por las jurisdicciones constitucionales nacionales ante el Derecho europeo (al respecto, por ejemplo, VECCHIO, F. «Un nuevo capítulo en la “saga” del “Data retention”: el Tribunal Constitucional de la República Checa declara la inconstitucionalidad de los actos de transposición de la Directiva 2006/24/CE», SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. –trad.–, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/12bisFVecchio.htm> –11/6/2012–).

⁷⁸ Por todos, sobre la necesidad de una Constitución para Europa en aquel momento, HABERMAS, J. en su clásico «Por qué Europa necesita una Constitución», *New Left Review*, núm. 11, 2001, pp. 5 y ss., en <http://www.newleftreview.es/?lang=es&issue=11> (05/02/2012).

⁷⁹ Para una crónica de este período, vid. MARISCAL, N., *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Tecnos, Madrid, 2010.

y la plena *comunitarización* del espacio de libertad, justicia y seguridad. Y en tal marco, que quepa reafirmarse una constitucionalización, aun limitada, del Derecho europeo⁸⁰.

La segunda cuestión que plantea el Tratado de Lisboa, no obstante ahora, es cómo los avances constitucionales y de mayor integración política que supone este Tratado (al margen, eso sí, de la rebaja de expectativas constitucionales que se venían planteando) parecen llegar tarde al entrar el Tratado de Lisboa en vigor (1 de diciembre de 2009) en un momento de crisis, no ya económica y global (la de 2007, todavía), sino financiera y específicamente europea (con el rescate de Grecia ya en mayo de 2010, y los de Irlanda, Portugal y España en noviembre de 2010, mayo de 2011 y julio de 2012, respectivamente), y que encuentra su origen, en gran medida, en la falta de integración financiera entorno al euro (según se ha adelantado)⁸¹: crisis, finalmente, no sólo económica, sino política, social y de valores (también, según se ha adelantado)⁸².

2.2. Momento actual, urgencia y cuestiones abiertas

Es de este modo que la apuesta de una mayor integración política, financiera y social en la zona euro tome de nuevo presencia, ante la referida situación de crisis en la que nos encontramos (nuevamente, *¡más Europa!*); y ello, y otra vez con HABERMAS, con el horizonte de una auténtica Constitución europea⁸³.

Cualquiera que sea la salida final del túnel en el que se encuentra la Unión Europea, lo que parece claro es la extrema urgencia y necesidad de una respuesta que suponga mayor integración; y consiguientemente, la correspondencia de que tal aumento de integración venga acompañada de mayores dosis de Derecho constitucional en el seno de los Tratados constitutivos de la Unión, a fin de contrarrestar la pérdida de poder que dicha integración haya de suponer para los Estados miembros, a la par que garantizar un gobierno más plural, democrático y social. Si sobre lo primero no tenemos duda, en razón a la extrema gravedad de la situación, sobre lo segundo, en cambio, está por ver, dada la deriva tecnócrata y ultraliberal que últimamente parece recorrer Europa, la desavenencia que entre

⁸⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., «La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 11 y ss.

⁸¹ Así lo destaca TAJADURA TEJADA, J. en su «Epílogo» a *El futuro de Europa (Luces y sombras del Tratado de Lisboa)*, Comares, Granada, 2010, pp. 119 y ss.

⁸² De interés, y desde la propia Unión Europea, el «Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030», presentado ya en mayo de 2010, en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Reflection_ES_web.pdf (4/3/2012).

⁸³ HABERMAS, J. «La crisis de la Unión Europea a la luz de una constitucionalización del Derecho internacional. Un ensayo sobre la Constitución de Europa», HERNÁNDEZ I DOBON, F. J. y HERZOG, B. (trad.), en *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 39 y ss.

los Estados miembros cabe apreciar, y las más que limitadas respuestas hasta ahora ofrecidas (en particular, en el Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011, y en los de 30 de enero y 1 de marzo de 2012 con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria –suscrito por los vigentes Estados miembros de la Unión Europea, salvo la República Checa y el Reino Unido–)⁸⁴. Y al hilo de lo anterior, también, la necesidad de consecuentes reformas constitucionales a nivel interno, a fin de compensar su estadio constitucional propio con la hipotética profundización de la integración europea⁸⁵, más allá, sin embargo, de las propuestas en torno a la constitucionalización de la conocida como «regla de oro» (al impulso de la reforma constitucional alemana de 2009⁸⁶, y el referido Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011) en relación a la limitación del gasto público (ya, el vigente art. 135 CE, a la vista de la reforma constitucional española de 27 de septiembre de 2011)⁸⁷.

No obstante lo anterior, y al día de hoy, se mantienen las previsiones de recesión económica⁸⁸, lo que va a poner en serias dificultades no sólo la materialización de los acuerdos más arriba referidos, sino la mera recuperación económica al tiempo, dada la más que limitada capacidad de reacción económica

⁸⁴ Un Tratado que, de un lado, tiene naturaleza de tratado intergubernamental, a fin de reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria, así como la coordinación de las políticas económicas de los Estados firmantes y la mejora de la gobernanza de la zona del euro (art. 1), y por tanto sin ser un Tratado modificativo del Derecho originario de la Unión; y de otro, refuerza la integración interestatal en relación a la disciplina presupuestaria, mas sin progresar en una auténtica y suficiente integración política, democrática y solidaria. Al respecto de dicho Tratado, vid. EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 125 y ss.

⁸⁵ En tal sentido, por ejemplo, RUBIO LLORENTE, F., «La constitucionalización del proceso de integración de Europa», *Revista de Occidente*, núm. 284, 2005, pp. 5 y ss.

⁸⁶ Entre otros, vid.: ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 10, 2010, pp. 40 y ss.; y BIFULCO, R., «Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?», *Rivista della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2011, <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/il-pareggio-di-bilancio-germania-una-riforma-costituzionale-postnazionale> (16/1/2012).

⁸⁷ Para una preliminar aproximación a dicha reforma, vid. la encuesta publicada en el núm. 93 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* de 2011, que, bajo el título de «La reforma del artículo 135 CE» (pp. 159 y ss.), recoge comentarios (en uno y otro sentido) de ÁLVAREZ CONDE, E.; ALBERTÍ ROVIRA, E.; ARAGÓN REYES, M.; BASTIDA FREJEDO, F. J.; CÁMARA VILLAR, G.; DE CARRERAS SERRA, F.; CASCAJO CASTRO, J. L.; DE ESTEBAN, J. y PÉREZ ROYO, J.; asimismo de interés, en dicho núm., RUBIO LLORENTE, F., «La reforma del artículo 135 de la Constitución» (pp. 204 y ss.). También, y en tono crítico, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española» (en prensa).

⁸⁸ Comisión Europea, «Interim Forecast. February 2012», en http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/pdf/2012/2012-02-23-interim-forecast_en.pdf (5/3/2012); o OCDE, «OECD Economic Outlook, May 2012», en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/oecd-economic-outlook-volume-2012-issue-1_eco_outlook-v2012-1-en (22/5/2012).

y social que aún se conserva (después de años de crisis) para hacer frente a dicha vuelta de tuerca; además, están las elecciones acaecidas en Grecia (mayo de 2012, y las ulteriores de 17 junio), y la todavía perspectiva *abierta* de una salida de ésta del euro (por cuanto que el referido pacto de gobierno en Grecia *alivia* ciertamente la situación, pero no la resuelve)⁸⁹; y por último, está la grave situación en la que se encuentra España, en especial con la crisis bancaria (con su rescate el 6 de junio de 2012)⁹⁰, y el riesgo cierto de su extensión a otros Estados (y en particular a Italia), y el colapso del euro (con las consiguientes consecuencias a nivel mundial, como se debatiera ya en la reunión del G-20 en Los Cabos –México–, 18 y 19 de junio). De ahí, y en particular tras las elecciones presidenciales francesas de mayo de 2012 (y a instancia también de Estados Unidos, ante el riesgo de entrar en recesión, y el propio Fondo Monetario Internacional), la apertura, parece, de un debate en Europa en torno a efectivas políticas económicas tendentes al crecimiento, así como en relación a una mayor integración bancaria, fiscal y financiera; un debate propiciado no sólo desde algunos de los Estados (en especial, Francia), sino desde la propia Unión (la Comisión), además de otras potencias (así, el recién referido G-20, en sus conclusiones)⁹¹. Y un debate del que trae causa ya ciertos acuerdos adoptados recientemente, como es el Pacto para el Crecimiento y el Empleo (Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012), y el impulso de una mayor integración bancaria para la zona euro (Cumbre de la Zona del Euro, de 29 de junio de 2012)⁹².

Ante tal marco (con todo), es que nos sigamos preguntando cómo afrontar entonces la integración europea en relación a la globalización y la vigente crisis; sin embargo, y volviendo al pasado, no está de más plantearnos nuevamente qué ha sucedido, para finalmente poder progresar (aun con viejas respuestas).

3. ¿QUÉ ES LO QUE HA PASADO PARA QUE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL EUROPEA NO HAYA AVANZADO AL RITMO DE LA GLOBALIZACIÓN?

Si la globalización viene de tiempo socavando la soberanía estatal y al propio Estado⁹³, también la concepción de Constitución ha entrado en crisis, por

⁸⁹ No en vano, a finales de julio de 2012 se ha vuelto a poner en la palestra tal posibilidad, ante las reticencias del FMI de continuar con las ayudas a Grecia; cfr. http://economia.elpais.com/economia/2012/07/22/agencias/1342957591_506071.html (27/07/2012).

⁹⁰ Si bien, finalmente, la petición se formalizaría a 25 de junio de 2012. Pero también, al poco tiempo, ante la necesidad de un nuevo rescate ante las dificultades de España para financiarse en los mercados secundarios a finales de julio de 2012.

⁹¹ http://g20.org/images/stories/docs/g20/conclu/G20_Leaders_Declaration_2012_1.pdf (27/6/2012).

⁹² Respectivamente, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press-data/es/ec/131399.pdf; y http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press-data/es/ec/131362.pdf (27/07/2012).

⁹³ Por todos, CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.

cuanto que históricamente construida en torno a aquél⁹⁴. Ante tal degradación del Estado y la Constitución se ha propuesto, entre otras respuestas, la constitucionalización de espacios superiores al Estado, como la mera extensión, de otro, de contenidos e instrumentos propiamente constitucionales a los mismos (desde dicha perspectiva, la necesidad de un *orden cosmopolita o global*)⁹⁵. En relación

⁹⁴ Ya, FERRAJOLI, L., *La sovranità nel mondo moderno (Nascita e crisi dello Stato nazionale)*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1997; y más recientemente, «La crisis de la democracia en la era de la globalización», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 37 y ss.

⁹⁵ Y ello no sólo profundizando en la eficiencia de los organismos internacionales ya existentes (reforzándolos al tiempo), sino en su diseño democrático con relación a los propios ciudadanos en la búsqueda de una mayor Democracia mundial. A estos efectos, se hace referencia a un nuevo concepto de ciudadanía capaz de compatibilizar la diversidad cultural y política, dependiendo del plano en que ésta se haga valer, como presupuesto, a su vez, de nuevas formas y niveles de gobierno y de una soberanía compartida en el marco de un constitucionalismo mundial. Entre otros, HELD, D., *La Democracia y el orden mundial (Del Estado moderno al gobierno cosmopolita)*, S. Mazzuca (trad.), Paidós, Barcelona, 1997 (y más recientemente, «Los principios del orden cosmopolita», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 133 y ss.); y JÁUREGUI, G., *La Democracia Planetaria... cit., passim*. Por otra parte, y en relación a dicha extensión de contenidos e instrumentos propiamente constitucionales a nivel internacional (y regional), según se ha adelantado, ciertamente cabría hoy hablar de un Derecho constitucional común en tanto que generalización (en mayor o menor grado) de valores democráticos y humanos en normas internacionales (y regionales); y ello, en particular, a la vista de la experiencia europea, en torno, precisamente, al referido «Derecho constitucional común europeo». Se plantea así un marco de valores constitucionales más allá de cada una de las Constituciones escritas y de la soberanía estatal: un nuevo constitucionalismo sin fronteras (de *pluralismo constitucionalizado* nos habla CHITI, M. P. en *Derecho administrativo europeo*, ORTEGA, L. –trad.–, Civitas, Madrid, 2002, p. 46), que rompe con el clásico binomio Constitución-Estado, y nacido de la interpretación comparada de los textos constitucionales e instrumentos internacionales en garantía y protección de los derechos humanos, y de unas tradiciones jurídicas y políticas culturalmente compartidas de las que cabe extraer *standars* comunes (nuevamente HÄBERLE, P. pero ahora *El Estado constitucional*, FIX-FIERRO, H. –trad.–, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 58 y ss., y 162 a 165). Sin embargo tal Derecho carece del sentido político constitutivo propio de las Constituciones normativas del siglo XX; no es que el Derecho constitucional común no posea cierto carácter político y democrático, sino que carece de la capacidad de ordenación, proyección y eficacia normativa que, aún con sus limitaciones, se sigue reconociendo todavía a la Constitución en la conformación política, jurídica y social de una comunidad. Así, acerca del déficit político de tal Derecho común, *vid.* FIORAVANTI, M. «Costituzione e política: bilancio di fine secolo», en AAVV *La nuova età delle costituzioni (Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale)*, ORNAGHI, L. (ed.), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 63 a 67; y sobre las «limitaciones del Derecho constitucional común europeo como instrumento de legitimidad», AZPITARTE SÁNCHEZ, M. «Del Derecho constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 358 a 360. Por último, de anarquía nos habla, al respecto de tal modelo, VESPAZIANI, A. en «Il nomos dell'anarchia europea», en AAVV *Poteri fluttuanti (Forme dell'anarchia contemporanea)*, Monceri, F. (ed.), Edizioni ETS, Pisa, 2011, pp. 151 y ss.

a lo primero⁹⁶, y junto a una hipotética constitucionalización de la comunidad internacional⁹⁷, sí que se ha progresado a nivel de espacios regionales más limitados, a la par que más homogéneos constitucionalmente (sin perjuicio de la ulterior conexión de tales espacios con la comunidad internacional, como ya acontece, en cierto grado, en relación a los derechos humanos)⁹⁸; y al hilo de ello, precisamente, la potenciación de la constitucionalización de la Unión Europea (conforme se ha apuntado en las anteriores páginas)⁹⁹, aun reconociendo como ésta no ha avanzado al ritmo que ha mantenido la globalización en la última década, además de advertir, incluso, su estancamiento en los últimos tiempos (conforme venimos asimismo comentando).

La progresión constitucional que ha acompañado la integración europea, si bien ha conseguido compensar, aun parcialmente, el aumento de poder político y jurídico de la Unión en relación al principio democrático, como respecto a la garantía de los derechos de los ciudadanos, no ha alcanzado, sin embargo, a cubrir el total del traspaso del poder transferido a ésta por los Estados; y ello, en particular, a la hora de articular adecuadamente un gobierno efectivo y plural de Europa y de los Estados miembros, desde el Consejo, pues éstos han mantenido una privilegiada posición allí, además de en relación a los propios Tratados (los *señores de los Tratados*)¹⁰⁰. Ahora bien, tal transferencia de poder de los Estados a la Unión ha debilitado finalmente la capacidad y el poder de aquéllos, como se está viendo en relación a la crisis de la deuda soberana de la zona euro; pero esto, sin que por otra parte haya dado lugar a suficiente poder en el seno de la Unión. Ciertamente puede afirmarse

⁹⁶ Entre otros, TEUBNER, G. «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory», Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876941 (05/02/2012).

⁹⁷ HABERMAS, J. especialmente: «¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 107 y ss.; «¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del Derecho internacional?», en *El Occidente escindido*, LÓPEZ DE LIZAGA, J. L. (trad.), Trotta, Madrid, 2006, pp. 113 y ss.; y «Constitucionalización del Derecho Internacional y problemas de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada», en *¡Ay, Europa!*, LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.; MADRIGAL, P. y GIL MARTÍN, F. J. (trad.), Trotta, Madrid, 2009, pp. 107 y ss. Pero dada la falta de presupuestos necesarios para ello (así, GIEGERICH, T. «The *Is* and the *Ought* of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a «Well Considered Constitutionalization of International Law»?», *German Law Journal*, Vol. 10, núm. 1, 2009, pp. 31 y ss.

⁹⁸ Así, GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, en especial Parte IV (pp. 445 y ss.).

⁹⁹ Magníficamente descrita por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. en «De la Constitución del estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en AAVV *La constitucionalización de la comunidad internacional*, PETERS, A.; AZNAR GÓMEZ, M. J y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 327 y ss.

así, y sin ningún género de duda, el progreso de la constitucionalización regional europea, mas con el precio de un debilitamiento de la normatividad de las Constituciones nacionales no compensado aún por una auténtica Constitución europea¹⁰¹.

Son tres, por tanto, las cuestiones que la anterior reflexión conlleva: la pérdida de poder público, tanto a nivel Europeo como estatal; el colapso de la gobernabilidad de la Unión Europea; y la pérdida de calidad normativa del Derecho constitucional y de la Constitución, asimismo a nivel europeo y estatal. Empezando por esta última cuestión, la tradicional flexibilidad del Derecho europeo, durante bastante tiempo, enarbolándose como eficiente respuesta ante la globalización, y viniendo, precisamente, si no a fomentar, sí que al menos a presuponer una mayor flexibilización del Derecho¹⁰²; es por ello que resulte oportuno reflexionar al respecto.

En esta línea, entendemos, cabe advertir un doble grado de flexibilización formal del Derecho europeo. De una parte está su sistema de fuentes (hasta la reciente entrada en vigor, finalmente, del Tratado de Lisboa), en cuanto que falto de la sistematización propia de ordenamientos fundamentados en Constituciones normativas (como sucede en buena parte de sus Estados miembros), lo que le ha permitido una fluidez en el uso y en el ejercicio de sus categorías, y con ello un mayor grado de adaptación a las necesidades y coyunturas de cada momento¹⁰³. De otro lado, y según lo

¹⁰¹ De «desnormativización» nos hablaba ya BALAGUER CALLEJÓN, F. nuevamente, pero en «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, ejemplar dedicado a: *XXV Aniversario de la Constitución (I)*, pp. 181 y ss.

¹⁰² Sobre los cambios que la globalización supone en los paradigmas clásicos del Derecho, vid., por ejemplo, GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

¹⁰³ Ello ha sido obra, de una parte, de los propios órganos productores de normas en el marco comunitario, el Consejo y la Comisión, esencialmente, al flexibilizar los procesos normativos según venían determinados por el Derecho originario, y del propio Tribunal de Justicia, al tiempo, al admitir la legitimidad que de tal flexibilización aquéllos han hecho gala, en especial con ocasión de las directivas y la comitología (entre otros, LINDE PANIAGUA, E. «El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», junto a BACIGALUPO SAGGESE, M.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. y FUENTETAJA PASTOR, J. A. en *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 405 y ss.). Pero además están los mismos Estados, en tanto que: integrantes de dichos órganos (en especial del Consejo); titulares del Derecho originario (en particular de los Tratados constitutivos y de las fuentes del Derecho previstas por éstos, por consiguiente), además de activos impulsores de acciones paralelas al Derecho de la Unión a fin de reforzar la cooperación entre los mismos en diversos espacios de la integración; y operadores coetáneos en la trasposición y aplicación del Derecho europeo a nivel interno. Otra cosa es, sin embargo, qué pueda pasar en el futuro a la luz del vigente sistema de fuentes del Derecho europeo diseñado en el Tratado de Lisboa, en el sentido de una mayor rigidez normativa en su realización de acuerdo a la acción de los actores más arriba referidos.

apuntado, está la flexibilidad normativa del Derecho europeo, al no distinguirse expresamente entre normas y actos; la diferenciación, luego, entre normas enteramente jurídicas en todo su contenido y para todos sus destinatarios, como son las que tienen su origen en los reglamentos o en las decisiones (y en parte, en los propios Tratados), y otras únicamente en relación a los Estados y respecto a los fines de integración, como son las que se encuentran en las directivas (en principio)¹⁰⁴; o la distinción entre normas en sentido estricto, y meros criterios normativos, dando lugar a un importante cuerpo de *soft law* de Derecho público a nivel europeo, e incluso otras meramente limitadas a prever, fomentando, la autorregulación y la normación técnica por los propios particulares¹⁰⁵.

Ahora bien, el éxito de tal flexibilización sólo se entiende, frente a la *facticidad* de la globalización¹⁰⁶, si junto al Derecho europeo se sitúan los Derechos de los Estados miembros y en particular sus Constituciones normativas, en un marco de cooperación ordinamental; y es que tanto el Derecho de la hoy Unión Europea, como los estatales, son Derechos parciales (según se ha adelantado), de manera que únicamente resultan completos en cuanto interactúan unos con otros. De este modo el Derecho Europeo, y con él su propia constitucionalización, es finalmente el resultado de ambos niveles ordinamentales, conformando, no obstante, una masa normativa de distintas intensidades: una más flexible, capaz de amortiguar, absorbiendo inicialmente, los empujones de la globalización; y otra de mayor dureza y rigidez (pero más frágil frente a un golpe directo de la globalización), capaz ahora de resistir tales envites una vez amortiguados por la primera. Así pues, entendemos, es la interacción de ambos Derechos, de diversa naturaleza y grado de flexibilidad y rigidez, lo que en verdad ha permitido, hasta no hace demasiado, resistir frente a la globalización; y consiguientemente, que el referido éxito del más *maleable* Derecho comunitario ante la globalización deba ser necesariamente compartido con los más *compactos* estatales¹⁰⁷.

Pero tal flexibilización del Derecho europeo, en sentido estricto, ha terminado por afectar negativamente tanto al mismo Derecho europeo, como a los estatales. En cuanto a éstos últimos, dicha flexibilización ha venido progresivamente penetrando en las categorías propias de los sistemas de fuentes

¹⁰⁴ Por ejemplo, vid. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

¹⁰⁵ En tal sentido, y con carácter general, vid. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2007, pp. 112 y ss., y 120 y ss.

¹⁰⁶ *Facticidad*, en su significación de realidad objetiva frente a *normativismo*; sobre tal oposición, vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez (Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso)*, JIMÉNEZ REDONDO, M. (trad.), 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, en especial p. 68.

¹⁰⁷ En un sentido similar, vid. también LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 45 (*in fine*) y 46.

de los Estados miembros¹⁰⁸, devaluando, al tiempo, la normatividad de estos sistemas al amparo, en su mayoría, de Constituciones normativas (y sus respectivos sistemas de fuentes)¹⁰⁹, con lo que el grado de resistencia que los Derechos estatales venían otorgando al Derecho europeo, en sentido amplio, ha dejado de ser tal. Y respecto al Derecho europeo, *stricto sensu*, su propia flexibilización dio lugar a una complejidad tal de su sistema de fuentes que ha terminado por reducir su referida eficiencia¹¹⁰. Paralelamente, el propio Derecho europeo, como los estatales, se encuentra con la necesidad de arbitrar modos de producción del Derecho más expeditivos en su tramitación, a fin de procurar una más rápida adaptación normativa a unos tiempos cada vez más acelerados según marca la globalización¹¹¹; y de ahí, a su vez, las dificultades que supone los procedimientos normativos europeos al requerir una multiplicidad de intervenciones institucionales, y por tanto requerir un tiempo del que no se dispone.

Además de lo anterior, la referida comunicación (diálogo) jurisdiccional que se plantea entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales¹¹², aunque en plena consolidación¹¹³, encuentra paradójicamente cada vez

¹⁰⁸ Sobre tal flexibilización, cfr. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, en especial pp. 394 y 395; asimismo, de interés, ROMANO, A., «El nivel constitucional y legal de las fuentes del derecho en los Estados de la Unión Europea», ARJONA SÁNCHEZ, M. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, *ab initio*, en http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/09_ROMANO.htm (27/07/2012).

¹⁰⁹ SORRENTINO, F., *Le fonti del diritto amministrativo* (en *Trattato di diritto amministrativo*, G. Santaniello –dir.–, V. XXXV), CEDAM, 2004, Padova, pp. 5 y ss.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, LINDE PANIAGUA, E., «La simplificación normativa en la Constitución Europea», en AAVV *La constitucionalización de Europa*, CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), Comares, Granada, 2006, pp. 71 y ss. Otra cosa es, nuevamente, qué pueda suceder en relación al sistema de fuentes de Derecho derivado de la Unión al amparo del Tratado de Lisboa, sin perjuicio de reconocer los efectos adversos de la anterior situación de flexibilidad respecto a los sistemas constitucionales internos.

¹¹¹ Y la tecnología; en tal sentido, ya, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Tecnología, Democracia y fuentes del derecho», en AAVV *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España (I)*, GARCÍA HERRERA, M. A. (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 467 y ss.

¹¹² Así, por ejemplo, AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002; o ALONSO GARCÍA, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas-Aranzadi, Navarra, 2005.

¹¹³ Desde tal perspectiva, cfr. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional (Bases, contenido y consecuencias)», *IndRET. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011, en http://www.indret.com/pdf/850_es.pdf (27/6/2012); también de interés, vid. AGUILAR CALAHORRO, A., «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea –Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/12AAGUILAR.htm> (27/6/2012).

más conflictos ante la comentada profundización de la integración europea en aspectos progresivamente más sensibles en relación a las Constituciones estatales, junto con la institucionalización de la garantía de las identidades constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE)¹¹⁴. Y en tal sentido, la conveniencia de volver a plantearnos la necesidad de un instrumento normativo que resuelva finalmente las relaciones entre el ordenamiento estrictamente europeo y los nacionales¹¹⁵, y con ello resolver, a su vez, las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales; Tribunales, estos últimos, a su vez más plurales y diversos ante el ingreso últimamente de Estados en la Unión menos homogéneos que los concurrentes al inicio¹¹⁶.

Por otra parte, respecto al colapso del sistema de la *gobernanza* de la Unión Europea, la actual crisis europea, y de manera particular la que vive Grecia y España, ha puesto de manifiesto la incapacidad de la Unión para actuar como tal, ante el estupor, incluso, del resto del mundo. Así, y en relación a Grecia, recuérdese cómo la cumbre del G-20 celebrada en Cannes (Francia) los días 3 y 4 de noviembre de 2011 resultó eclipsada por el referido anuncio griego de celebrar un referéndum en torno a las condiciones de un segundo rescate, de modo que (y al margen del desplazamiento de buena parte de su agenda de discusión): mientras que Francia, Alemania y la misma Comisión *invitaban* a Grecia a olvidar el referéndum, el resto de potencias económicas observaban atónitas la inhabilidad europea para resolver definitivamente la crisis griega; una crisis que, a su vez, se extendía al resto de Europa, para alcanzar luego cierto *remanso* tras el comentado Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011; pero mero *remanso*, al fin y al cabo, tras las también comentadas elecciones griegas de mayo de 2012, la ulterior incapacidad de formar gobierno (entonces), una nueva convocatoria electoral para el 17 de junio, y el temor de que, a la vista de aquéllas, Grecia se opusiera definitivamente a las condiciones de su rescate, con el riesgo de que finalmente ésta saliera del euro (arrastrando, potencialmente, las economías del resto de la zona euro, del resto de Europa, como del resto del mundo), sin perjuicio del alivio que ha supuesto, por ahora, tales resultados electorales a la vista del acuerdo de gobierno alcanzado a favor del rescate (mas planteando su renegociación).

¹¹⁴ Vid. VECCHIO, F., *Primato del diritto europeo e identità costituzionali*, Bonanno Editore, Acireale, 2011; y «Primacía del derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02_VECCHIO.htm (27/07/2012).

¹¹⁵ Así, ya, BALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en AAVV *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, GARCÍA HERRERA, M.A. (dir.), Universidad del País Vasco, 1997, pp. 593 y ss.

¹¹⁶ Al respecto, vid. ELÍAS MÉNDEZ, C., «La jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/01CElias.htm> (27/6/2012).

Y en cuanto a la crisis española (y paralelamente a lo recién referido), se advierte la extensión del aforismo de *a quién llamar por teléfono en Europa* (KISSINGER)¹¹⁷ al interno ahora de la propia Unión: las diversas posturas mostradas por las instituciones europeas (en especial la Comisión y el Banco Central Europeo), además de Francia y Alemania, en torno a la vigente crisis española, y las distintas solicitudes de ayudas desplegadas por el Gobierno de España a fin de contener la presión sobre la deuda soberana española (llegando incluso al Fondo Monetario Internacional y a la Administración norteamericana), son muestra de cómo un problema que amenaza de manera crítica toda la zona euro (e incluso, a nivel internacional) no encontraba ni una única respuesta, ni un único interlocutor.

Y es que los presupuestos sobre los que se fundamentan el gobierno de Europa (equilibrio institucional, a nivel interno, junto a integración y cooperación, en relación a los Estados) terminan por palidecer, a nivel político, cuando surgen graves problemas y el conflicto, connatural al pluralismo, aflora; la cuestión no es sólo ya qué se decida, sino también quién y cómo, pues lo cierto es que el reparto vertical y horizontal del poder en Europa parece responder en la actualidad más a una *hidra de múltiples cabezas*, que a un modelo adecuadamente articulado, diferenciado, eficiente y colaborativo del poder. Por tanto, resulta necesario un fortalecimiento de una mayor unidad de acción en el gobierno europeo, que permita respuestas políticas y jurídicas eficientes, efectivas y expeditas ante la realidad cambiante que supone la globalización, en general, y la crisis, en particular¹¹⁸. Mas ello, sin perjuicio de reconocer que tal fortalecimiento y profundización de la *gobernanza* europea ha de suponer mayor integración y transferencia de soberanía de los Estados a la Unión, y con esto mayores dosis de constitucionalización y democratización de Europa, pues sólo la intensificación constitucional y democrática de ésta podría compensar dicha transferencia en relación a las Constituciones nacionales¹¹⁹.

Y en cuanto a la pérdida de poder público a nivel Europeo y estatal, bien puede esgrimirse, con todo, que el nivel constitucional en Europa ha

¹¹⁷ Al respecto de este aforismo, *vid.* MEUNIER, S. y NICOLAÏDIS, K., «Who Speaks for Europe? The Delegation of Trade Authority in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, núm. 37/ 3, 1999, p. 478.

¹¹⁸ Así, en torno a las carencias del sistema de gobierno en Europa tras el Tratado de Lisboa, PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012, en especial pp. 164 a 165.

¹¹⁹ De alguna forma la muy criticada Sentencia *Lisboa* del Tribunal Constitucional alemán, de 30 de junio de 2009 (en atención a la lectura más restrictiva que ésta supone para el proceso de integración de Alemania en Europa; así por ejemplo, y entre otros muchos, HÄBERLE, P., «La regresiva ‘Sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht-II’ anquilosada», BALAGUER CALLEJÓN, F. –trad.–, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 397 y ss.), bien puede suponer, en contrapartida, un impulso a una mayor constitucionalización europea, dado que sólo mayores dosis de democracia y garantía de los derechos

crecido, pero no se ha conseguido constituir suficiente poder en ésta como para interactuar en relación al resto del mundo, como respecto a los mismos Estados miembros tanto a la hora de imponer medidas, como a la hora de garantizar una auténtica solidaridad interestatal. Es así que, y al momento de la crisis de la deuda soberana que se vive aun en la zona euro, ni la Unión, ni los Estados, posean instrumentos suficientes y adecuados como para solventar efectivamente la situación en la que nos encontramos. Tal vez, nuevamente, lo que ha pasado es que nos hemos olvidado de una base preexistente al momento de aprobarse el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos tras la Revolución Francesa (1789): que la limitación del poder ha de presuponer un poder efectivo y considerable a limitar¹²⁰. Ciertamente, la progresión constitucional en Europa y Occidente, y a pesar de las amargas crisis vividas, consiguió poner al Estado al servicio efectivo de las personas mediante el principio democrático, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, y el desarrollo de un modelo de protección y promoción social; en una palabra, se había conseguido domesticar constitucionalmente al Leviatán¹²¹. Sin embargo, y a la sombra de la globalización, este Leviatán domesticado se ha visto postergado por otras fuerzas ajenas al control democrático y jurídico constitucional; fuerzas que, sin embargo, han asumido parte del poder que ha escapado de los Estados una vez que han visto limitado su poder por y para las personas tanto a nivel nacional, como en el proceso de integración europea. Y ello, además, a la sombra de un sistema económico internacional marcado por la desregulación que, sin perjuicio de entrar en crisis, ostenta con todo la pretensión de determinar la agenda política de poderes públicos y democráticos¹²².

fundamentales en la Unión podría permitir mayores cesiones de soberanía nacional (en cierto sentido, la lectura más optimista de CANTARO, A. en «Democracia e identidad constitucional después de la ‘Lissabon Urteil’. La integración “protegida”», V. Faggiani –trad.– asimismo en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 161 y 162).

¹²⁰ Al respecto, GARCÍA HERRERA, M. A., «Vigencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: democracia e igualdad», en AAVV *Derechos humanos y Revolución francesa*, LETAMENDÍA BELZUNDE, F. y GARCÍA HERRERA, M. A. (coord.), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1991, pp. 9 y ss.

¹²¹ Sobre tal proceso, nuevamente GARCÍA HERRERA, M. A. pero ahora «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en AAVV *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Perfecto Andrés IBÁÑEZ (coord.), Trotta, Madrid, 1996, pp. 59 y ss. Asimismo, de interés, vid. RACIONERO CARMONA, F., *Antileviatán: la cultura de los Derechos*, Dykinson, Madrid, 2003.

¹²² De alguna forma, es como el principio de «conservación de la energía», pero ahora en relación al poder en cuanto que éste no desaparece, sino que se transforma, desplazándose a espacios menos controlados. Y de este modo que, con SALVADORI, M. quepa hablar de una oligarquía financiera controlando la democracia, y vaciándola así de contenido, en *Democrazie senza democrazia*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2011.

4. CONSIDERACIONES FINALES: QUÉ HACER; DE VUELTA A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Sin duda, la limitación constitucional horizontal y vertical del poder en la Unión Europea ha progresado tanto como para afirmar una auténtica garantía *multinivel* de los ciudadanos frente al poder público¹²³, aunque no en el mismo grado su legitimación y control democrático¹²⁴; e incluso, podemos afirmar un efectivo constitucionalismo cooperativo entre la Unión y los Estados miembros, si bien incapaz en la actualidad de dar respuesta a la crisis en la que se encuentra una y otros, a la vista de la debilitación de la normatividad de las Constituciones nacionales y sin la contraprestación de una verdadera Constitución europea (según se ha señalado más arriba), atenuado así la capacidad de los poderes públicos europeos (tanto estatales, como de la propia 5. Más bien, estamos en presencia de una constante búsqueda de instrumentos con los que mandar *mensajes* a un mercado financiero global, en vez de (intentar, al menos) articular auténticos mecanismos de control político y jurídico sobre el mismo.

Es por tanto que, sin perjuicio de no descuidar en ningún modo los niveles democráticos, jurídicos y sociales sobre los que se ha construido Europa¹²⁶, se debiera volver a *reconstituir* el poder, si bien: de un lado, procurando recuperar parte del poder perdido hasta ahora, para así reintegrarlo en el espacio público y democrático europeo; de otro, articulándolo de manera tal que alcance un gobierno democrático, adecuado y efectivo de una Europa plural y social, a la par que lo suficientemente expeditivo en su capacidad de decisión; y siempre, eso sí, garantizando no obstante un espacio a favor de los Estados, a la par que se ar-

¹²³ Entre otros: BALAGUER CALLEJÓN, F., «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 25 y ss.; BILANCIA, P. «Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos», asimismo en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pero ahora núm. 6, 2006, pp. 255 y ss.; o SCHILLACI, A. «Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea», RAGONE, S. (trad.), también en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/01_SCHILLACI.htm (27/07/2012).

¹²⁴ Así, RIDOLA, P., «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005, 21 y ss.

¹²⁵ Sobre el constitucionalismo cooperativo, y siguiendo en gran medida a HABERLE (mas advirtiendo los déficits de tal concepción respecto a la globalización): DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica (El Derecho ante la globalización)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 215 y ss. (en particular, pp. 222-224); y nuevamente RIDOLA, P. pero ahora «Profilo storico del costituzionalismo moderno», en *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli Editore G., Torino, 2010, pp. 25 y ss. (especialmente, p. 28).

¹²⁶ Sobre la necesidad de reforzar social y democráticamente Europa, vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derecho y Justicia en el ordenamiento constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/07FBalaguer.htm> (27/6/2012).

ticula una auténtica solidaridad entre los mismos (una Europa federal)¹²⁷. Se respondería, de este modo, a las funciones básicas a las que ha de tender toda Constitución (seguridad, justicia y legitimidad, según PECES BARBA)¹²⁸, y que hoy, en especial ante la crisis que vive Europa, no cabe apreciarse; y naturalmente, ello, desde una auténtica Constitución normativa europea, pues sólo con tal normatividad se podrá garantizar tanto la legitimidad democrática y pluralista del poder y su necesaria limitación (para que éste no sea omnímodo), a la par que un suficiente grado de densidad y cohesión del mismo como para que sea efectivo tanto a nivel interno de la Unión, como en relación a su acción exterior ante el resto de potencias, vigentes y emergentes (con unas BRICS, ahora, cada vez en mayor grado de cooperación), y frente al mercado en el actual contexto globalizado.

Cierto que una auténtica Constitución europea no dará satisfacción, por sí, a los retos que en relación a la globalización se viene de tiempo advirtiendo (como riesgos globales y control del desarrollo tecnológico, terrorismo y criminalidad globalizada, nuevos flujos migratorios y mayor desigualdad, el control del mercado y la especulación, o medio ambiente y cambio climático), al requerir respuestas globales y por tanto más allá de Europa; pero sí que potenciaría una mejor posición de ésta a la hora de articularse dichas respuestas a nivel internacional (global). Y tampoco, ciertamente, una Constitución europea garantiza una solución a la crisis de Europa, y en particular respecto a la deuda soberana en la zona euro, pero sí permitiría poseer mejores instrumentos políticos, jurídicos, financieros y económicos para atajarlas (y en su caso, evitarlas en el futuro), ante la limitación en la que hoy se mueven tanto los Estados, como la propia Unión.

Cierto es, asimismo, que diversos presupuestos clásicos para una Constitución en Europa siguen sin darse, como sería la existencia de un pueblo, y que la crisis está fomentando en diversos Estados una reacción frente a otros; mas, la necesaria solidaridad reclamada (en cuanto que auténtico deber jurídico y político, y no mera expresión de un voluntarismo pendiente de la oportunidad política)¹²⁹ bien puede ser motor, si no de un pueblo europeo, sí que

¹²⁷ Parecer contrario, en cambio, en HABERMAS, J.; BOFINGER P. y NIDA-RÜMELIN, J., «Por un cambio de rumbo en la política europea», Alborés Rey, J. (trad.), *El País*, 12 de agosto de 2012 (en http://internacional.elpais.com/internacional/2012/08/10/actualidad/1344624171_292393.html –12/08/2012–), a pesar de reclamar una mayor profundización constitucional (a nivel institucional y democrática) de Europa, ante la situación de extrema gravedad que de la crisis se advierte en el verano de 2012: «El Estado federal es un modelo erróneo y excede el grado de solidaridad admisible por pueblos europeos históricamente independientes».

¹²⁸ PECES BARBA, G., «Las funciones de la Constitución», en AAVV *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), Junta de Andalucía/Dykinson, Madrid, 2007, pp. 51 y ss.

¹²⁹ Sobre tal entendimiento de la solidaridad, por todos, DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994, pp. 10 y ss.

de una mayor interrelación entre ciudadanos de diversos Estados, a la par que la crisis potencia, cada vez más, un espacio europeo de opinión pública y debate político¹³⁰; nunca Europa ha estado tan pendiente de elecciones nacionales como hasta ahora (como las francesas o las griegas de mayo y junio de 2012), dada su ulterior repercusión para el resto de la Unión (también, las elecciones italianas y alemanas, previstas para 2013). Y cierto es, por último, que está por ver cómo pudiera ser tal constitucionalización final de Europa y en qué grado y extensión geográfica, de manera que quepa sospechar diversos niveles de constitucionalización en la Unión (como de hecho ya sucede en razón a la pertenencia, o no, a la zona euro), a la par que no cabe soslayar la dificultad misma de dicho proceso constitucional ante las reticencias ya manifestadas al respecto (recuérdese el fracaso del Tratado constitucional¹³¹, y el ulterior Tratado de Lisboa como respuesta¹³²)¹³³, y el riesgo de colapso que supone todo proceso constitucional ante su necesaria reforma (y es que tal hipotético proceso constituyente lo sería realmente de reforma, por cuanto que se partiría del estadio constitucional actualmente dado y de la relación y equilibrios de poderes ya existentes en Europa, de forma que dicho proceso constituyente/reformador supondría una reestructuración de tales relaciones y equilibrios, y de ahí, consiguientemente, las reticencias de unos frente a otros)¹³⁴.

Pero es que el *abismo* es excesivamente poderoso, y la amenaza de su arribada para Europa es tan evidente que no nos permite especular con un silencio de la Unión que la arrastre definitivamente al vacío. Lo que se plantea no es ya el progreso de la integración, sino su misma subsistencia¹³⁵; una sub-

¹³⁰ Acerca de dicho espacio, vid. BOSETTI, G., «Esiste un'opinione pubblica europea?», y OFFE, C. «Esiste, o può esistere, una "società europea"», GIALDRONI, A. (trad.), ambos en AAVV *Sfera pubblica e costituzione europea?*, Carocci Editore, Roma, 2002, pp. 49 y ss., y 95 y ss. (respectivamente).

¹³¹ HÄBERLE, P., «Consecuencias jurídicas y políticas del doble 'no' francés y holandés a la Constitución Europea», FUENTES OSORIO, J. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 431 y ss.

¹³² Nuevamente HÄBERLE, P. pero ahora «El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007», BALAGUER CALLEJÓN, F. (trad.), también en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, 2008, pp. 11 y ss.

¹³³ En torno al debate sobre la ratificación prevista para tal Tratado, y sus propósitos y dificultades, vid. LÓPEZ CASTILLO, A., «A propósito del proceso de ratificación del *Tratado Constitucional* de la Unión Europea», en AAVV *La Constitución de la Unión Europea*, CLOSA MONTERO, C. y FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 165.

¹³⁴ Sobre las paradojas que supone la necesidad de reforma constitucional, por todos, ZAGREBELSKY, G., «I paradossi della riforma costituzionale», en AAVV *Il futuro della costituzione... cit.*, pp. 293 y ss.

¹³⁵ No en vano, una hipotética salida del euro de Grecia (lo cual se postula al momento de escribir estas páginas –25/05/2012–), arrastraría muy posiblemente a otros Estados ya intervenidos, como Irlanda, Portugal y España, o en graves dificultades económicas, como

sistencia, por su parte, condicionada a una efectiva profundización política, democrática, jurídica, social y económica articulada mediante una Constitución normativa que garantice dicha integración, como la posición de los Estados (aun disminuida) y la de los ciudadanos, como fundamento último de ésta, a la par que garante de un diseño del ejercicio de poder capaz de actuar lo suficientemente rápido como para satisfacer el interés general y unitario de la Unión, como el plural de los Estados y de los pueblos que integran la Unión, ante una realidad cambiante y exigente de expeditivas respuestas. Y en tal sentido que nos volvamos a plantear, además, la necesidad de una racionalización del sistema político en Europa (cómo no, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH)¹³⁶, ante el riesgo, si no de vacío del poder político¹³⁷, sí que de inoperancia e ineficacia del mismo; una racionalización, entiendo, que ha de suponer una mayor y efectiva capacidad de decisión a nivel europeo frente a ésta (y otras y futuras crisis), mediante instrumentos y recursos propios de la Unión, a la par que más solidarios con los Estados y los ciudadanos que la integran¹³⁸.

Italia y Bélgica, lo que finalmente pondría en *jaque mate* no sólo la aventura del euro, sino la misma integración europea. No obstante, también cabría plantearse una *otra* configuración del euro, en torno a Alemania y otras economías del norte que aún se mantienen fuertes (y una vez excluidas las economías periféricas, más débiles); mas ello, claro está, si es que dichas economías pudieran efectivamente mantenerse ante un mercado ahora más limitado. También, para este último caso, habría que plantearse si tiene entonces sentido permanecer en Europa; del ¡más Europa!, se estaría pasado al ¿más Europa?

¹³⁶ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del derecho constitucional*, ÁLVAREZ GENDIN, S. (trad.), Editorial Reus, Madrid, 1934.

¹³⁷ Como el que ha planeado en Grecia tras las elecciones de mayo, la incapacidad política de formar gobierno, la convocatoria de nuevas elecciones en junio y el riesgo de unos nuevos resultados electorales que reproduzcan una falta de mayorías suficientes, sin perjuicio de que, tras las referidas elecciones de 17 de junio de 2012, finalmente se haya alcanzado un gobierno de coalición (según se viene indicando).

¹³⁸ Al respecto, sin duda, la justificación que presenta HAMILTON, A. respecto a los impuestos federales desde el principio de solidaridad, y en relación a una «Defensa común», junto a MADISON, J. y JAY, J. en *El federalista*, VELASCO, G.R. (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1943 (5ª reimp., 1994), pp. 96 y ss. Desde luego, lo que no cabe es solidaridad a cambio de soberanía, sin más (la solidaridad tiene un precio): lo que la solidaridad ha de suponer es una mayor responsabilidad ante Europa (y a nivel interno-nacional, en especial de aquéllos que han originado la situación de necesidad, en su caso), pero no la excusa (sobre todo, al tener que ser solicitados los mecanismos de solidaridad, ahora) para una reducción de la soberanía de un Estado sin el consiguiente traspaso democrático a la Unión; y es que tal aproximación a la solidaridad nos recuerda más a un añejo concepto de «caridad», en el que quien necesita se ha de humillar pidiendo, y el que da, desde la superioridad que le supone el poder dar, determina a aquél cómo y en qué se lo ha de gastar. Al contrario, la solidaridad es un principio que ha de actuar de manera cuasi-automática, de forma que ante la necesidad de uno, el grupo actúe rápidamente no sólo en interés de aquél, sino del propio grupo en su conjunto. De este modo la solidaridad no sólo refuerza la idea de integración (en su sentido más *smendiano*), sino también la percepción que desde

Sin duda, el *abismo* ante el que se encuentra la Unión Europea evidencia la excepcionalidad y la inmediatez de las respuestas¹³⁹, lo que sin embargo dificulta entablar un proceso de reforma pausado de los Tratados constitutivos; y de ahí, claro está, que entendamos justificadas réplicas que, sin obviar a medio plazo dichas reformas (y paralelamente)¹⁴⁰, procedan a buscar medidas más aceleradas destinadas a salvar Europa de la crisis (o al menos, contenerla). En tal contexto entendemos la viabilidad de respuestas como el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (los referidos Consejos Europeos de 8 y 9 de diciembre de 2011, y de 30 de enero de 2012), pues aunque limitado a reforzar la integración interestatal en relación a la disciplina presupuestaria, y sin progresar en una auténtica integración política, democrática y solidaria (lo que no compartimos), procuran una respuesta plausiblemente más rápida a la vista de su procedimiento de ratificación y entrada en vigor (art. 14)¹⁴¹; otra cosa es, claro está, si la mayor rapidez de dichos mecanismos es suficiente ante la inmediatez de la exigencia de respuestas que cabe hoy apreciar ante la crisis, y por tanto, y por qué no, la hipótesis de otros instrumentos a modo de un Derecho de excepción europeo ante la situación de emergencia en la que se encuentra tanto la Unión, como algunos de sus Estados ante la dificultad de acudir a los mercados internacionales a fin de conseguir financiación, y el riesgo cierto que ello conlleva para todos en relación a la pervivencia de los presupuestos jurídicos y políticos que los identifican como sistemas democráticos y de Derecho¹⁴².

fuera se tenga sobre la cohesión y la fuerza del grupo (de la Unión); esto sí que es, a nuestro entender, un buen mensaje a mandar a los mercados, y no el espectáculo de debates sin respuestas claras, mientras la situación de necesidad de alguno se agrava.

¹³⁹ A fecha de 12 de junio de 2012, la Directora del Fondo Monetario Internacional, en una entrevista a la cadena CNN, hablaba de un plazo de 3 meses en relación a la toma de medidas respecto a la zona euro; en http://economia.elpais.com/economia/2012/06/12/actualidad/1339470968_711061.html (13/06/2012).

¹⁴⁰ Es así que el fin de una definitiva integración constitucional de Europa a largo plazo nos resulte excesivo, por cuanto que la aceleración de los tiempos que marca la globalización impide seguir postergándola. Es demasiado el tiempo que se ha perdido en estos años; un tiempo, por tanto, del que ya no disponemos.

¹⁴¹ Al respecto, vid. CLOSA, C. «Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro», Real Instituto Elcano, ARI 15/2012-7/03/2012, en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/organismos+internacionales/ari15-2012 (11/4/2012).

¹⁴² Como de hecho ya ha acontecido en relación a la compra por el Banco Central Europeo de deuda de Estados miembros, aun en el mercado secundario, a fin de rebajar la prima de riesgo de éstos y facilitar la capacidad de los mismos para su financiación crediticia durante el mes de agosto de 2011 (sin perjuicio, luego, de su negativa a tal compra ya en verano de 2012, y las graves dificultades de España e Italia para financiarse en los mercados, pareciendo abocarlos así a un rescate imposible). No en vano, si tradicionalmente

Para finalizar, una solución, la de una Constitución en última instancia para la Unión Europea (*¡más Europa!*), que supone volver a la historia misma del desarrollo constitucional en Europa¹⁴³, pero más allá, eso sí, de su identificación estatal, para progresar en su articulación social, democrática y federal en la Unión¹⁴⁴. Sólo a partir de ahí cabría ahora postular nuevas perspectivas en relación a cómo solventar los déficits y retos ante los que se encuentra el constitucionalismo ante la globalización desde Europa¹⁴⁵. Lo demás sería rendirnos a una realidad que norma (en vez de normar la realidad), y volver a estadios constitucionales pasados, limitándose a un constitucionalismo débil y oligárquico; un constitucionalismo que a nivel de Europa supondría un Derecho constitucional europeo al servicio de unos frente a otros, y del mercado ante las personas, en vez de garantía del pluralismo y cauce pacificador del consiguiente conflicto; y una constitucionalización que, aunque reconocible al día de hoy (finalmente), se muestra inoperante ante la crisis y la globalización, y por tanto en decadencia (*¿más Europa...?*; y entonces, *¿para qué y quiénes?*).

el Derecho de excepción se ha planteado, en el marco del constitucionalismo, en relación al mantenimiento del sistema político y de la normalidad constitucional ante riesgos naturales y ataques a la seguridad pública y la defensa nacional, no habría que descartar el riesgo que para tal normalidad constitucional y los derechos de las personas supone ciertas situaciones de gravísimas crisis económicas (como la que vivimos), en las que se llega a plantear la pervivencia del modelo político, jurídico, social y económico. Ya, sobre la necesidad de reflexionar sobre un Derecho de excepción a nivel europeo, vid. FAGGIANI, V. «Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/05_FAGGIANI.htm (27/07/2012).

¹⁴³ Cómo no, sobre tal tradición, FIORAVANTI, M., *Constitución (De la antigüedad a nuestros días)*, MARTÍNEZ NEIRA, M. (trad.), Trotta, Madrid, 2001, pp. 142 y ss.

¹⁴⁴ Ya, MORELLI, U., «La Constitución europea. El modelo federalista», CUAUTLE RODRÍGUEZ, E. (trad.), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, 2006, pp. 723 y ss.

¹⁴⁵ Nuevas perspectivas que, conforme se indicó anteriormente, requieren también de reformas constitucionales en el seno de los Estados miembros, pero no ya simplemente para solventar inconstitucionalidades inmediatas entre los Tratados originarios de Europa y las respectivas Constituciones, sino desde una visión políticamente más global en relación a las mismas Constituciones nacionales, en su conjunto, como en relación al proceso de integración europea.

CONSTITUCIÓN
Y DERECHO
INTERNACIONAL

Transformaciones en la concepción iusinternacionalista del Estado constitucional en un contexto de globalización de la justicia penal internacional

Daniel García San José

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: Se aborda un tema clásico desde una perspectiva novedosa: la conceptualización en Derecho Internacional del Estado constitucional en un marco jurídico en el que los atributos inherentes a la soberanía estatal interactúan con las obligaciones imperativas relativas a la represión y castigo de los autores de graves crímenes contra el Derecho Internacional. Desde esta aproximación se defiende la tesis de que se está postulando desde los últimos años un concepto de Estado constitucional, de validez universal, sustentado sobre el triple eje de la legitimidad de los gobernantes, la intangibilidad de los derechos humanos fundamentales y la rendición internacional de cuentas.

Palabras clave: Soberanía, Estado Constitucional, Justicia Penal Internacional, Derechos Humanos, Gobernanza.

Abstract: *In these pages we face a classical topic from a new approach: the concept of constitutional State under International Law where the power inherent to sovereignty are to be exercised at the same level than the imperative duties for States to prosecute and punish those authors of international crimes. Under this approach, it is defended the thesis that the concept of constitutional state worldwide postulated in the latest years is based upon a three-pillar-idea of legitimacy, intangibility and accountability.*

Key words: *Sovereignty, Constitutional State, International Penal Justice, Human Rights, Governance.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Un tema clásico objeto de relectura: la soberanía estatal.—3. El contexto de obligaciones imperativas para los Estados en materia de represión y sanción de los graves crímenes contra el Derecho Internacional.—3.1. Los antecedentes lejanos.—3.2. Los antecedentes recientes.—3.3. Significado y alcance de la justicia penal internacional en un proceso de reconstrucción internacional de un Estado constitucional.—4. Los vectores de un nuevo paradigma internacional de Estado constitucional.—4.1. La legitimidad de los gobernantes (*legitimacy*).—4.2. La intangibilidad de los derechos humanos fundamentales (*intangibility of human rights*).—4.3. La rendición internacional de cuentas (*accountability*).—5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En estas páginas se aborda un tema clásico pero desde una perspectiva novedosa: la conceptualización en Derecho Internacional de un modelo de Estado constitucional en el que el papel de la soberanía ha de ejercerse en un contexto de obligaciones imperativas para los Estados en materia de represión y sanción de los graves crímenes contra el Derecho Internacional. Desde esta perspectiva, la tesis que defiende es que se asiste a una relectura de este concepto a partir de un triple eje: a) la legitimidad de los gobernantes (*legitimacy*); b) la intangibilidad de los derechos humanos fundamentales (*intangibility*); c) la rendición internacional de cuentas (*accountability*).

2. UN TEMA CLÁSICO OBJETO DE RELECTURA: LA SOBERANÍA ESTATAL

En un medio social escasamente vertebrado y poco institucionalizado como es la sociedad internacional, la soberanía de los Estados sigue siendo un principio constitucional¹. La sociedad pos internacional², mucho más compleja e insegura que la anterior a los atentados del 11 de Septiembre de 2001, no ha supuesto un cambio de ruptura con los paradigmas de sociedad-comunidad internacionales pasados sino una constante de cambio y permanencia de manera que hoy día es posible identificar, siguiendo al profesor Carrillo Salcedo hasta tres concepciones de la sociedad internacional según que ésta se constituya en función de una simple yuxtaposición de Estados soberanos, del reconocimiento de la existencia de unos intereses comunes de los Estados o, por último, de una organización internacional diferenciada, esto es, de la cooperación permanente e institucionalizada entre los Estados³.

Así pues, en el mundo globalizado en que vivimos, el paradigma de sociedad internacional coexiste con el de comunidad internacional. Ahora bien, para que exista una comunidad internacional es indispensable la presencia de intereses comunes así como un patrimonio común de valores. En este sentido, uno de los indicios que mejor reflejan la idea de comunidad internacional pos contemporánea es la nueva concepción de la soberanía que se hace responsable. El antiguo Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, en su informe *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y*

¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 20.

² IBÁÑEZ MUÑOZ, J., «La sociedad pos internacional», GARCÍA SEGURA, C., VILARIÑO PINTOS, E. (Coords.), *Comunidad Internacional y Sociedad Internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Centro de Investigación para la Paz, Guernica, 2005, pp. 119 a 130.

³ CARRILLO SALCEDO, J. A., «La Comunidad internacional entre la ilusión y la Historia», CASADO RAIGÓN, R., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (Coords.), *Personalidad y capacidad jurídica*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, p. 290.

derechos humanos para todos, de 21 de marzo de 2005, lo ponía de manifiesto al señalar que la nueva lectura de la soberanía –coherente con esta idea de comunidad internacional– exigía:

«la rendición de cuentas de los Estados ante sus ciudadanos, de los Estados entre sí, de las instituciones internacionales ante sus miembros y de la presente generación ante las generaciones futuras.»⁴

La rendición de cuentas supone, así pues, la asunción de obligaciones de cada Estado con sus ciudadanos, con otros Estados, con el conjunto institucionalizado de Estados en Organizaciones Internacionales, y con las generaciones futuras que habrán de reemplazarnos en el tiempo. Desde esta relectura de la soberanía, ésta se ha puesto en cuestión en su dimensión tradicional respecto de los conocidos como «Estados fallidos» carentes, en muchas ocasiones, de todo tipo de organización política y con desplazamientos masivos de poblaciones que buscan refugio en otros Estados⁵. Igualmente, y de un modo más general, la nueva lectura de la soberanía podría servir en potencia para cuestionar la posición de autosuficiencia de cualquier Estado del planeta⁶. En resumen, frente a un modelo clásico de análisis formalista-descriptivo de la soberanía estatal, parece insistirse ahora desde un prisma diferente que pudiera denominarse funcionalista–conceptual, en formular la pregunta: «¿qué es un Estado soberano?» Subyacente a esta pregunta se encontraría, al igual que en la aproximación tradicional, una premisa: la soberanía estatal no sería, hoy día, tanto un estatuto espacial y temporal como una actitud vital que, por ejemplo, exigiría no hacer derivar automáticamente la plena personalidad jurídica y capacidad de obrar en el ámbito internacional de tener un territorio, un gobierno efectivo y una población. En otras palabras, desde esta perspectiva funcionalista–conceptual de la soberanía estatal, habría que prestar atención no solo al cumplimiento formal de unos requisitos sino al ejercicio de unos derechos y deberes derivados del estatus internacional que presuponen dichos requisitos.

La relectura de la soberanía como *soberanía responsable* en una perspectiva esencialmente funcional conlleva el hecho de que los propios Estados soberanos aparezcan, cada vez más, en el doble papel de instituciones de au-

⁴ NACIONES UNIDAS, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, informe del Secretario General de Naciones Unidas de 21 de marzo de 2005, parágrafo 22.

⁵ MÁRQUEZ BOTELLA, D., RUILOBA GARCÍA, E., TORRES CAZORLA, M^a. I., GARCÍA RICO, E., MARTÍN MARTÍNEZ, M., SALINAS DE FRÍAS, A., RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «Los sujetos del Derecho internacional en un mundo en transformación», *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI, XX Aniversario de la Facultad de Málaga*, Málaga, 2002, pp. 491 y 493.

⁶ Como lo expresó el Secretario General de Naciones Unidas en su referido informe de 21 de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Parágrafo 24 del Informe, Doc. A/59/2005.

toridad (en términos de jurisdicción interna) y de agentes de garantía del cumplimiento de referencias normativas internacionales, cuyos poderes se encuentran desde el principio definidos en función del cumplimiento del interés de la Comunidad Internacional en su conjunto⁷. De nuevo en esta relectura de la soberanía, la rendición de cuentas deviene esencial⁸. La idea de la soberanía responsable en la que el principio de la rendición de cuentas deviene esencial me parece más idónea para el momento actual de las relaciones internacionales que otras relecturas de esta institución, como la sostenida por parte de la doctrina estadounidense al defender el concepto de la *soberanía desagregada*. Este nuevo modelo de soberanía sustentado sobre el paradigma liberal del *laissez-faire, laissez-passer* y sin ninguna fuerza constriñente más que la de la propia autorregulación del sistema, es caracterizado como

«la capacidad de participar en instituciones internacionales de todo tipo, en un esfuerzo colectivo para tratar problemas globales y regionales junto a sus contrapartes a nivel nacional y supranacional. La clave está en la interdependencia: que se refiere a una condición general en la que los Estados son mutuamente dependientes y vulnerables a lo que los otros Estados hacen (tradicionalmente como una separación, autonomía) y ahora como conexión, interacción. La soberanía como autonomía no tiene sentido. La nueva soberanía es estatus, «membership» pertenencia a algo, formar parte de algo, conexión al resto del mundo y la capacidad política para ser actor en el mismo.»⁹

Frente a cualquier crítica que apunte al riesgo de que desagregar el Estado y la concesión de un margen de soberanía a sus componentes debilitaría al Estado, autores como la profesora Slaughter, han reaccionado señalando que producirá el efecto contrario:

«Aumentará el poder del Estado como primer actor en el sistema internacional. Dando a cada institución gubernamental una medida de autoridad legítima bajo el Derecho internacional, acompañado de deberes, marca a los agentes gubernamentales como distintivo en unas políticas de redes más amplias y permite al Estado extender su alcance».¹⁰

Quizá, consciente de la fragilidad de la propuesta avanzada, la propia autora advierte el que parece ser su «talón de Aquiles» al señalar que:

⁷ PUREZA, J. M., *El patrimonio común de la Humanidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 381.

⁸ NACIONES UNIDAS, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, op. cit., parágrafo 22.

⁹ SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 267.

¹⁰ *Ibidem*, p. 269.

«Para ser efectivo, sin embargo, tendría que ser un orden mundial justo, tan inclusivo, respetuoso, tolerante e igualitario como sea posible.»¹¹

La realidad de los últimos años mostró –especialmente durante la presidencia de G. W. Bush– que los Estados Unidos en su nuevo papel de *hegemón* pretendieron alterar el orden internacional en cuatro aspectos, señalados por la profesora García Segura¹². En primer lugar, se buscó cambiar el propósito moral de la estructura constitucional basándolo en razones que sólo obedecen a las ideas y a los intereses estadounidenses y elevando a valores universales los propios, sin consenso y con carácter excluyente. A partir de ahí se ha tratado de modificar la identidad de los actores legítimos: ya no son los Estados sino los actores que se conforman a los valores estadounidenses. En segundo lugar, se proclamó el principio de la soberanía limitada, según el cual, la soberanía deja de ser consustancial al Estado y pasa a ser un atributo que depende de la relación de los Estados con el hegemón. En tercer lugar, se alteraron los principios y normas de conducta correcta de los Estados en la esfera internacional, ampliándose los supuestos de recurso al uso de la fuerza por parte de los Estados: guerras justas, legítima defensa preventiva y legítima defensa anticipatoria. En cuarto lugar, finalmente, Estados Unidos despreciaron dos de las instituciones básicas de la sociedad internacional: el multilateralismo y el Derecho internacional.

En mi opinión, la soberanía estatal –en su nueva relectura como soberanía responsable– sigue constituyendo la piedra de toque del orden internacional legal, legítimo y eficaz, que el Derecho internacional debe contribuir a establecer en nuestros días. De este modo, el tradicional sistema sustentado sobre la soberanía estatal seguirá siendo, para los que no comparten las tesis neoliberales del Derecho Internacional, el sistema más realista para tratar las desigualdades que aún perduran entre los participantes en las relaciones internacionales¹³, aunque –como propone el profesor Pureza– redefiniendo la soberanía estatal en una perspectiva esencialmente funcional. De esta manera, los Estados soberanos aparecerían, cada vez más, en el doble papel de instituciones de autoridad (en términos de jurisdicción interna) y de agentes de garantía de cumplimiento de referencias normativas internacionales¹⁴, como las que se refieren a la represión y sanción de los graves crímenes contra el Derecho internacional.

¹¹ *Ibidem*, p. 271.

¹² GARCÍA SEGURA, C., «Sociedad internacional o desorden mundial después del 11 de septiembre de 2001», *Comunidad Internacional y Sociedad Internacional después del 11 de septiembre de 2001*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹³ KINGSBURY, B., «Sovereignty and Inequality», *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, p. 625.

¹⁴ PUREZA, J. M., *El Patrimonio Común de la Humanidad*. *Op. cit.*, p. 381.

3. EL CONTEXTO DE OBLIGACIONES IMPERATIVAS PARA LOS ESTADOS EN MATERIA DE REPRESIÓN Y SANCIÓN DE LOS GRAVES CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

3.1. Los antecedentes lejanos

En el contexto de creciente institucionalización y de humanización que el orden internacional contemporáneo parece venir experimentando desde hace años¹⁵, de forma evidente, al menos, en dos sectores del Derecho internacional: el Derecho internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos, se enmarcaría el reconocimiento de la legitimación activa y pasiva de la persona humana ante órganos internacionales de carácter jurisdiccional en relación con las disposiciones contenidas en los sectores normativos del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Este proceso de humanización del Derecho internacional no habría avanzado, sin embargo, a un ritmo idéntico en ambos sectores normativos¹⁶, siendo posible comprobar cómo el Derecho internacional humanitario ha enfatizado más la legitimación pasiva de los individuos, codificando la responsabilidad penal individual frente a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Una posible explicación de carácter histórico la ofrecía Von Der Heydte cuando examinaba los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio como un desarrollo del proceso de proscripción de la guerra iniciado en 1928 con el Pacto Briand-Kellog. En virtud de dicho Pacto, se preveía una sanción para el Estado que decidiera recurrir a la guerra como instrumento de su política nacional: el ser declarado fuera de la ley. Dicha sanción fue completada más tarde en 1932 por la doctrina Stimson, promovida por el Secretario de Estado norteamericano a quien debe su nombre y según la cual, los Estados Unidos no reconocerían títulos o derechos pretendidos, adquiridos en violación del Pacto Briand-Kellog, del Pacto de la Sociedad de Naciones o de otros tratados. Como recuerda Von Der Heydte, se estimó necesario que ambas tentativas desesperadas por hacer valer el Derecho de Gentes contra el poder absoluto de los Estados totalitarios para los cuales todo derecho no era más que un instrumento de poder, fueran completadas con una tercera sanción.

Así, en virtud del *Acta de Londres* de 8 de agosto de 1945, con el castigo a los grandes criminales de guerra, la tercera sanción consistiría en una responsabilidad personal de los órganos estatales al lado de la responsabilidad general

¹⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 13-14.

¹⁶ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 143.

del Estado¹⁷. De este modo, la mayor accesibilidad de los individuos en su dimensión pasiva ante jurisdicciones internacionales se explicaría porque más que reconocer una subjetividad internacional del individuo, en los Tribunales Internacionales Penales (los referidos de Nuremberg y Tokio) se reconocía internacionalmente la legitimación pasiva del individuo en tanto en cuanto que éste estaría representando al Estado cuya sanción se pretendía¹⁸. Esta explicación no encuentra, sin embargo, apoyo en el fallido proyecto de Gustave Moynier de creación de una institución internacional encargada del juzgamiento y castigo de los responsables individuales de violaciones de la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864, relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña¹⁹. En dicho proyecto de Tribunal Internacional Penal los individuos no representaban al Estado por lo que, como reconocía el propio Moynier, «éstos nunca serían directamente encausados»²⁰. No se pretendía, así pues, añadir una sanción al Estado que hubiera permitido, con ocasión de un conflicto armado, la violación de la Convención de Ginebra de 1864 sino castigar a individuos concretos por la violación de ciertas normas internacionales del Derecho de la guerra consideradas de especial trascendencia. Una idea civilizadora y progresista para una sociedad internacional en la que los Estados eran considerados como los únicos sujetos del Derecho internacional²¹ y por tanto, los únicos responsables y legitimados para exigir responsabilidad a otros Estados.

¹⁷ VON DER HEYDTE, F. A., «L'individu et les Tribunaux Internationaux», *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 107, 1962, pp. 349-350.

¹⁸ *Ibidem*, p. 351.

¹⁹ El proyecto tras ser presentado ante el Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra el 3 de enero de 1872 apareció publicado en el que era el correo oficial de esta institución (el *Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, nº 11, abril de 1872, pp. 12-131). No se trataba de un auténtico tribunal internacional penal, permanente y pre constituido sino de un tribunal arbitral que habría de constituirse para cada conflicto. Sobre el tema véase: PETIT GABRIEL, E. W., «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)», CARRILLO SALCEDO, J. A., (Coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 29-87. Igualmente: MAY, K. Ch., «The First Proposal for a Permanent International Criminal Court», *International Review of the Red Cross*, nº 322, marzo 1998, pp. 57-74.

²⁰ MOYNIER, G., «Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève», *Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, nº 11, 1872, p. 126 (Tomado del trabajo citado: «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)»).

²¹ Como reconoció la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 en el caso *el Lotus*: «El Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de Derecho que vinculan a los estados proceden, pues, de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de Derecho y establecidos con el fin de regular la coexistencia de estas comunidades independientes y con el objeto de la prosecución de fines comunes.» *CPJI série A* nº 10, sentencia nº 9, p. 18.

El interés de la Comunidad Internacional respecto de la previsión de la justicia universal como vía para hacer efectiva la responsabilidad internacional de los individuos por la comisión de violaciones de derechos humanos no habría sido similar al mostrado a la hora de su enunciado pues, como escribe Esperanza Orihuela Calatayud, «siempre es más fácil enunciar derechos que establecer mecanismos eficaces de protección.»²²

A pesar de la regulación relativamente reciente de los derechos de las víctimas, los resultados en el plano internacional son evidentes. Diversas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales reconocen el derecho a un recurso efectivo para las víctimas de las violaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Así, deben señalarse el artículo 3 de la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención nº IV de 1907). Asimismo, el artículo 91 del Protocolo Adicional de los Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

3.2. Los antecedentes recientes

Los Tribunales híbridos vieron la luz desde los años 90 del pasado Siglo XX en el marco del esfuerzo de justicia penal internacional. Se trataba de un conjunto muy heterogéneo de cuatro entidades: los mecanismos jurisdiccionales creados para Timor Oriental, Kosovo, Sierra Leona y Camboya²³. Se les denominaba internacionalizados o híbridos porque tanto el aparato institucional como el derecho aplicable consistía en una mezcla de lo internacional y de lo interno. De este modo, los jueces extranjeros se sentaban junto con los internos y juzgaban los casos aplicando Derecho interno reformado de acuerdo con estándares internacionales²⁴. Naciones Unidas jugó un decisivo papel en su establecimiento. Así, suscribiendo un tratado con Sierra Leona y Camboya, tratándose del Tribunal Especial de Sierra Leona y de las Salas Especiales de Camboya²⁵, respectivamente. Igualmente, los Paneles de jueces

²² ORIHUELA CALATAYUD, E., «Justicia universal y derechos humanos», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2002, p. 116.

²³ ROMANO, C. P. R., BOUTRUCHE, T., « Les Tribunaux Penales Internationalisés: état d'une Justice hybride », *Revue Général de Droit International Public*, 2003-1, p. 110. En la página del *Project on International Courts and Tribunals* www.pict-pecti.org/courts/hybrid.html aparece una descripción y documentación referida a cada uno de estos Tribunales Penales Internacionalizados.

²⁴ DICKINSON, L., «The Promise of Hybrid Tribunals», *American Journal of International Law*, Vol. 97, nº 2, 2003, p. 295.

²⁵ (La base jurídica del Tribunal Especial para Sierra Leona es un acuerdo entre la ONU y este Estado de 16 de enero de 2002: Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leona on the Establishment of a Special Court for Sierra Leona, que ha sido ratificado por el Parlamento de Sierra Leona. Tratándose de Camboya, tras la

internacionales en los tribunales de Kosovo y los Paneles Penales del Tribunal de Distrito de Dili, encuentran su base jurídica en decisiones de las Administraciones Transitorias de Naciones Unidas en estos países, la MINUK y la MINUTO, respectivamente.

Este modelo híbrido se desarrolló particularmente en situaciones posteriores a un conflicto cuando no existe una posibilidad de acudir a un Tribunal internacional (como en Timor Oriental o Sierra Leona porque la competencia *ratione materiae* de los Tribunales *Ad hoc* o la *ratione temporis* de la Corte Penal Internacional no lo permitían); asimismo, cuando un tribunal internacional existe, como en Kosovo, pero no puede ocuparse del ingente número de casos. Una cuestión clave es el decisivo papel jugado por la Organización de Naciones Unidas en el proceso de establecimiento de estos tribunales: éstos resultan bien de un acto normativo de esta Organización bien de un acuerdo celebrado entre el Estado concernido y la Organización. Así, por lo que hace a Sierra Leona, y a Camboya, las cortes internacionalizadas encuentran su origen en un tratado libremente negociado y concluido entre el gobierno concernido y la Organización de Naciones Unidas. Por el contrario, tratándose de los Paneles de jueces internacionales en los Tribunales de Kosovo según la «Regulation 64» y los Paneles Penales (Crimes Panels) del Tribunal de Distrito de Dili, la base jurídica reside en las competencias en materia de justicia de las Administraciones transitorias de Naciones Unidas en Kosovo (MINUK) y Timor Oriental (MINUTO), respectivamente.

3.3. Significado y alcance de la justicia penal internacional en un proceso de reconstrucción internacional de un Estado constitucional

La relación entre el principio de la justicia penal y el principio de la salvaguardia de la paz, en especial, tras un conflicto armado, es bien conocida. A los efectos de esta contribución me limitaré a señalar evidencias de esta relación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En su preámbulo, el principio de la justicia penal internacional está recogido en los párrafos 4 y 11:

«*Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.»

adopción por el Parlamento Camboyano de una ley por la que se crean Salas especiales, siguió un acuerdo de 18 de marzo de 2003 entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya para el procesamiento por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, recogido en la Resolución A/RES57/228B, de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003. En la página de la Universidad de Yale www.yale.edu/cgp/news.html puede consultarse relevante información sobre el Tribunal de Camboya.

«*Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera,*»

El principio de la justicia se encuentra influenciado por otro principio expresado con igual fuerza en el mismo preámbulo del Estatuto: la salvaguarda de la paz internacional. Véanse los párrafos 3 y 7 y nótese la referencia a los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y, en especial a los apartados 4 y 7 del artículo 2 de la misma:

«*Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,*»

«*Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.*»

Como resultado de esta interacción entre ambos principios la idea de justicia aquí evocada, es la que alude a una categoría de derechos humanos y de obligaciones de Derecho internacional humanitario que la comunidad internacional no puede dejar violar impunemente —en especial con ocasión de un conflicto armado— porque suponen un grave ataque al orden público internacional y, en todo caso, impiden una paz duradera entre víctimas y verdugos. Desde esta perspectiva se entiende la notable labor realizada por Naciones Unidas a través de la creación de Tribunales Penales Internacionalizados o híbridos.

A la luz de estos desarrollos en Derecho internacional, en especial, gracias a la labor de Naciones Unidas parece evidente que ha emergido una obligación: el *principio de equidad para las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional que enraiza con las transformaciones experimentadas en numerosos ordenamientos internos estatales a favor del reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos comunes*. El *principio de equidad para las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional* incluye dos grupos de derechos: por un lado el derecho a la justicia (acceso a un tribunal y a tener reconocida una cierta participación procesal en el mismo). Por otro lado, el derecho a una reparación (responsabilidad civil *ex delicto* de autor de dicho crimen y compensación a cargo del Estado del cual sea nacional o bajo cuya autoridad actuó el autor de dicho crimen).

La relación entre un Tribunal Penal internacional con competencia para juzgar a los responsables de graves crímenes contra los derechos humanos y las normas elementales del Derecho Internacional humanitario, con el día a día de la necesaria convivencia entre los que han sido víctima y verdugo, como medio de lograr la reconstrucción del Estado y una cierta vuelta a la «normalidad», es una de esas cuestiones para las que no es fácil encontrar respuesta. Si el fin de la impunidad es un paso previo, inevitable, para cualquier tipo de

reconciliación nacional, la justicia no puede ser selectiva, en función de un fin –por loable que sea– de la reconciliación nacional y de la consolidación de la paz en una sociedad post conflicto. Ahora bien, ¿es esto posible siempre? La experiencia reciente de Ruanda es ilustrativa al respecto.

La Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por la que se instituyó el Tribunal Penal Internacional ad hoc para Ruanda, enunciaba en el párrafo séptimo de su preámbulo tanto el principio de la justicia como el de la paz:

«Convencidos de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitiría alcanzar este objetivo y *contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz*» (la cursiva es añadida).

El principio de la justicia penal –representado por el deseo de castigar a los responsables de los crímenes enunciados en el Estatuto de este Tribunal– se recoge en los párrafos sexto y octavo de la Resolución 955:

«Decididos a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables».

«Estimando que la creación de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y demás violaciones antes mencionadas del derecho internacional humanitario contribuirá a que se ponga fin a esas violaciones y a que sean reparadas efectivamente».

Ahora bien, ¿hasta qué punto son compatibles ambos principios? ¿Pueden satisfacerse ambos sin que sea necesario sacrificar uno en beneficio del otro? Llegado el caso, ¿cuál de los dos prevalecerá? Y ¿a qué coste? En el caso del genocidio ruandés, la tensión que late entre ambos principios explica, por ejemplo, la delimitación temporal de la competencia del Tribunal a los hechos cometidos durante 1994: reflejaría el deseo de la Comunidad Internacional de lograr un compromiso entre la propuesta de remontarse a un período anterior al 1 de enero de 1994 (con lo que se inculparían a los líderes hutus que organizaron y planificaron el genocidio), y la propuesta de extenderla a una fecha posterior al 31 de diciembre de 1994 (con lo que se podría inculpar a los tutsis que cometieron actos similares a los imputados a los hutus durante la confrontación y una vez tomado el control del gobierno de Ruanda.²⁶ En este sentido, se afirmó al poco de la creación del TPIR, que su verdadera finalidad fue el restablecimiento del Estado ruandés, a través de la reconciliación nacional lograda sobre la base de un castigo a los culpables que pusiera

²⁶ SHRAGA, D., ZACKLIN, R., «The International Criminal Tribunal for Rwanda», *European Journal of International Law*, 1996, pp. 506-507.

fin a una cultura de impunidad.²⁷ La sociedad ruandesa se encontró –como *mutatis mutandis* sucedió con las sociedades argentina y sudafricana– dividida entre la necesidad de arrojar luz sobre su pasado y la necesidad de actuar a favor de la reconciliación nacional. La solución que se dio en el caso de Ruanda, siguiendo al profesor Meron fue aceptar que lo importante «no es cuántos casos de atrocidades puedan tratar los Tribunales Internacionales sino el profundo mensaje que transmite su misma existencia, propiciando así el desarrollo del derecho mediante sus estatutos, sus normas de procedimiento y de prueba así como mediante la práctica.»²⁸ En otros términos, no importa tanto el que todos o los principales responsables criminales paguen por sus actos, como que la población –que busca venganza– y otros líderes africanos –que pueden verse tentados en el futuro de cometer actos similares a los perseguibles por el TPIR– percibieran el fin de la «cultura de la impunidad» a través de la identificación individual de los genocidas y de los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Otro ejemplo más reciente de la práctica internacional incide en la misma dirección. Para entender el significado de la respuesta de la comunidad internacional en relación con la represión y castigo de los autores de crímenes contra el Derecho Internacional en Sudán, hay que hacer necesariamente una referencia al *Informe de 25 de enero de 2005, de la Comisión Internacional de Investigación* nombrada por el entonces Secretario General, Kofi Annan, para evaluar la situación en Darfour, de conformidad con la Resolución del Consejo de Seguridad 1564, de 18 de septiembre de 2004. En el mismo se afirmaba la necesidad de hacer justicia en Darfour:

«La magnitud y grave naturaleza de los crímenes cometidos contra la población civil en Darfour, tanto por las tropas del Gobierno como por los Janjaweed, y por los rebeldes, requiere una inmediata acción por la comunidad internacional para poner fin a estas atrocidades. Los autores de estos crímenes deben ser traídos a la justicia. Al mismo tiempo, medidas que traigan socorro y alivio a las víctimas deben ser puestas en marcha para completar el proceso de responsabilidad penal»²⁹.

²⁷ ERASMUS, G., FOURIE, N., «The International Criminal Tribunal for Rwanda: Are All Issues Addressed? How Does It Compare to South Africa's Truth and Reconciliation Commission?», *International Review of the Red Cross*, n° 37, 1997, p. 752.

²⁸ MERON, T., «The International Criminalization of Internal Atrocities», *American Journal of International Law*, 1995, p. 555.

²⁹ NACIONES UNIDAS, *Informe de 25 de enero de la Comisión Internacional de Investigación nombrada por el Secretario General, Kofi Annan, para evaluar la situación en Darfour, de conformidad con la Resolución del Consejo de Seguridad 1564, de 18 de septiembre de 2004* (en adelante, «Informe de la Comisión Internacional en Darfour»), párrafo 565.

Es de destacar que no sólo el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en sus Resoluciones de 1556 y 1564 enfatizó la urgente necesidad de justicia, sino que también, todas las partes en conflicto en Darfour insistieron en el principio de responsabilidad³⁰. En este sentido la Comisión expresó la opinión que dos medidas debían ser tomadas por el Consejo de Seguridad para asegurar que se hiciera justicia respecto de los crímenes cometidos en Darfour, teniendo en mente que cualquier mecanismo de justicia debe adherirse a determinados principios reconocidos: debe ser imparcial, independiente y justo. Con respecto al mecanismo de responsabilidad por vía judicial, la Comisión recomendó que el Consejo de Seguridad trasladase la situación de Darfour a la Corte Penal Internacional³¹. La otra medida contemplada fue llevar compensación a las víctimas de tan graves violaciones de los derechos humanos, la mayor parte de los cuales eran constitutivos de crímenes contra el Derecho internacional. Se propuso, así pues, que una Comisión de compensación fuera establecida por el Consejo de Seguridad³².

En relación con la primera de las medidas propuestas, que el Consejo de Seguridad sometiera la situación de Darfour a la Corte Penal Internacional, se pensaba que ante un consistente patrón de violaciones de derechos humanos a gran escala, no sólo los Estados individualmente sino también la comunidad internacional de Estados en su conjunto a través de su órgano político más importante debería reaccionar enérgicamente³³. Más aún, la Comisión presidida por el Profesor Cassese señalaba que el Consejo de Seguridad había enfatizado en sus resoluciones 1556 y 1564 la necesidad de poner fin a la impunidad en Darfour, para que el fin de dicha impunidad pueda contribuir a restablecer la seguridad en la región y con ello, permitiendo que los cientos de miles de personas desplazadas internas pudieran regresar a sus hogares o a otros lugares de su elección³⁴. Ante la sugerencia de algunos Estados de establecer una Comisión de Reconciliación Nacional en Sudán semejante a la que se creó en Sudáfrica, la Comisión Internacional de Investigación presidida por el Profesor Cassese consideró que si bien una tal Comisión podía jugar un importante papel en asegurar la justicia y la responsabilidad por vía judicial³⁵, se mostró, sin embargo, reacio a su creación señalando que:

³⁰ Parágrafo 566 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

³¹ Parágrafo 569 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

³² Parágrafo 570 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

³³ *Ibidem*, parágrafo 589.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Observando que: «Los Tribunales penales, por sí solos, pueden no ser adecuados para revelar el amplio espectro de crímenes que ocurrieron durante un período de represión, en parte porque sólo pueden condenar sobre la base de la prueba más allá de una duda razonable. En situaciones de crímenes en masa, tales como los que sucedieron en Darfour, un relativamente limitado número de persecuciones, no importa cuán exitosas sean, puede no satisfacer completamente las expectativas de las víctimas de que se conozca su sufrimiento. Lo que es importante, en Sudán, es una completa revelación del ámbito completo

«El saber si la Comisión de Verdad y Reconciliación sería apropiada para Sudán y en qué medida debería ser establecida, es un asunto que sólo la gente de Sudán debería decidir a través de un proceso auténticamente participativo. Estas decisiones, teóricamente, sucederían: i) una vez que el conflicto estuviera concluido y la paz restablecida; ii) como una medida complementaria a la persecución penal, que en cambio debería ser establecida tan pronto como sea posible, incluso si el conflicto está aún pendiente, con vista a tener un efecto disuasorio, esto es, parando más violencia; y iii) sobre la base de una informada discusión entre las más amplias capas de la sociedad sudanesa, que tome en consideración la experiencia internacional y, sobre estas bases, valore la probable contribución de la Comisión de Verdad y Reconciliación a Sudán. Reciente experiencia internacional indica que la Comisión de Verdad y Reconciliación es probable que tenga credibilidad e impacto cuando sus mandatos y composición están determinados sobre la base de un amplio proceso consultivo, incluyendo a la sociedad civil y los grupos de víctimas. Unas Comisiones de Verdad y Reconciliación establecidas con el propósito de sustituir a la Justicia o producir una verdad distorsionada, debería ser evitada.»³⁶

La Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005, aprobada por 11 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones (Argelia, Brasil, China y Estados Unidos), supuso la primera vez que el Consejo de Seguridad remitía un caso a la Corte Penal Internacional (Ver artículo 13 del Estatuto) alegando que «la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales». El 6 de junio de 2005, el Fiscal de la Corte Penal Internacional comenzó la investigación de los crímenes cometidos en Darfour. Sudán firmó el Estatuto de Roma el 8 de septiembre de 2000 pero no habiéndolo ratificado, no es Estado parte en el mismo ni acepta su jurisdicción. Hasta el momento, la Corte Penal Internacional ha emitido tres órdenes de arresto y una orden de comparecencia (la primera en su historia), estando abiertos tres casos³⁷.

4. LOS VECTORES DE UN NUEVO PARADIGMA INTERNACIONAL DE ESTADO CONSTITUCIONAL

Bajo la premisa de que entre los Estados constitucionales liberales no se producen situaciones que puedan derivar en un conflicto armado, se asume, como preferible, un ambiente pacífico para el crecimiento y el fortalecimiento

de criminalidad cometida.» Parágrafo 617 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

³⁶ Parágrafo 621 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

³⁷ *Caso el Fiscal contra Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, Caso el Fiscal contra Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, y Caso el Fiscal contra Bahr Idriss Abu Garda.*

de un mercado a escala mundial. De este modo, los Estados constitucionales no liberales son invitados, de un modo más o menos vehemente, a unirse a la *Comunidad de Estados Liberales*, caracterizada por una lista de atributos que incluyen la paz, un gobierno liberal democrático, una densa red de transacciones transnacionales por parte de actores sociales y económicos, «múltiples canales» de comunicación y acción los cuales, más que formalmente interestatales, serían transgubernamentales, así como una difuminación de la distinción entre asuntos internos e internacionales³⁸.

Los defensores de la vieja idea de la «paz perpetua» de Emmanuel Kant se olvidan, sin embargo, de señalar los límites de la democracia a la hora de crear un mundo más pacífico: por ejemplo, los Estados constitucionales democráticos no tienen ninguna dificultad para ir a la guerra contra otros Estados que ellos consideren no democráticos o la naturaleza violenta de algunas nuevas democracias, como la Federación Rusa, con un incremento de conflictos internos desde su adscripción al régimen democrático³⁹. Ajenos a esta *Comunidad de Estados constitucionales liberales* estarían los Estados «bárbaros», caracterizados por padecer una situación de persistente violación de los derechos humanos y por reflejar formas de gobierno que no se corresponden con un modelo de constitución democrática. Se polariza así la sociedad internacional entre «nosotros y ellos»⁴⁰, si bien esa *Comunidad de Estados constitucionales liberales* no tiene sus puertas cerradas a estos «Estados bárbaros», quienes, por el contrario, son incesantemente invitados a integrarse a esta comunidad liberal, a través de la aceptación de las condiciones unilateralmente impuestas desde la misma, una de las cuales es la asunción –bajo el paraguas de una constitución consensuada a nivel nacional– de la democracia formal, esto es, la celebración de elecciones libres, periódicas y bajo supervisión independiente.

Con estas condiciones, numerosos países deciden incorporarse a esta comunidad liberal como requisito necesario para entrar en el circuito económico y comercial mundial (recepción de inversiones y de ayudas al desarrollo, etc.). En la práctica, sin embargo, las elecciones no proporcionan, por sí solas, las bases para un Estado constitucional efectivamente democrático⁴¹. Es por ello que puede sostenerse la necesidad de contar con un concepto universal de Estado constitucional, especialmente válido para reconstruir sociedades postconflicto. Este concepto desde el paradigma del Derecho internacional –en especial, a la luz de la reciente práctica internacional que enfatiza la soberanía responsable frente a la comisión de graves violaciones contra los derechos

³⁸ SLAUGHTER, A.-M., «International Law in a World of Liberal States», *European Journal of International Law*, Vol. 6, n° 4, 1995, vol. 6, p. 510.

³⁹ BURCHILL, R., «The Developing International Law of Democracy», *The Modern Law Review*, Vol. 64, 2001, p. 129.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁴¹ *Ibidem*, p. 125.

humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario— ha de ser un concepto identificable a partir de tres vectores: la legitimidad de los gobernantes (legitimacy), la intangibilidad de los derechos humanos de los gobernados (intangibility of human rights) y el principio de la rendición de cuentas por la violación de los mismos (accountability)⁴².

4.1. La legitimidad de los gobernantes (*legitimacy*)

La legitimidad desde el Derecho internacional no equivaldría a la asunción uniforme de principios políticos, económicos, sociales, culturales o religiosos por parte de los distintos gobiernos del mundo. Por el contrario bastaría que todos ellos expresaran su adhesión a los propósitos y principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, reflejo de unos valores que aluden a la humanidad como detentadora de los mismos⁴³, y que se asuma la vía del consenso como la mejor forma de ocuparse de las cuestiones que interesan a todos en la medida en que esos valores representan un acuerdo básico sobre las reglas del juego válidas para todos los Estados por encima de sus diferencias.

En efecto, analizados en perspectiva histórica durante la segunda mitad del pasado siglo, los valores proclamados en la Carta de San Francisco en 1945 se han beneficiado durante todos estos años de una indiscutida legitimidad, que debe ser destacada en nuestros días, por varias razones. En primer lugar, al ser valores incluyentes, esto es, valores que hacían referencia al conjunto de Estados, no sólo a los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, eran valores que podían ser aceptados y compartidos por los nuevos Estados que venían a integrarse en la Comunidad internacional al surgir del proceso de descolonización. En segundo lugar, por encima de ser valores de la Comunidad internacional son valores, como se ha dicho, que evocan a la idea de humanidad, concepto éste atemporal e interespacial que se refiere a los que ya están pero, también, a los que han de venir⁴⁴. Así, los diversos cambios experimentados en la sociedad internacional durante la segunda mitad del siglo XX (la descolonización, el final de la guerra fría, la caída del muro de Berlín, etc.) no alteraron sustancialmente este sistema de valores finales (lo que se quería conseguir) e instrumentales (por qué vías),

⁴² GARCÍA SAN JOSÉ, D., «El Concepto de Democracia en Derecho Internacional», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2006, pp. 65-86.

⁴³ Véase el preámbulo de la Carta de San Francisco: «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas». Idea ésta reiterada con posterioridad, por ejemplo en la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (Resolución 2625.XXV, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970) o en la *Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas* (Resolución 50/6, aprobada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1995).

⁴⁴ DUPUY, R.-J., *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984, p. 459.

sino que los complementaron con nuevos valores finales (la justicia, la paz, el desarrollo) e instrumentales (a través de la cooperación para el desarrollo de los pueblos, del respeto de la dignidad del ser humano a través del reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos, o mediante la aceptación del principio democrático como legitimador de un gobierno dispuesto a asumir sus compromisos internacionales).

Se entiende a la luz de estas consideraciones que en su informe *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, el Secretario General de Naciones Unidas haya defendido una aproximación multilateral e institucionalizada a las situaciones posteriores a un conflicto (a menudo de carácter interno) en apoyo de la justicia y del Estado de derecho porque:

«Las normas y los principios de las Naciones Unidas han sido formulados y aprobados por países del todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el Common Law, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas. Esas normas y principios proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales o las experiencias de donantes o de quienes aportan asistencia más que los intereses superiores o las necesidades de desarrollo jurídico de los países receptores.»⁴⁵

4.2. La intangibilidad de los derechos humanos fundamentales (*intangibility of human rights*)

En el sentido referido por el profesor CARRILLO SALCEDO cuando afirma que:

«La prohibición de los crímenes contra la humanidad, de la privación arbitraria de la vida, de la tortura, junto con la afirmación del carácter intrasgredible de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario, son ejemplos de la progresiva consolidación en Derecho internacional público positivo de una especie de *orden público internacional*, esto es, de principios y normas de *ius cogens internacional*, cuyo fundamento último se encuentra en la idea de comunidad internacional y en la convicción de que existen en ella unos principios y normas por encima de la voluntad de los Estados.»⁴⁶ (La cursiva es original)

⁴⁵ NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General de Naciones Unidas de 3 de agosto de 2004*, Doc. S/2004/16, parágrafo 10.

⁴⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Droit International et Souveraineté des États. Cours General de Droit International Public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1996, tome 257, pp. 64-67 y 221.

Se trataría de unas consideraciones elementales de humanidad⁴⁷ reflejadas en la *cláusula Martens* común a los principales Convenios de Derecho Humanitario, incluyendo las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, relativas a las leyes y usos de la guerra. Ahora bien, ¿es posible afirmar la existencia de principios intrasgredibles en materia de Derecho internacional de protección de derechos humanos en conexión con las exigencias del principio democrático? Pienso que sí pues si bien la democracia no implica los derechos humanos, pudiendo incluso entrar en contradicción con ellos, los derechos humanos presuponen, en cambio, la democracia que no puede realizarse plenamente sin éstos. A mayor abundamiento, la existencia de principios intrasgredibles del Derecho Internacional humanitario ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 8 de julio de 1996 en el *asunto de la amenaza y empleo de armas nucleares*:

- el principio de distinción entre combatientes y no combatientes;
- la prohibición de usar armas de efecto indiscriminatorio;
- la prohibición de causar sufrimiento innecesario a los combatientes;
- el hecho de que no es ilimitado el derecho de los Estados a elegir los medios de hacer la guerra⁴⁸.

4.3. La rendición internacional de cuentas (*accountability*)

La clave para entender este tercer y último principio vertebrador del concepto de Estado constitucional postulado desde el Derecho internacional a partir de una relectura de la soberanía, la aportó el Secretario General de Naciones Unidas en su informe de 21 de marzo de 2005 titulado *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, cuando señaló que:

«Los Estados soberanos son los componentes básicos e indispensables del sistema internacional. A ellos les corresponde garantizar los derechos de sus ciudadanos, protegerlos de la delincuencia, la violencia y la agresión y crear el marco de libertad al amparo de la ley que permita a las personas prosperar y a las sociedades desarrollarse... Sin embargo, esta tarea no puede hacerla sólo los Estados. Necesitamos una sociedad civil activa y un sector privado dinámico. Ambos ocupan una porción cada vez más amplia e importante que antes era coto exclusivo de los Estados... También necesitamos, a nivel regional y mundial, unas instituciones intergubernamentales ágiles y eficaces que puedan movilizar y coordinar la acción colectiva. Las Naciones Unidas, por ser el único órgano universal del mundo dedicado a atender cuestiones de seguridad, desarrollo y derechos humanos, tiene una responsabilidad especial.»⁴⁹

⁴⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, op. cit., p. 153.

⁴⁸ ICJ, *Reports*, 1996, parágrafo 78.

⁴⁹ Doc. A/59/2005, parágrafos 19 a 21.

A partir de la asunción del principio de rendición de cuentas en el Derecho internacional se entiende la tendencia evidente en los últimos años a reforzar el principio de la legitimidad internacional⁵⁰ en el reconocimiento de la existencia de nuevos Estados (y de Gobiernos): el contar con un régimen democrático, el respeto de los derechos humanos y del principio de la primacía del Derecho (*the rule of Law*) poniendo el acento en la responsabilidad inherente a la soberanía⁵¹. De esta forma, el principio de la igualdad soberana sigue siendo una piedra angular del Derecho internacional pos contemporáneo pero se halla permeabilizado por el principio de legitimidad internacional conforme a unos valores universales, uno de los cuales sería el principio democrático. En este sentido, la Comisión internacional nombrada por el entonces Secretario General de Naciones Unidas para investigar los sucesos en Darfur y que estuvo presidida por el profesor Antonio Cassese, recordaba respecto de Sudán, en su informe de 25 de enero de 2005, que:

«Sudán es un Estado soberano y su integridad territorial deber ser respetada. Aun cuando esta Comisión reconoce que Sudán tiene derecho a tomar medidas para mantener o restablecer su autoridad y defender su integridad territorial, la soberanía conlleva responsabilidad. Sudán es requerido no sólo a respetar el Derecho internacional sino también a asegurar su respeto. Es lamentable que el Gobierno de Sudán haya fallado en proteger los derechos humanos de su propia gente. Las medidas tomadas para contrarrestar la insurgencia en Darfur han sido una flagrante violación del Derecho internacional. La Comunidad internacional debe, así pues, actuar inmediatamente y tomar medidas para asegurar la responsabilidad por vía judicial. Aquellos miembros de grupos rebeldes que hayan cometido graves violaciones de derechos humanos y del Derecho humanitario también debe serles exigida responsabilidad.»⁵²

Esos tres ejes vectores (legitimacy, intangibility y accountability) de un concepto universal de Estado constitucional válido para sociedades post-conflicto tienen en común la necesidad de asegurar la justicia penal internacional en el proceso de reconstrucción democrática de estas sociedades. No se trata sólo de perseguir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario, sino también, de incluir la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos

⁵⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional público*, 2006, *op. cit.*, pág. 81.

⁵¹ Cuyo máximo exponente es el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 y en el que hoy son parte cuarenta y siete Estados de Eurasia (800 millones de personas).

⁵² Parágrafo 628 del Informe de la Comisión Internacional en Darfour.

humanos en un contexto de conflicto armado, entre las exigencias de una efectiva reconciliación nacional.

5. CONCLUSIONES

En un medio social escasamente vertebrado y poco institucionalizado como es la sociedad internacional, la soberanía de los Estados sigue siendo un principio constitucional. En el mundo globalizado en que vivimos, el paradigma de sociedad internacional coexiste con el de comunidad internacional. Ahora bien, para que exista una comunidad internacional es indispensable la presencia de intereses comunes así como un patrimonio común de valores. En este sentido, uno de los indicios que mejor reflejan la idea de comunidad internacional pos contemporánea es la nueva concepción de la soberanía que se hace responsable. Así pues, en estas páginas se ha abordado un tema clásico desde una perspectiva novedosa: la conceptualización en Derecho Internacional de un modelo de Estado constitucional en el que el papel de la soberanía ha de ejercerse en un contexto de obligaciones imperativas para los Estados en materia de represión y sanción de los graves crímenes contra el Derecho Internacional.

Así, frente a un modelo clásico de análisis formalista-descriptivo de la soberanía estatal, hoy día, ésta se percibe no tanto como un estatuto espacial y temporal, como una actitud vital que exigiría prestar atención al ejercicio de unos derechos y deberes, en especial, tratándose de las graves violaciones de los derechos humanos y de normas del Derecho Internacional Humanitario.

Desde esta perspectiva, la tesis defendida ha sido que se aprecia una clara tendencia a poner énfasis en el alcance de la justicia penal internacional en el proceso de reconstrucción conceptual universal de *Estado constitucional* a partir de una relectura de la noción de soberanía a partir de un triple eje: a) la legitimidad de los gobernantes (*legitimacy*); b) la intangibilidad de los derechos humanos fundamentales (*intangibility*); c) la rendición internacional de cuentas (*accountability*).

El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Profesor propio adjunto Derecho constitucional
Facultad de Derecho, Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: Uno de los principales debates que ha generado el fenómeno de la universalización de los derechos fundamentales tanto en el Derecho constitucional como en la propia Teoría General del Derecho es el del necesario equilibrio entre dicho fenómeno y la aplicación contextualizada de los derechos en un marco político, social y cultural concreto. Al amparo de este debate surge, en sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina del margen de apreciación nacional, como instrumento que pretende equilibrar los principios de integración y subsidiariedad que presiden el CEDH. Dicha doctrina, más allá de su virtualidad o necesidad, carece aún hoy de una construcción precisa y sistematizada que permita a los actores que han de intervenir ante dicho Tribunal, Estados miembros y ciudadanos, poder prever con la suficiente seguridad jurídica el uso que de la misma se hace ¿Significa dicha falta de sistematización que hubiera de optarse por prescindir de la doctrina del margen de apreciación nacional?

Palabras clave: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contextualización de los derechos humanos, universalización de los derechos fundamentales, principio de integración, margen de apreciación nacional.

Abstract: *One of the main debates provoked by the phenomenon of the universalization of human rights is about balance between this phenomenon and the application of human rights in specific political, social and cultural contexts, and is relevant both in the field of Constitutional Law as well as in the field of Legal Theory. The doctrine of the national margin of appreciation, created by the European Court of Human Rights, has arisen as a response to this debate. This doctrine can be considered a real instrument attempting to balance the two principles of integration and subsidiarity of the European Convention on Human Rights. Currently, this legal doctrine lacks a systematic and complete construction which would allow the main actors of the European system of Human Rights, Member States and citizens to predict, with enough legal certainty, the use of the doctrine by the Court. Does this mean that it is better to opt not to use the doctrine of national margin of appreciation?*

Key words: *European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, human rights contextualization, universalization of human rights, integration principle, national margin of appreciation doctrine.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Origen y evolución de la doctrina del margen de apreciación nacional.—3. Fundamento y elementos integrantes de la doctrina.—4. La principal crítica a la doctrina: su falta de sistematización.—5. Contextualización de los derechos en la unión europea: el caso omega.—6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación en el marco del Consejo de Europa del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y la creación del correspondiente Tribunal Europeo (en adelante, TEDH) prevista en el mismo han supuesto un trascendental avance para la pretensión, reforzada tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, de integrar los derechos fundamentales y libertades públicas en el Viejo Continente, constituyendo una garantía colectiva de los mismos. Lo mismo puede predicarse de la Carta Europea creada en el marco de la Unión, aunque con los límites que han venido destacando algunos Tribunales de los Estados miembros acerca de su eficacia limitada a las relaciones entre ciudadanos e Instituciones de la Unión¹.

Esta firme voluntad de europeizar los derechos fundamentales y libertades públicas en un marco territorial superior al nacional podría enmarcarse, como precedente, en lo que se ha denominado globalización o universalización de los derechos. Ciertamente, a primera vista, ello sería un éxito porque es cierto que la experiencia histórica nos ha demostrado que los derechos no pueden quedar circunscritos a la frontera de un Estado, sobre todo, aquellos que conectan, no con la condición de ciudadano político, sino con la condición de ser humano. Además, como destaca el propio Preámbulo del Convenio, uno de los cauces para lograr una mayor convivencia pacífica e, incluso, unión entre los Estados es, precisamente, a través de una protección integrada y colectiva de los derechos y libertades. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que una globalización que no atienda en cierto modo al contexto concreto en el que se desarrollan los derechos puede también abocar al fracaso de la eficacia de los derechos y, peor aún, a promover no ya la prevención y resolución de conflictos entre derechos, sino precisamente su aparición. Recuérdese que tanto la inflación de derechos como su aplicación de manera descontextualizada pueden ser provocadoras de conflictos². La universalidad

¹ Vid. en especial, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Pleno) del Tribunal Supremo de 11-II-2009 (caso Educación para la ciudadanía). Por otro lado, no debemos que el Tratado de Lisboa estableció un sistema de integración diferenciado, de manera que dos Estados no han quedado plenamente incorporados a la Carta, Reino Unido y Polonia. Vid. TAJADURA TEJADA, J., «La desconstitucionalización de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de la integración diferenciada», Comunicación presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 2010, p. 5.

² El propio recelo que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha venido mostrando a cualquier injerencia por parte del Tribunal Europeo o del Derecho comunitario en los

no puede ser confundida con la eternidad y, de este modo, los derechos más allá de su fundamentación más iuspositivista o más iusnaturalista responden a un contexto histórico concreto, sin que ello signifique que el único fundamento de los derechos sea historicista³.

La descontextualización de los derechos supone, en definitiva, el principal reto al que debe enfrentarse el fenómeno de la globalización, so pena de poder provocar distorsiones en los sistemas jurídicos nacionales de derechos. Ciertamente, ello no supone que cualquier pretensión globalizadora sea, en definitiva, imposible ni que haya que optar por un mero discurso en materia de derechos localista o etnicista. Sin embargo, el reconocimiento del derecho con carácter de universalidad no supone descontextualizar el contenido o, mejor dicho, la forma de ejercicio del mismo. Los derechos humanos no se pueden ni deben construir en torno a un tiempo y un espacio abstractos, lo cual proporciona a aquéllos una expresión de universalidad abstracta y de vaciedad antropológica, sino que los derechos han de estar inmersos en una temporalidad y en un espacio concreto. Los derechos deben ser, en definitiva, contextualizados, sin perjuicio de su integración como pretensión de garantía universalizadora y colectiva.

Para salvar tal difícil equilibrio entre globalización y contextualización de los derechos fundamentales, el TEDH ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación nacional, la cual viene a matizar el principio de integración que resulta del propio Preámbulo del Convenio⁴. Dicha doctrina constituiría un criterio de interpretación y aplicación de los derechos que vendría, a la postre, a funcionar no sólo como un elemento de auto restricción (*self restraint*) de los propios poderes revisores del Tribunal, sino como un verdadero instrumento de contextualización de los derechos, de manera que permita alcanzar un equilibrio entre universalización (europeización en nuestro caso) y contextualización. Una manera de que el marco de protección europea de los derechos y libertades atienda a elementos locales dentro del principio de universalidad⁵.

derechos fundamentales puede venir explicado por el temor a una aplicación descontextualizada, sobre todo, en un sistema de derechos que viene aún muy marcado por su experiencia histórica. Sobre dichos recelos, puede verse PASCUAL, M., «El TCF ante la integración europea. Últimas aportaciones», Comunicación presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 2010, pp. 1 a 21.

³ Sobre la importancia de una visión histórica de los derechos, puede verse FERNÁNDEZ, E., «Los derechos humanos y la historia», en VVAA (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 215 y ss.

⁴ El principio de integración que se deriva del Preámbulo del Convenio promueve que los Estados miembros primen la interpretación de los derechos y libertades que promueva la integración política y social.

⁵ BROKMANN HARO, C., «La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos», *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, n.º 8, año 2008, p. 64. En similares términos, Ostrowsky

En virtud de esta doctrina, los Estados miembros gozarían, respecto de la interpretación y aplicación de determinados derechos y libertades o, lo que viene a ser lo mismo, en el marco de la resolución de determinados conflictos, de un margen de determinación de la amplitud del derecho o de sus límites. Se trataría, en otras palabras, de un límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales y todo ello no resulta irrazonable a la Corte⁶.

El margen de apreciación vendría a basarse en la idea de que cada sociedad tiene derecho a cierta libertad en el equilibrio de los derechos individuales y los intereses nacionales, así como en la resolución de los conflictos que surgen como resultado de diversas convicciones morales⁷. La doctrina está diseñada para proporcionar flexibilidad en la resolución de los conflictos que surgen de las diversas tradiciones sociales, políticas, culturales y jurídicas de los Estados contratantes en el contexto del CEDH, encontrándose, a este respecto, las autoridades nacionales en mejor posición que el TEDH para evaluar las circunstancias concretas de un caso⁸.

A través del presente trabajo pretendemos hacer un análisis del manejo que el TEDH ha hecho en los últimos años de dicha doctrina de manera que trataremos de responder a la pregunta de si ha existido una efectiva integración europea de los derechos fundamentales o, ésta se ha visto sustancialmente matizada por la doctrina del margen de apreciación nacional y, también, abordaremos el debate acerca de la conveniencia de que el Tribunal mantenga, aún hoy, dicha doctrina.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

El origen de la doctrina del margen de apreciación no es normativo, sino jurisprudencial. Tal doctrina ni está incluida de forma expresa entre los preceptos del CEDH ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios. Su inspiración parece situarse en las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular, del Derecho administrativo francés y de su Consejo de Estado⁹. Su recepción por parte del TEDH se produce en el contexto de la previsión contenida explícitamente en el artículo 15 del CEDH que permite a los Estados derogar las obligaciones derivadas del Convenio en situaciones excepcionales, tales como la guerra u otros peligros públicos¹⁰.

señala que «*The margin of appreciation is a valuable tool in that it legitimises international tribunals adjudicating on human rights, allows human rights norms to take on local flavour, but still preserves a concept of core or universal rights*». Vid. OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? how the margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimises International Human Rights Tribunals», *Hanse Law Review*, vol. 1, n.º 1, año 2005, p. 47.

Como señala BENVENISTI, «*The margins doctrine initially responded to concerns of national governments that international policies could jeopardize their national security. This may explain the initial application of the doctrine in the context of derogations from treaty obligations due to self-proclaimed states of national emergency*»¹¹. Y este origen, muy vinculado a supuestos de hecho muy excepcionales, puede que sea el que, en palabras de GARCÍA ROCA, explique la oscuridad y tosquedad con la que ha sido construida la doctrina por parte del TEDH, como vamos a ver más adelante¹².

El primer antecedente jurisprudencial de la doctrina puede situarse en el caso Grecia contra Reino Unido, 1956-57. Sin embargo, en esta decisión el término empleado por la Corte fue el de *discretion*, afirmándose que los Estados miembros «*should be able to exercise a certain measure of discretion in assessing the extent strictly required by the exigencies of the situation*».

El TEDH volverá a referirse a dicho margen de apreciación, sin emplear nominalmente el término, en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica, 1968, recordando que existen aspectos de la vida social en los cuales las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención¹³. El Tribunal aborda, al amparo del artículo 14 del Convenio que consagra la prohibición de discriminación, aquellos casos en lo que un Estado adopta una medida que suponga una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos

⁶ GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, año 2007, p. 121.

⁷ BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 31 *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n.º 4, año 1999, p. 843.

⁸ BAKIRCIOGLU, O., «The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases», *German Law Journal*, vol. 8, n.º 7, pp. 711 y 712.

⁹ El *pouvoir discrétionnaire* que el Consejo otorga a las autoridades.

¹⁰ GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...», *cit.*, pp. 121 y 122. En relación a la doctrina del margen de apreciación nacional en el ámbito de estas situaciones excepcionales, puede verse el caso *Lawless* contra Irlanda, 1961, sobre la presunta detención ilegal (medida de detención sin juicio) de un miembro del IRA, y en el que se concluye que no existe violación del artículo 7 del Convenio y que el encarcelamiento de G. R. Lawless se halla fundamentada en el derecho de derogación debidamente ejercitado por el Gobierno irlandés, conforme al artículo 15 del Convenio.

¹¹ BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *cit.*, p. 845.

¹² GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...», *cit.*, p. 122.

¹³ En el caso se discutía si algunas disposiciones de la legislación lingüística belga en materia de enseñanza respondían o no a las exigencias de los artículos 8 y 11 del Convenio; concretamente, se trataba de unos padres que pretendían que sus hijos recibieran su educación en lengua francesa pese a vivir en una región considerada por aquella legislación de lengua holandesa.

por el Convenio. Considera el Tribunal que se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia que implicara considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguren a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos, ya que las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas. Y así, importa, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el artículo 14. Para ello, el Tribunal acude al juicio de razonabilidad que constituye una práctica judicial de un gran número de países democráticos.

En definitiva, para el Tribunal, las autoridades nacionales siguen siendo libres para elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio, correspondiendo al Tribunal el control de conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio¹⁴.

En todo caso, en dicha resolución el Tribunal tampoco emplea nominalmente el término margen de apreciación nacional¹⁵. Ello no ocurrirá hasta el caso Irlanda contra Reino Unido, 1978, en la que se declara que «*By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation*»¹⁶.

A partir de esta última decisión, la doctrina del margen de apreciación nacional se consolida como criterio de interpretación del Convenio y de las decisiones nacionales sobre derechos y libertades que proclama, e incluso, más allá de las suspensiones o restricciones de los derechos y libertades fundamentadas en peligros para la seguridad nacional según establece el artículo 15. El Tribunal parte de las situaciones previstas en dicho artículo del Convenio para, a continuación, conceder a los Estados miembros un amplio margen de selección de los supuestos en los que los Estados miembros podrían acudir a limitar los derechos y libertades proclamados en el Convenio sobre la base de criterios fundados en circunstancias específicas¹⁷. De este modo, algunos autores señalan que en la doctrina del mar-

¹⁴ Apartado 10 de la resolución.

¹⁵ Puede verse también *Lawless* contra Irlanda, 1971.

¹⁶ También se cita como precedente de la aplicación de la doctrina fuera de los supuestos previstos en el artículo 15, el caso *Iversen* contra Noruega, 1963.

¹⁷ TÜMAY, M., «The “margin of appreciation doctrine” developed by the case law of the European Court of Human Rights», *Ankara Law Review*, vol. 5, n.º 2, año 2008, p. 207.

gen de apreciación pueden destacarse dos etapas diferentes, una primera en la que la doctrina queda circunscrita a las previsiones del artículo 15 del Convenio, y una segunda en la que se consolida ya con carácter general como criterio de interpretación por parte del TEDH más allá del citado artículo 15¹⁸.

En todo caso, como ha destacado GREER, esta doctrina ha sido aplicada principalmente respecto de determinadas categorías de derechos de las consagradas en el Convenio, a saber: el derecho al disfrute pacífico de la propiedad prevista en el artículo 1 del Protocolo 1, el derecho a ser discriminado del artículo 14 o a las libertades personales consagradas en los artículos 8 a 11. Así, la doctrina no ha sido aplicada en relación al derecho a la vida que proclama el artículo 2 o en relación al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes o trabajos forzados, de los artículos 3 y 4 respectivamente¹⁹. Ello encuentra su fundamento en que la aceptación de la doctrina en este campo produciría una relativización de lo que el propio Tribunal ha considerado valores fundamentales del sistema²⁰.

Sin embargo, también se ha destacado que ello no impide, según se deduce de las decisiones del TEDH, que la doctrina no puede ser aplicada a cualquiera de los derechos consagrados en el Convenio²¹, aunque también habría que decir que a mayor precisión en la consagración del derecho por parte del Convenio, menor capacidad del TEDH de otorgar un amplio margen a los Estados miembros.

¹⁸ BROKMANN HARO, C., TUMAY, M., «La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos», *cit.*, pp. 68 a 72.

¹⁹ GREER, S., «The interpretation of the European Convention on Human Rights: universal principle or margin of appreciation?», *UCL Human Rights Review*, vol. 3, año 2010, pp. 3 y 4. Vid. también, SPIELMANN, D., «Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?», Centre for European Legal Studies, Working Papers Series, febrero 2012, p. 11. Contrariamente a dicha postura, Wada considera que en el caso Pretty contra Reino Unido, 2002, que versó sobre el artículo 2 del Convenio y, más concretamente, sobre si tal precepto amparaba la solicitud de auxilio al suicidio de un paciente que sufría una enfermedad incurable, el Tribunal sí acude a la doctrina del margen pese a que no mencione literalmente la misma en la resolución. Vid. WADA, E., «A Pretty picture: the margin of appreciation and the right to assisted suicide», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 27, año 2005, pp. 288 y 289.

²⁰ VASEL, J. J., «El margin of appreciation como elemento clave en el Derecho constitucional europeo», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 11, enero-junio 2009.

²¹ MACDONALD, R. ST J., «The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Judge Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 192, citado en GREER, S., «The interpretation of the European Convention on Human Rights: ...», *cit.*, p. 4; y «The Margin of Appreciation», en MACDONALD, R. ST J., MATCHER, F. y PETZOLD, H. (Eds.), *The european system for the protection of human rights*, Springer, Londres, 1993, p. 192.

3. FUNDAMENTO Y ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA DOCTRINA

A la vista de la evolución que acabamos de comentar que se produce en la doctrina de margen de apreciación, uno de los criterios que maneja principalmente el TEDH a la hora de recurrir a ella fuera de la previsión contenida en el artículo 15 del Convenio será la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte sobre determinados derechos y sus límites²². De este modo, allí donde no exista consenso, el TEDH ha de restringir su poder de revisión, no pudiendo imponer un criterio único o uniforme. Podría decirse que donde no existe un criterio común entre los Estados miembros, no puede imponerlo el TEDH.

Un ejemplo de ello, lo encontramos en *Handyside* contra Reino Unido, 1976, caso que versó sobre la condena por atentado a la moral pública cometido por el autor de un libro editado bajo el título *The Little Red Schoolbook*. En su decisión, el TEDH declara, acerca de la falta de un criterio común entre los Estados miembros sobre el concepto de moralidad pública que «it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the «necessity» of a «restriction» or «penalty» intended to meet them» (apartado 48)²³.

Sin embargo, en *Dudgeon* contra Reino Unido, 1981-83, en el que también se abordó la existencia o no de un concepto común de moralidad pública, aunque, en este caso, en el ámbito de las relaciones homosexuales, el TEDH consideró que «there is now a better understanding, and in consequence an increased tolerance, of homosexual behavior to the extent that in the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied; the Court cannot overlook the marked

²² BALBOSA DELGADO, F. R., «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales», *Revista Derecho del Estado*, n.º 26, enero-junio 2011, p. 112; y OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...», *cit.*, p. 52.

²³ Puede verse un interesante comentario sobre esta decisión, en BAKIRCIOGLU, O., «The Application of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases», *cit.*, p. 716.

changes which have occurred in this regard in the domestic law of the member States»²⁴.

De este modo, si el fundamento de la doctrina principal fuera ya dicha ausencia de consenso sobre la regulación de determinados derechos, el Tribunal habría de explorar en cada supuesto objeto de enjuiciamiento no sólo la regulación contenida en el propio Convenio, sino también la que se establece en los diferentes Estados miembros. El recurso al método comparativo habría de ser frecuente en el enjuiciamiento por parte del Tribunal²⁵.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *National Union of Belgian Police* contra Bélgica, 1975, en el que el TEDH no apreció infracción del artículo 11 del Convenio por el hecho de que el Estado belga no estableciera en su legislación la obligación de cumplir con el trámite de audiencia respecto de todos los sindicatos, sino sólo de aquellos que tuvieran determinada representatividad. El Tribunal tuvo en cuenta, para concluir que no hubo tal infracción, que el resto de Estados miembros no habían establecido un derecho de consulta general respecto de todas las organizaciones sindicales. La falta de consenso determinaba que el artículo 11 había de ser interpretado en el sentido de que se concedía a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para alcanzar el objetivo pretendido con dicho precepto²⁶. El mismo argu-

²⁴ Sin embargo, en el caso *Fretté* contra Francia, 2002, que versó sobre el rechazo por parte de las autoridades francesas a que una persona que había reconocido su homosexualidad pudiera adoptar un niño, el Tribunal rechazó que se hubiera producido vulneración alguna del artículo 14 del Convenio sobre la base de la ausencia de consenso entre los Estados miembros acerca de la posibilidad de que los homosexuales puedan adoptar. Vid. SRONE, T. W., «Margin of appreciation gone awry: the European Court of Human Rights' implicit use of the precautionary principle in *Fretté v. France* to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation», *Connecticut Public Interest Law Journal*, vol. 3, n.º 1, año 2003, p. 223. Curiosamente, años después, en un caso también de adopción por una persona que también había reconocido su homosexual, E.B. contra Francia, 2008, sí admitió que se había producido vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio, aunque, como expresa el propio Tribunal, no hay contradicción con la decisión anterior al concurrir elementos diferentes en ambos casos. Se recoge un comentario muy completo de este último caso y su comparación con lo resuelto en *Fretté* en MARCOS MARTÍN, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008 (E.B. c. Francia, asunto n.º 43546/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16, año 2008, pp. 1 a 14. Parece que esta resolución y la posterior *Kozak* contra Polonia, 2010, sobre el derecho a subrogarse un homosexual en el arrendamiento del apartamento en el que convivía con su pareja, permiten afirmar que el Tribunal ha reducido notablemente el margen de apreciación nacional en el ámbito de las diferencias de trato por orientación sexual.

²⁵ OSTROWSKY recuerda que también el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha desarrollado una doctrina similar a la doctrina del margen de apreciación nacional a partir del criterio del consenso, *rational basis test*. Vid. OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...», *cit.*, pp. 60 a 63.

²⁶ Apartado 39.

mento fue manejado en el caso *Engel* y otros contra Países Bajos, 1976, en relación a la falta de consenso de los Estados miembros sobre la exigencia de que el régimen disciplinario de los militares no estableciera diferentes sanciones en función del rango del sujeto²⁷.

También se ha acudido al criterio de la falta de consenso en la resolución de los casos sobre la prohibición del velo a los que ha tenido que enfrentarse el TEDH. Así, tanto en *Dahlab* contra Suiza, 2011, como en *Sahin* contra Turquía, 2004, la Corte aplicó un amplio margen de apreciación nacional en parte porque no existía consenso o, éste, al menos, era mínimo entre los Estados miembros acerca del hecho de la prohibición del velo. Además, para la Corte, el margen de apreciación es particularmente apropiado cuando este se relaciona con la regulación del uso de símbolos religiosos en los centros de educación²⁸.

Algún sector de la doctrina española ha planteado que el concepto de consenso europeo al que acude, como estamos viendo, el TEDH se está viendo recientemente sustituido por el de *tendencia internacional continuada*²⁹. Así, el Tribunal ha puesto de manifiesto que «... *menos importancia a la ausencia de elementos que indiquen un consenso europeo en relación con la manera de resolver los problemas jurídicos y prácticos que a la existencia de elementos claros e incuestionables que revelan una tendencia internacional continuada no sólo en pos de una aceptación social creciente de los transexuales sino también orientada al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados*»³⁰. Así pues, parece que se relativiza el criterio del consenso y, por ende, la doctrina del margen, si se aprecia, no ya un parecer unánime o, al menos, mayoritario entre los Estados miembros, sino una apreciable tendencia continuada en las legislaciones de los Estados miembros que permite pronosticar que, no existiendo aún consenso sobre la materia, parece que habrá de existir en un periodo de tiempo no muy dilatado.

Por otro lado, en la evolución de la doctrina del margen de apreciación nacional puede observarse que junto al elemento de la falta consenso subyace también la idea de que en el sistema europeo de protección de los derechos los principales obligados son los propios Estados, debiendo actuar

²⁷ Apartado 72.

²⁸ OSTROWSKY, A.A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...» *cit.*, p. 55. La Corte ha acudido también a la doctrina del margen en otros dos casos más recientes sobre el velo islámico, *Dogru* contra Francia y *Kervanci* contra Francia, ambos de 2008. En dichas resoluciones la Corte señaló que el principio de laicidad es principio fundamental del Estado francés de manera que es preciso concederle un amplio margen de apreciación en la regulación de las relaciones entre el Estado y las religiones.

²⁹ GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Derecho a la identidad sexual y Convenio Europeo: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 1, mayo 2003, pp. 17 y 18.

³⁰ Casos *Christine Goodwin* contra Reino Unido e *I.* contra Reino Unido, ambos de 2002.

el TEDH tan sólo para asegurar que dichos Estados han permanecido dentro de sus límites³¹. Y tal idea de subsidiariedad supone también que el correspondiente Estado miembro ha de encontrarse en una mejor posición que el propio Tribunal para poder explicar las excepciones al régimen general de los derechos y libertades que vienen fundamentadas en elementos histórico-culturales.

Dicho principio de subsidiariedad tampoco aparece explícitamente recogido en el Convenio, aunque se deduciría de sus artículos 1, 13 y 35 y ha sido igualmente reconocido a través de la jurisprudencia del TEDH. Así, en el ya citado caso *Handyside* contra Reino Unido, 1976, el Tribunal declaró que «*it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation*» (apartado 50), añadiendo también que «*The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights ... The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines*» (apartado 48)³².

En todo caso, en el caso *Handyside*, como ya hemos visto antes, el TEDH acudió también al criterio de la falta de consenso en relación a un concepto común de moralidad pública, de modo que los Estados miembros habrán de gozar de un margen de apreciación a los efectos de poder limitar los derechos y libertades consagrados en el Convenio sobre la base del interés basado en la moral pública. Este criterio abre un amplio espacio de apreciación nacional a uno de los que tradicionalmente ha constituido el principal límite a los derechos y libertades.

Así pues, más allá de explorar comparativamente si existe un consenso sobre la materia por parte de los Estados miembros, el Tribunal habrá también de valorar en qué medida son razonables los límites impuestos por el Estado miembro. Ello, vendrá a otorgar un papel protagonista al principio de proporcionalidad, de manera que el Tribunal habrá de acudir a dicho principio a los efectos de valorar la limitación impuesta por el Estado miembro, es decir, habrá de enjuiciar si la medida adoptada por el Estado miembro es razonable, idónea y adoptada de buena fe, aunque, sin olvidar, obviamente, si la misma

³¹ Como apunta con certeza IMBERT, la internacionalización de los derechos no debe, so pena de hacernos pensar que los Estados nacionales han perdido ya toda obligación, diluir ni hacer desaparecer la responsabilidad de los jueces nacionales, ya que la protección eficaz de los derechos es obligación que incumbe en primer lugar al Estado miembro y a sus Tribunales, debiendo intervenir la instancia internacional como una última medida. Vid. IMBERT, P.-H., «Los derechos humanos en la actualidad», en PÉREZ-LUÑO, A.-E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid; Marcial Pons, 1996, pp. 76 y 77.

³² TUMAY, M., «The «margin of appreciation doctrine» developed by the case law of the European Court of Human Rights», *cit.*, pp. 203 y 204.

se muestra también respetuosa con la obligaciones asumidas por el Estado miembro a través de la ratificación del Convenio³³.

Sin embargo, Greer recuerda que la conexión que pudiera existir entre la doctrina del margen de apreciación nacional y el principio de proporcionalidad ha de ser manejada con cautela, ya que el propio TEDH tampoco ha sido muy preciso a la hora de manejar este principio y a la hora de fundamentar el mismo en los tres elementos que lo integran. Así, en ocasiones el Tribunal hace un uso del principio sin ajustarse necesariamente a dichos tres elementos y refiriéndose a una mera concepción poco concreta del equilibrio (*balancing*, en los términos empleados por la doctrina estadounidense) entre el sacrificio del derecho individual, por un lado, y el beneficio para el interés general, por el otro³⁴.

El recurso al principio de subsidiariedad que se observa en la evolución de la doctrina conectoria, además, con meras razones de política judicial, y ello, al ofrecer el margen de apreciación nacional la flexibilidad necesaria para evitar los daños que podrían derivarse de un enfrentamiento entre el TEDH y los Tribunales nacionales sobre sus respectivas esferas de autoridad³⁵. Así, algún autor ha señalado que la doctrina constituye uno de los principales salvavidas desarrollados por la Comisión y el Tribunal para reconciliar la eficacia del Convenio y los poderes soberanos y responsabilidades de los gobiernos en democracia³⁶. Y, porque, como nos recuerda GERARDS «*Given the lack of erga omnes effect and supremacy of the decisions of the ECtHR, the*

³³ *Ibidem*, p. 213.

³⁴ GREER, S., «The interpretation of the European Convention on Human Rights: ...», *cit.*, pp. 11 y 12. Greer cita, como ejemplos de dicho uso poco preciso del principio de proporcionalidad, los casos *Grande Oriente d'Italia di Palazzo* contra Italia, 2002, *Piermont* contra Francia, 1995, *Klass* contra Alemania, 1994, *Barfod* contra Dinamarca, 1991, *Gaskin* contra Reino Unido, 1990. También critica el uso que el Tribunal Europeo ha hecho en ocasiones del principio de proporcionalidad en relación con la doctrina del margen de apreciación nacional Butler, la cual considera que el Tribunal acude al margen de apreciación para efectuar una ponderación entre el interés individual y el bien común que es más propio del principio de proporcionalidad. Vid. BUTLER, P., «Margin of appreciation-A note towards a solution for the Pacific?», *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39, año 2008, p. 703.

³⁵ BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *cit.*, p. 846. Interesa recordar a este respecto, la reunión que los cuarenta y siete miembros del Consejo celebraron en Suiza en febrero de 2010, en la que se aprobó una declaración conjunta invitando al Tribunal a recordar la naturaleza subsidiaria del control que le corresponde al amparo del Convenio. Tur Ausina conecta dicha reunión con el revuelo que ocasionó la primera Sentencia en el caso *Lautsi* contra Italia, 2009, sobre los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas, que como es bien conocido fue revocada por la Gran Sala en posterior decisión de 2011. Vid. TUR ASINA, A., «La simbología religiosa desde planteamientos inclusivos democráticos en el ámbito educativo» en SOUTO PAZ, J.A., (Dir.), *Educación y libertad*, Madrid; Dykinson, 2012, p. 144.

³⁶ WALDOCK, H., «The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention of Human Rights», *Human Rights Law Journal*, año 1980, p. 9, citado en M. TÜMAY, «The «margin of appreciation doctrine» developed by the case law of the European Court of Human Rights», *cit.*, p. 207.

*domestic effect of the Strasbourg judgments is even more precarious and is strongly dependent on the status of the Convention and the Court's judgments in the national legal system*³⁷, de manera que el TEDH «*will have to pay careful attention to national sensitivities and differences in order to retain its legitimacy and to guarantee voluntary compliance with their judgments*»³⁸.

El Tribunal es consciente de que los Estados miembros presentan tanto circunstancias como sensibilidades diferentes que no pueden ser desatendidas, más aún, al amparo del principio de subsidiariedad que rige la labor revisora del TEDH³⁹. Además, este poder revisor ha de ser especialmente cauto, necesitando contar con poderosas razones (*strong reasons*) en aquellos casos en los que el conflicto haya sido resuelto por una Corte nacional superior⁴⁰.

Por último, otro elemento al que ha atendido con frecuencia el TEDH en orden a valorar la extensión de la doctrina del margen viene constituido por la mayor o menor conexión del derecho, bien con la dignidad de la persona, bien con el principio de Estado democrático. Así, por ejemplo, en aquellos derechos que guarden una estrecha relación con el principio de democracia, de manera que se muestren como elementos indispensables del mismo, el margen será más limitado que respecto de aquellos otros en los que no se aprecie tal conexión. Entre tales derechos, se ha destacado la libertad de expresión que presenta un doble fundamento, subjetivo que conecta con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, y objetivo al constituir un elemento imprescindible de la democracia⁴¹.

GARCÍA ROCA, en relación con este factor relativo a la mayor o menor conexión del derecho objeto de discusión con la dignidad y el principio de democracia, sistematiza gráficamente el uso que el TEDH ha hecho de la doctrina del margen de apreciación nacional a través de tres círculos concéntricos que vendrían predeterminados por la naturaleza de los derechos objeto de discusión⁴²:

³⁷ GERARDS, J., «Towards an European doctrine of deference?», discussion paper, The Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, Expert seminar, Ghent, 21 May 2010, p. 5.

³⁸ *Ibidem*, p. 4.

³⁹ En especial, vid. el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica, 1968 (apartado 10).

⁴⁰ SPIELMANN, D., «Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: ...», *cit.*, pp. 23 y 24.

⁴¹ Esta doble dimensión ha sido también reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981. A esa misma dimensión objetiva se ha referido Haberle cuando señala que los derechos fundamentales son rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir. Vid. HÄBERLE, P., «Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz», p. 17, citado por SOLÓZOBAL, J.J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, mayo-agosto 1991, p. 93.

⁴² GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional ...», *cit.*, p. 127.

- a) Una primera categoría de derechos en los que el margen de apreciación concedida a los Estados es muy amplia, siendo el control europeo poco intenso (círculo externo). Ello tendría lugar con ocasión de los derechos de propiedad con escaso contenido esencial y una intensa configuración legal. Ocurriría también lo mismo con las diferentes modalidades del derecho a un proceso equitativo muy abiertas a su configuración legal en los procesos.
- b) Una segunda categoría de derechos en la que se situarían los derechos absolutos, como la vida, o los derechos que conectan con el principio de Estado democrático y en la que el margen de apreciación nacional será muy pequeño (círculo interno).
- c) Y, por último, una tercera categoría en la que se situarían el resto de derechos y en los que el margen de apreciación nacional puede variar (círculo intermedio).

El propio GARCÍA ROCA admite que tal intento de sistematización no se cumple siempre, ya que en algunos casos el propio Tribunal, pese a que admite un amplio margen de apreciación nacional, acaba por aplicar una solución contraria a dicha premisa. Es decir, un amplio margen nacional en teoría, pero, en algunos casos, compatible con un control europeo en la práctica bastante intenso⁴³.

En todo caso, a la vista de esta sistematización podría afirmarse ya que la discrecionalidad o, incluso, arbitrariedad por parte del TEDH en el recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional no es tan aparente, en la medida que la respuesta dependerá, no tanto de los diferentes elementos a los que se acuda para adoptar la solución, sino a la mayor o menor conexión del derecho objeto de discusión con la dignidad de la persona. De este modo, cuando un derecho muestre una conexión directa con la dignidad humana, el margen de apreciación nacional será mínimo o inexistente (véase, vida, libertad, etc ...). Por el contrario, cuando el derecho, por su falta de conexión con la dignidad constituya un derecho de mera configuración legal, el margen será muy amplio.

Un ejemplo paradigmático de cómo la conexión con la dignidad determina una evidente reducción del margen lo encontramos en el caso *Tyrrer* contra el Reino Unido, 1978. En dicho caso el Gobierno demandado adujo en defensa de su posición que los castigos corporales no repugnaban a la opinión pública británica. Sin embargo, la Corte sostuvo, contrariamente, que no podía dejar de estar influida por los desarrollos y estándares comúnmente aceptados en este terreno según las políticas criminales de los Estados miembros del Consejo de Europa y, de este modo, la práctica tradicional del castigo corporal en las escuelas británicas de este modo acaso no repugnar a los habitantes de la Isla de Man, pero molestaba por denigrante a la sensibilidad mayoritaria del resto de los europeos. En todo caso, vemos como no es sólo el criterio de la conexión del derecho con la

⁴³ *Ibidem.*, p. 128.

dignidad humana el que determina la respuesta que da el TEDH, sino también el criterio del consenso entre los Estados miembros.

En resumen, podrían destacarse los siguientes factores a los que el TEDH ha acudido para justificar el recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional:

En primer lugar, la ausencia de una base normativa común (consenso) entre los Estados miembros. Este factor podemos considerar que constituye el principal elemento que maneja el Tribunal, aunque es frecuente que no lo haga aisladamente, sino en conjunción con alguno de los otros.

En segundo lugar, la existencia de circunstancias particulares como pueden ser una situación de emergencia o de peligro (recuérdese que la doctrina nace ligada al artículo 15 del Convenio), o la especial susceptibilidad o sensibilidad nacional en la materia, o lo que viene a ser lo mismo, *diferentes realidades sociales* sobre las que las normas convencionales vayan a ser aplicadas⁴⁴.

En tercer lugar, la mera oportunidad de restringir el poder revisor por parte del TEDH, permitiendo un mayor margen de decisión nacional con el fin de evitar conflictos con los Estados miembros.

Por último, la mayor o menor conexión del derecho concreto en discusión con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad o con el principio democrático.

No es inhabitual, como ya hemos apuntado, que el TEDH acuda conjuntamente a varios de los factores mencionados para conceder a los Estados miembros un amplio margen de apreciación nacional en ámbitos concretos. Así, en el caso *Open Door and Dublin Well Woman* contra Irlanda, 1992, el Tribunal declaró que «*It acknowledges that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in matters of morals, particularly in an area such as the present which touches on matters of belief concerning the nature of human life. As the Court has observed before, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals, and the state authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of the requirements of morals as well as on the «necessity» of a «restriction» or «penalty» intended to meet them*» (apartado 68).

4. LA PRINCIPAL CRÍTICA A LA DOCTRINA: SU FALTA DE SISTEMATIZACIÓN

La principal crítica que se ha efectuado a la doctrina del margen de apreciación nacional viene referida a su imprecisión⁴⁵, y ello, fundamentalmente, porque los factores a los que ha venido atendiendo el Tribunal en su desarrollo

⁴⁴ SHANY, Y., «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *The European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 5, año 2005, p. 927.

⁴⁵ GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional...», *cit.*, pp. 124 y 125.

de la doctrina no han sido claramente sistematizados, de manera que en cada caso concreto no puede preverse a qué elemento o elementos habrá de acudir para su resolución⁴⁶. Así, se viene a otorgar al Tribunal un amplio margen de discrecionalidad con los efectos directos que ello produce sobre el principio de seguridad jurídica. Se echa de menos una construcción abstracta y general sobre lo que puede considerarse que es o no común respecto de cada derecho. Incluso, se afirma que el Tribunal emplearía dicha doctrina como mera herramienta para hacer, en determinados casos, dejación de sus funciones de supervisión⁴⁷.

En definitiva, se ha destacado la importancia de que el TEDH establezca unos criterios sólidos y previsibles para la propia pervivencia del modelo europeo de protección de los derechos⁴⁸. Pero, ¿no es ello así en muchos otros casos o respecto de otras reglas de interpretación y solución de los conflictos? ¿No es menos cierto que la resolución de los conflictos entre derechos o entre éstos y los intereses generales no ha de estar presidida necesariamente por una excesiva casuística, de manera que las circunstancias concurrentes en cada caso pueden marcar una solución diferente?

Para Tümay las críticas a la doctrina olvidan la importancia que en el marco de decisiones del TEDH tiene el hecho de que el Convenio sea considerado un instrumento vivo (*living instrument*) que tiene que ser aplicado en un contexto supranacional con múltiples sistemas legales, políticos y económicos, con diferentes costumbres y hábitos y con otros factores relevantes como son las diferentes creencias ideológicas y religiosas. Por ello, la aplicación del Convenio ha de mostrar la adecuada flexibilidad que le permita acomodarse a todas estas diferencias y obtener, en cierta manera, el propio refrendo de los Estados miembros y sus Tribunales nacionales. E, igualmente, las críticas olvidan que las cláusulas contenidas en el Convenio aparecen redactadas de manera amplia e imprecisa, de modo que su aplicación a un supuesto de hecho concreto exige por parte del Tribunal una labor interpretativa y, por ende, contextualizadora⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁷ BAKIRCIOGLU, O., «The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases», *cit.*, p. 731. En sentido contrario, el propio Tribunal ha dejado de aplicar la doctrina del margen cuando ha considerado que en algún caso en el que encontraba pleno fundamento su aplicación en atención a su línea jurisprudencial podría alcanzarse una decisión, en apariencia, injusta. Como ejemplo de ello, se ha citado el caso Muñoz Díaz contra España, 2009, que versó sobre el derecho a la pensión por viudedad de una mujer de etnia gitana. Vid. MATÍAS PORTILLA, F. J., «Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)», *REDC*, n.º 92, mayo-agosto 2011, p. 381.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 732.

⁴⁹ TŪMAY M., «The «margin of appreciation doctrine» developed by the case law of the European Court of Human Rights», *cit.*, p. 214. En similares términos se expresa Borkmann Haro quien considera que la doctrina del margen permite una aplicación dinámica del Convenio como instrumento vivo. Vid. BROKMAN HARO, C., «La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos», *cit.*, p. 82.

Ello, además, ha sido reconocido por el propio TEDH que ha señalado que «*the scope of this margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context ... Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned*»⁵⁰.

Además, puede también afirmarse que la falta de solidez de la doctrina del margen de apreciación nacional no resulta verdaderamente preocupante para el mantenimiento del sistema europeo de protección de los derechos porque los propios Estados miembros vienen realizando esfuerzos por incorporar a sus sistemas jurídicos internos tanto los principios y reglas que consagra el Convenio como la propia doctrina del TEDH. Incluso, tal doctrina permite que tal inserción a nivel estatal se desarrolle bajo la confianza de que determinados intereses o valores nacionales no se verán en peligro por ello, lo que, a la postre, redundará en favor de la europeización de los derechos⁵¹. Se trata, pues, de una herramienta flexible que permite superar las concretas dificultades para la implementación del Convenio. En palabras de OSTROWSKY, «*the margin of appreciation serves a human rights tribunal well in finding a compromise between an essentialist morality (universalism) and legitimising flexibility (relativism)*»⁵².

GREER considera que no existe una contradicción entre la pretensión de europeizar los derechos y libertades y admitir, al mismo tiempo, la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal planteamiento encierra una falsa contradicción porque si los derechos y libertades que se consagran en la Convención están expresados en términos amplios y universales, resulta evidente que no hay interpretaciones objetivamente válidas sobre cuál es su significado para todo momento y lugar. La labor del Juez no sólo será pues determinar qué significan tales derechos y libertades con carácter general, sino cuál es su significado y efectos en cada contexto nacional⁵³.

Para MAHONEY la doctrina del margen de apreciación nacional operaría como la línea divisoria entre aquello que exige ser europeizado y aquello que no. Constituye un instrumento interpretativo que vendría a trazar una línea divisoria entre las cuestiones que debe decidir cada comunidad nacional y las que tienen suficiente relevancia o carácter fundamental como para necesitar una solución homogénea en el marco del Convenio⁵⁴.

⁵⁰ Vid. Caso *Buckley* contra Reino Unido, 1996, apartado 74.

⁵¹ MACDONALD, R. ST J., «The Margin of Appreciation», en MACDONALD, R. ST J., MATCHER, F. y PETZOLD, H. (Eds.), *The european system for the protection of human rights*, cit., p. 733.

⁵² OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...», cit., p. 58.

⁵³ GREER, S., «The interpretation of the European Convention on Human Rights: ...», cit., p. 1.

⁵⁴ MAHONEY, P., «Marvellous richness diversity or individual cultural relativism *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 30 de abril de 1998, p. 1.

En todo caso, aun admitiendo que los factores a los que atiende el TEDH en la aplicación de la doctrina del margen han ido poco a poco aclarándose, pudiéndose ya hablar de cierta previsibilidad acerca de la aplicación y extensión de la doctrina, es cierto también que algunos de dichos factores no están todavía dotados de una gran precisión. Entre ellos, destacaría el factor del consenso, habiéndose señalado que no existe actualmente un concepto claro acerca de lo que el Tribunal entiende por falta de consenso entre los Estados miembros⁵⁵.

5. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO OMEGA

La contextualización de los derechos y libertades que, a la postre, provoca la doctrina del margen de apreciación nacional puede apreciarse más allá del TEDH, habiendo alcanzado también a la propia Unión Europea. A este respecto, encontramos un ejemplo paradigmático en el denominado caso Omega resuelto por el Tribunal de Justicia en 2004⁵⁶.

El Caso Omega versó sobre la prohibición por el Estado alemán de un juego que se desarrollaba en un local de ocio, denominado *laserdromo*, y que consistía en jugar a disparar a un contrincante. Los jugadores utilizaban unos aparatos de láser en forma de ametralladora y unos chalecos que tenían unos receptores que funcionaban como objetivo y que permitían conocer cuando uno de los jugadores era alcanzado por otro en una parte vital de su cuerpo o calcular el número de impactos que conseguía cada jugador. Era un *juego de matar*, en boga en otros países, como Reino Unido y España, y conocido bajo el anglicismo de *Paintball* en su versión con bolas de pintura que marcan al contrincante. Las autoridades alemanas consideraron que la actividad llevada a cabo por el laserdromo constituía una amenaza para el orden público debido a que la explotación comercial de juegos de entretenimiento con homicidios simulados menoscaba un valor fundamental consagrado por la Ley Fundamental de Bonn, la dignidad humana.

La discusión jurídica llevó necesariamente al Tribunal a plantearse por qué un juego que era permitido en otros países de la propia Unión Europea, era prohibido en Alemania. Ante tal cuestión, el Tribunal consideró que la decisión estaba justificada en cuanto vino fundada en la dignidad humana que en Alemania posee un régimen singular en cuanto constituye un derecho fun-

⁵⁵ OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...», *cit.*, p. 58. Vid. también, GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Derecho a la identidad sexual y Convenio Europeo: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *cit.*, pp. 9 a 12.

⁵⁶ DE MIGUEL BÁRCENA señala que este caso, junto al caso *Schmidberger* de 2003, han supuesto, a la postre, el triunfo en la UE de los derechos fundamentales no económicos. Vid. DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal», Comunicación presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 2010, p. 7.

damental autónomo, no siendo indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. En todo caso, en la decisión del Tribunal influyó más el hecho de que la dignidad, con independencia de que estuviera consagrada como derecho fundamental autónomo en el orden constitucional alemán, gozaba también de protección en el ámbito europeo.

SÁNCHEZ LORENZO que analiza en profundidad el caso considera que el fundamento de la decisión del Tribunal viene determinado por las circunstancias históricas de Alemania, lo que otorga a la dignidad humana una especial consideración o sensibilidad. Su conclusión es que *«hay cosas a las que se puede jugar en el Reino Unido y a las que no se puede jugar en Alemania, sólo por el hecho de que la experiencia histórica colectiva es muy diferente en ciertos puntos. Sobre la conciencia colectiva alemana pesa –no cabe duda– el recuerdo del holocausto, la banalización de la vida humana en uno de los pueblos más cultos de la tierra, el sentimiento de responsabilidad colectiva por el frío asesinato –como si fuera un juego– de millones de seres humanos. Esa experiencia histórica forma parte de una cultura peculiar, de una hermenéutica del entorno singular, de una escala de valores particular. En otros contextos la medida prohibitiva puede parecer una exageración, porque la experiencia histórica no contraindica ciertos juegos, que pueden ser sólo juegos. Pero, a matar, en Alemania no se juega»*⁵⁷.

Como puede comprobarse no es la ausencia de consenso sobre el régimen de los derechos y libertades por parte de los Estados miembros lo que justifica un trato diferente, sino determinados elementos histórico-culturales que son apreciados en un determinado contexto nacional pero no necesariamente en otro.

6. CONCLUSIONES

La principal crítica que se ha vertido acerca de la doctrina del margen de apreciación nacional, o, más correctamente, sobre el uso que de la misma ha venido haciendo en estas décadas el TEDH ha sido la de la falta de sistematización o concreción de los factores que la integran, en detrimento de la seguridad jurídica. Para un importante número de autores, la construcción que el Tribunal ha hecho de la doctrina, sobre todo, a partir del momento en que la misma no se ciñe ya necesariamente a las situaciones excepcionales pre-

⁵⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Derechos fundamentales y libertades de circulación A la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia TJCE (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (AS. C-36/02: «Omega»)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 5, enero-junio 2006, p. 387. Se recoge también un comentario de este caso en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre 2005, pp. 237 y 238.

vistas en el artículo 15 del Convenio, carece de la precisión necesaria que hubiera de permitir a los diferentes actores predecir mínimamente cuándo puede o no acudir a ella fuera de lo dispuesto por dicho artículo.

Sin embargo, no debemos olvidar que se trata de una doctrina elaborada a golpe de sentencia y que, en cuanto tal, su precisión no puede ser la misma que la que pudiera predicarse de un principio claramente normativizado en el Convenio, más aún, cuando el propio TEDH ha declarado que el Convenio es un instrumento vivo (*living constitution*).

Por otro lado, nadie podrá negar que el CEDH ha triunfado en el marco europeo e, incluso, más allá del mismo (véase, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y ello, en gran parte creemos que ha venido motivado no sólo por la solidez que ha mostrado la doctrina jurisprudencial del TEDH, sino también porque dicho Tribunal ha sabido apreciar sabiamente las dificultades que, para el buen fin del Convenio, hubiera provocado una aplicación de sus preceptos claramente descontextualizada. Tanto la Comisión como el TEDH han sido conscientes de que la exigencia de garantizar los derechos y libertades de los europeos más allá del concreto marco nacional, que devino inexorable tras la Segunda Guerra Mundial, no podía desatender el hecho de que entre los Estados miembros siguen existiendo diferencias sociales, culturales, políticas y económicas, y más aún cuando ya no hablamos de la algo más de una decena de Estados que iniciaron el proyecto, sino de cuarenta y siete Estados, es decir, ochocientos millones de personas.

Puede compartirse así la opinión de que la doctrina del margen de apreciación nacional permite al TEDH operar no sólo en el marco abstracto de la universalización, sino también mirar más profundamente en el nivel real de aplicación del Convenio⁵⁸. Este equilibrio entre europeización y contextualización no es, en modo alguno, sencillo y, como tal, tampoco puede serlo la construcción de una doctrina que ha de atender a tan vasto marco de diferencias y contextos.

En definitiva, si bien pudiera serle exigible al TEDH avanzar en la creación de un cuerpo dogmático cada vez más claro y preciso acerca de la doctrina del margen de apreciación nacional, de manera que puedan quedar despejadas muchas de las dudas que sigue generando su aplicación en los diferentes casos que caen bajo la jurisdicción del Tribunal, tampoco podemos olvidar que la doctrina habrá de estar necesariamente presidida por cierto cauismo inevitable y que ello obedece no sólo a la diversidad existente en Europa, sino también a que dicha diversidad es también cambiante.

Sobre tal exigencia de claridad debe destacarse el concepto de consenso al que frecuentemente recurre el TEDH en aplicación de la doctrina. Cierto es que el Tribunal realiza, al amparo del mismo, un análisis comparativo de

⁵⁸ OSTROWSKY, A. A., «What's so funny about peace, love, and understanding? ...», *cit.*, p. 59.

la situación que determinados límites a los derechos y libertades presenta en el marco interno de regulación de los Estados miembros. Sin embargo, en algunas de las resoluciones en las que se acude a dicho criterio no queda suficientemente claro si dicho consenso exige una regulación uniforme en todos los Estados miembros o, simplemente, en una mayoría relativa de los mismos. Además, el correcto entendimiento del concepto parece haberse complicado a partir de la introducción del nuevo concepto alternativo de la *tendencia internacional continuada*.

En todo caso, con independencia de que sea oportuno que el TEDH vaya perfilando la doctrina del margen en pos de la seguridad jurídica, desde una perspectiva más general acerca de la universalización (europeización) de los derechos y libertades, habrá que comenzar por distinguir dentro de los derechos humanos el núcleo duro o derechos propiamente fundamentales del resto de los demás derechos humanos. Los primeros habrán de ser universalizados en su formulación actual, en cuanto que traducen directamente las exigencias primordiales de la dignidad de toda persona humana. El resto expresan derechos irrenunciables de las personas y de los pueblos, pero no exigibles con la misma precedencia, y su universalización habrá de realizarse atendiendo a las diferencias histórico-culturales justamente para hacerlos inteligibles y aceptables en todos los países de la tierra.

No puede afirmarse que los derechos humanos constituyan en todas sus vertientes elementos universales que no gozan de particularismos o concreciones en atención a cuestiones morales, culturales, económicas, históricas, etc. Puede admitirse una tendencia positiva hacia la universalización de los derechos humanos junto a la revisión crítica de lo que son propuestas de globalización descontextualizadas o que responden a valores ajenos a la sociedad en la que pretenden proclamarse los derechos.

Y ello no se contradice o impide la pretensión universalizadora de los derechos y libertades. Simplemente, propone soluciones que impidan que la descontextualización provoque, a la postre, un debilitamiento de los derechos.

Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial ¿Qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?

Isabel Turégano Mansilla

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01.10.2012.

Aceptado: 15.10.2012.

Resumen: El constitucionalismo no aspira a quedarse en un legado consumado sino que se presenta como un programa abierto de futuro. Como afirma FERRAJOLI, más allá de su vocación de garantía de los derechos frente a la actuación de los poderes estatales, su ideología pretende servir, además, a la limitación de cualquier poder, no sólo público, sino también privado; a la garantía de todos los derechos, no sólo los derechos políticos y de libertad, sino también los sociales; y, por último, a todos los niveles, no sólo en el Derecho estatal, sino también en el internacional. Los proyectos cosmopolitas postulan la extensión del modelo constitucional estatal a cualquier sede de poder supranacional. Sin embargo, la realidad jurídica global dista en aspectos fundamentales del modelo constitucionalista. Entre las principales transformaciones se pueden señalar las tres siguientes: crisis de la unidad y supremacía; debilitamiento de la función legislativa o de dirección política y reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional; y sustitución de un constitucionalismo de los derechos por un constitucionalismo procedimental. La enorme distancia entre la realidad y el modelo en el ámbito global nos hace plantearnos cuál puede ser un modelo jurídico adecuado conforme a los criterios de una justicia global.

Palabras clave: constitucionalismo, cosmopolitismo, pluralismo.

Summary: Constitutionalism does not aspire to become a consummate legacy but is presented as an open program for the future. As stated FERRAJOLI beyond his vocation of warranty of rights on the performance of state power, his ideology also intended to serve to the limitation of any power not only public but also private to guarantee all rights, not only political rights and freedom, but also social, and, finally, at all levels, not only in the state law, but also internationally. Cosmopolitan projects postulate the extension of a constitutional model to any supranational power headquarters. However, the overall legal reality is far in fundamental constitutional model. Among the main changes can be noted the following three: crisis of unity and supremacy; weakening of the legislative or political leadership and strengthening the executive and judicial activity, and replacement of a constitutionalism of rights by procedural constitutionalism. The enormous gap between reality and the model globally make us reflect about what may be an appropriate legal model based on the criteria of global justice.

Key words: constitutionalism, cosmopolitanism, pluralism.

Sumario: 1. La constitucionalización de la esfera global como continuidad del proyecto garantista.—2. Las transformaciones del constitucionalismo en la esfera global.—2.1. Crisis de la unidad y supremacía. El pluralismo constitucional.—2.2. Reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional.—2.3. De un constitucionalismo de los derechos a un constitucionalismo procedimental.—3. Monismo *versus* pluralismo constitucional global.

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESFERA GLOBAL COMO CONTINUIDAD DEL PROYECTO GARANTISTA

El momento presente plantea nuevos retos al modelo constitucionalista que ha tenido un amplio desarrollo desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial. El modelo no se refiere sólo a un modo de estructuración del Derecho y de funcionamiento de la práctica jurisprudencial, sino fundamentalmente a un modo de aproximación a lo jurídico que ha invadido gran parte de nuestra cultura jurídica y sobre la que han teorizado juristas de la talla de Ronald DWORKIN, Robert ALEXY, Gustavo ZAGREBELSKY o Luigi FERRAJOLI, entre otros muchos. El denominado «paradigma constitucionalista» o «neoconstitucionalismo» se presenta como la teoría adecuada para dar cuenta del Derecho que se desarrolla en el Estado constitucional contemporáneo y cuya singularidad radica en la existencia de constituciones con un denso contenido sustantivo orientado a limitar y condicionar el ejercicio del poder y cuya garantía queda encomendada a los jueces. A partir de su reconocimiento como norma jurídica suprema, la Constitución y su contenido normativo de derechos, valores y principios, «inunda, impregna o irradia» todo el conjunto del sistema¹ configurando un modelo material de validez jurídica y convirtiendo a los órganos aplicadores en promotores del modelo axiológico que representa. No es éste un sistema unitario y coherente sino un conjunto plural de valores que no pretenden ser reducidos a un programa exclusivo y cerrado sino que esperan ser salvaguardados simultáneamente en su pluralidad². En este sentido, la Constitución suministra razones justificatorias

¹ PRIETO, L., «El constitucionalismo de los derechos», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, p. 216.

² Gustavo ZAGREBELSKY se refiere al constitucionalismo actual afirmando que « [e]n el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *scientia juris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la «concordancia práctica» de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. «Positivamente»: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto» (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, p. 16).

plurales y tendencialmente contradictorias que tanto la acción legislativa como la jurisdiccional habrán de armonizar o ponderar en función de las situaciones planteadas.

Esta pluralidad de opciones jurídicas posibles y la racionalidad de las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales se esgrimen como respuesta a la objeción tradicional al constitucionalismo de reducción del poder legislativo a ejecutor de un proyecto axiológico cuya interpretación, en último término, corresponde a un órgano de inferior legitimidad democrática. De la posibilidad de la argumentación racional sobre el peso relativo de los plurales valores del Derecho se hace depender la viabilidad de un poder legislativo capaz de acción política independiente, aunque, conforme a la esencia del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, jurídicamente vinculado.

El constitucionalismo no aspira sólo a quedarse en una conquista y un legado del pasado sino que se presenta como un programa para el futuro, como el modelo más adecuado desde el que afrontar los desafíos del momento presente. Más allá de su vocación de garantía de los derechos frente a la actuación de los poderes estatales, su ideología pretende servir, además, a la limitación de cualquier forma de poder, no sólo público sino también privado; a la garantía de todos los derechos, no sólo los derechos políticos y de libertad, sino también los sociales; y, por último, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el internacional. Los más ambiciosos proyectos cosmopolitas actuales postulan la extensión del modelo constitucional más allá del Estado-nación. La flexibilidad y autonomía de los agentes de toda naturaleza que actúan en la esfera global demandaría, como en los orígenes del constitucionalismo contemporáneo, la institucionalización de una estructura jurídica que organizara el ejercicio de todas las instancias de poder y lo sometiera a límites de acuerdo con lo dispuesto en normas supremas de alcance mundial.

Quienes reclaman este constitucionalismo mundial apelan con ello, en definitiva, a que el modelo de ordenación del espacio global esté presidido por el Derecho, un Derecho público cosmopolita, basado en un «pacto global»³ y orientado a la garantía de los derechos humanos como ley universal del más débil⁴. La universalización del Derecho constitucional implica su transformación en Derecho global, en el que los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales globales.

En general, los defensores de un constitucionalismo mundial abogan por extender el esquema organizativo que los Estados han empleado para asegurar la paz interna y la garantía de los derechos a las nuevas sedes de poder internacional⁵. Tal esquema consiste, en primer lugar, en la vigencia de una es-

³ HELD, D., *Un pacto global*, Taurus, Madrid, 2005.

⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

⁵ HELD, D., *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona, 1997.

estructura normativa común que enuncie los principios de la ética democrática y vincule a los diferentes dominios de poder político, social y económico, considerando que un marco normativo es una condición necesaria para el desarrollo de una acción política y jurídica legítima en cualquier nivel. En segundo lugar, la reforma democrática de los organismos internacionales de toma de decisiones políticas, en el sentido de sustituir progresivamente la representación exclusivamente estatal por una representación de los pueblos y los individuos. Y, en tercer lugar, la instauración de las garantías jurídicas necesarias para hacer efectivos los derechos, colmando, en la terminología de FERRAJOLI, la *laguna* teórica que supone el reconocimiento internacional de derechos y la ausencia de garantías para hacerlos efectivos. El cambio fundamental que opera esta versión del constitucionalismo radica en el *locus* apropiado para la articulación de los principios constitucionales, pero continúa con los postulados básicos de la tradición del pensamiento constitucional y democrático de la teoría política moderna.

El problema, sin embargo, es que el paradigma de la democracia constitucional es un modelo normativo que tiene en nuestros días un alto grado de ineffectividad en el seno de los propios Estados. La cuestión es mucho más compleja que la de ampliar un modelo ya asentado a un contexto más amplio. En nuestros días son muchos los signos de deconstitucionalización de los sistemas políticos estatales⁶. FERRAJOLI muestra una relación amplia de aquellos relacionados con la pérdida de las garantías de la democracia, como la desregulación de poderes privados con gran capacidad de condicionamiento de las decisiones políticas, la progresiva confusión y concentración de poderes, los problemas de la representación, la falta de garantías para una información independiente capaz de generar una opinión pública crítica, la crisis de la participación política, la fragmentación social y el crecimiento de las desigualdades. Pero también puede hablarse de deconstitucionalización en el sentido formal de flexibilización efectiva de los procedimientos para las grandes reformas jurídicas, tales como los cambios no debatidos de la constitución; el abuso del empleo de fuentes del Derecho excepcionales y limitadas, como el decreto ley; el abandono de las garantías reforzadas de la ley orgánica en las materias fundamentales; o la adopción de decisiones políticas por cauces informales y al margen del Parlamento. Los problemas de la constitucionalización de la esfera global no son, sin más, el consecuente en un nivel superior de la consolidación de las democracias nacionales sino problemas que se solapan y confunden con los que éstas siguen planteando.

En la mayoría de los casos, los fenómenos de deconstitucionalización responden al riesgo de aislamiento comercial y financiero de los Estados, que necesitan obtener recursos para su política interna, insertos en una trama de poderes e intereses constituida por los agentes económicos globales que dificulta el establecimiento de objetivos a largo plazo o proyectos comunes para el desarrollo y la

⁶ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

distribución. En este sentido, se habla de un «nuevo constitucionalismo» para referirse al reflejo en las Constituciones nacionales de la reestructuración global de las fuerzas económicas, confiriendo derechos especiales y participación a las corporaciones económicas y los grandes inversores. El dominio de los agentes económicos globales restringen, de este modo, las formas democráticas nacionales⁷.

En este contexto, no se puede por más tiempo seguir considerando independientes las cuestiones de justificación de las democracias nacionales y la cuestión de la democracia global. Una visión compleja de la democracia, para la que ésta no consiste sólo en un procedimiento de toma de decisiones sino que implica ciertos derechos y garantías y presupone cierto sentido cívico y compromiso político de la ciudadanía, debería favorecer una visión complementaria de ambas cuestiones. Las perspectivas de las instituciones democráticas en el futuro no pueden analizarse al margen del desarrollo de la esfera global. Propiamente la distinción entre sistema nacional e internacional no debería presentarse como una relación dialéctica, sino más bien como un continuo con un fin común. Las estructuras regionales y globales pueden reforzar los déficits funcionales o de legitimidad de las instituciones estatales, al tiempo que la conciencia de unidad de los movimientos sociales de protesta pueden ser los que desencadenen un consenso, tanto hacia el interior como hacia el exterior, sobre objetivos sociales básicos.

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA ESFERA GLOBAL

Las dificultades para el desarrollo del modelo constitucionalista global no son sólo empíricas sino también teóricas y técnicas. No es sólo la falta de voluntad política para la plena organización del aparato institucional y procedimental necesario para convertir la Carta de Naciones Unidas y las Declaraciones de derechos en una Constitución efectiva. No se trata tampoco solamente de las transformaciones operadas en el modo de adoptar decisiones de las instituciones políticas nacionales y supranacionales y la capacidad de influencia sobre ellas –o de desvinculación de las mismas– de plurales agentes privados. La cuestión es, fundamentalmente, una cuestión normativa relativa a la opción por un monismo o un pluralismo constitucional.

La realidad jurídica global es indudablemente una realidad plural. La constitucionalización de la esfera supranacional ha tenido hasta ahora un papel integrador, regulador de una realidad jurídica compleja en la que conviven órdenes jurídicos diversos organizados en torno a criterios de coordinación y subsidiariedad⁸. Este proceso dista en aspectos relevantes del modelo consti-

⁷ Vid. GILL, S., «New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy», *Pacifica Review*, 10, 1, febrero 1998, pp. 23-38.

⁸ JÁUREGUI, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: Política y Derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 2002, p. 148.

tucionalista que ha imperado en los Estados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Entre las principales transformaciones se pueden señalar las tres siguientes: crisis de la unidad y supremacía; debilitamiento de la función legislativa o de dirección política y reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional; y sustitución de un constitucionalismo de los derechos por un constitucionalismo procedimental.

2.1. Crisis de la unidad y supremacía. El pluralismo constitucional

Por lo que se refiere a la primera de las transformaciones, los procesos vinculados a la globalización no responden a una lógica interna, sea ésta económica, cultural o política, sino a la dinámica de una pluralidad de subsistemas sociales que aspiran a desarrollarse al margen de los límites estatales. El Derecho supranacional o global no surge sólo de las relaciones interestatales sino de la pluralidad de prácticas colectivas, procesos de tecnificación y especialización, redes sociales o culturales, o agentes económicos diversos. Las constituciones estatales no pueden ya atribuirse la supremacía jerárquica de la que depende todo el universo jurídico, puesto que están circundadas por una realidad normativa plural y compleja (declaraciones de derechos infra y supraestatales, acuerdos y pactos mercantiles privados y descentralizados, autorregulación de actividades profesionales o deportivas, decisiones de instituciones y agencias internacionales, etc.).

Conceptos propios de la tradición constitucional, tales como el de poder constituyente, jerarquía o soberanía, conforme a los que el pacto constituyente funda un nuevo régimen jurídico que anula cualquier otra pretensión de autoridad político-jurídica, resultan inapropiados para dar cuenta de una realidad de sedes plurales y autónomas con capacidad de dominio e influencia en las decisiones públicas. Lejos de la lógica jerárquica y unitaria que subyace a aquellos conceptos, esta realidad inspira modelos de autoridad no excluyente para los que las potestades de cada una no pretenden agotar las identidades, alianzas y aspiraciones de los miembros o asociados. Se habla, así, de una autonomía sin exclusividad⁹, conforme a la que la actuación de cada agente se entrelaza e interactúa de formas variables con la de otros sin que pueda hablarse propiamente de subordinación ni de delegación de poderes. En el ideario posmoderno, se dibuja el paisaje de una «constelación postnacional» integrada por una pluralidad de sectores sociales presididos por lógicas distintas; esto es, de una autoorganización sistémica.

En el universo jurídico se entrecruzan una serie de procesos, relaciones y regulaciones informales con pretensiones e intereses inconmensurables, nin-

⁹ CHAYES, A. & CHAYES, H. A., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, 1998; COHEN, J. L., «Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective», en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 261-280.

guno de los cuales se arroga en exclusiva la formación e interpretación del discurso jurídico. En este contexto se genera un discurso constitucionalista pluralista que amplía el número de sujetos y procesos constitucionales. Se asume que los diversos sectores sociales globales tienen un potencial, no sólo de autorregulación, sino de autoconstitución, esto es, de producción autónoma de su constitución sectorial¹⁰. En cuanto independiente del proceso político, esta tesis maneja un sentido distinto de constitucionalismo, al que concibe no tanto en su versión garantista de limitación del poder cuanto como regla de reconocimiento de la normativa vigente en esas sedes autónomas o base para la interacción o negociación entre agentes diversos. Neil WALKER piensa que sólo una reconceptualización del constitucionalismo puede permitir captar la variedad de posibilidades constitucionales que se abren en el contexto global. En general, los rasgos que definen el pluralismo constitucional se podrían resumir en los siguientes: a) Se parte de un concepto de sociedad mundial fragmentada, heterogénea e incapaz de acción colectiva unitaria; una sociedad desjerarquizada que sólo puede ser constitucionalizada en sus fragmentos, esto es, en ámbitos sociales sectoriales; b) el Derecho global actual no existe como unidad, sino como multiplicidad de sistemas jurídicos nacionales, internacionales y regímenes jurídicos definidos sectorialmente, cada uno de ellos productores de constituciones separadas; y c) no cabe esperar la integración de las constituciones parciales en un constitución política de conjunto pero sí posibles conexiones formales entre ellas¹¹.

Las tesis del pluralismo constitucional presentan un indudable aspecto descriptivo que se corresponde con una tendencia real apreciable desde la perspectiva global. La constitucionalización de la sociedad mundial no se está produciendo sólo desde las instituciones políticas internacionales, como tampoco exclusivamente desde la interacción descentralizada interestatal ni desde la actividad de agentes económicos, profesionales o sociales privados. Los elementos jurídico-constitucionales globales se están generando en una multiplicidad de sedes autónomas pero entrelazadas. Este contexto plural ha dado ocasión al pensamiento posmoderno para evidenciar la formación de un cons-

¹⁰ Puede verse, en este sentido, TEUBNER, G., (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1997; LADEUER, K. H., «Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept», *European Law Journal*, 3, 1997; SHAW, J., «Process and Constitutional Discourse in the European Union», *Journal of Law and Society*, 27, 1, 2000; WALTER, C., «Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», *German Yearbook of International Law*, 44, 2001; WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65, 3, 2002; JOERGES, CH., SAND, I. J., TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

¹¹ TEUBNER, G., «Globalización y constitucionalismo social: Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en GÓMEZ-JARA, C. (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Lima: Ara, 2005, pp. 118-119.

titucionalismo cuya función no se agota en la limitación del poder político y la garantía de las libertades individuales, sino que, sobre todo, pretende avalar la diversidad social sin someterla a un orden autoritario único. Y pretende hacer de esa tendencia un modelo más adecuado de constitucionalismo para la sociedad global, conforme al que la preocupación tradicional por evitar la dominación se entiende como necesidad de preservar la autonomía de diversos sectores sociales.

Pero, de este modo, se ha dado un paso de una tesis pluralista descriptiva a otra normativa para la que cada uno de los ámbitos en los que actualmente se produce un proceso de constitucionalización se legitima internamente conforme a criterios de eficiencia o de racionalidad específica del sistema. Este modelo intersistémico de organización de la sociedad mundial supone una propuesta de gobernanza en la que la autoridad se dispersa en formas diversas de poder, ninguna de las cuales monopoliza la articulación de las decisiones públicas ni el control de su ejecución. En muchos casos, esta idea de gobernanza presupone una concepción negativa de la capacidad de las instituciones formales para alcanzar los fines sociales por su falta de representatividad, la excesiva burocracia, su carácter electoralista, los déficits presupuestarios o su incapacidad técnica. La pluralidad de sistemas sociales funcionales maximiza las oportunidades de las personas y agentes globales de influir en las condiciones que afectan a su vida o actividad y permite atender la creciente singularidad de los conflictos, siendo, por ello, un modelo más inclusivo y sostenible que el tradicional gobierno estatal. Estas premisas son las que están en la base de la tendencia de nuestras actuales estructuras jurídico-formales y nuestra cultura jurídica hacia modelos menos formalistas y constitucionales, en favor de la autoorganización y la coordinación descentralizada.

2.2. Reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional

Las dificultades para organizar la democracia en el ámbito global han reforzado la eficacia de las decisiones técnicas y ejecutivas a costa de las decisiones legislativas. El déficit democrático de las instituciones internacionales refuerzan la proliferación de organizaciones regidas por conocimientos técnicos y fines puramente ejecutivos. Como afirmara HABERMAS, la ciencia y la técnica se convierten en ideología¹² que oculta el hecho de que las regulaciones implican decisiones normativas y producen consecuencias sociales que no se reducen a criterios objetivos de racionalidad científica.

Además, el constitucionalismo mundial refuerza aún más la función del juez. Por una parte, porque las propuestas de este modelo consideran que lo definitorio del mismo no es tanto un órgano democrático internacional de decisión cuanto la institucionalización de los instrumentos de garantía de los derechos. Luigi FERRAJOLI no considera probable la reproducción de la forma

¹² HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, Tecnos, Madrid, 1984.

estatal de organización política en la esfera internacional y aboga por la introducción de técnicas e instituciones de garantía, separadas de las políticas y dirigidas a la comprobación imparcial del respeto a los derechos y su tutela efectiva. A partir de su concepción de los derechos como normas en las que ya están implícitas las obligaciones correlativas que sólo esperan ser administradas por el intérprete, FERRAJOLI aboga por una esfera pública internacional presidida por instituciones de garantía¹³. «Está claro», afirma el autor, «que la construcción de un orden mundial informado por los principios del Estado de Derecho requiere la creación, a nivel internacional, antes que de funciones y de instituciones de gobierno –que refiriéndose a la esfera de la discrecionalidad política y obteniendo su legitimación de la representatividad política, está bien que sigan siendo competencia de los Estados nacionales-, de funciones e instituciones de garantía»¹⁴.

Y, por otra parte, porque muchas propuestas de Derecho global atribuyen al juez la compleja función de componer la unidad y coherencia de un sistema a partir de la pluralidad de niveles normativos. El modelo de juez que hoy se requiere difiere de los modelos formalistas y antiformalistas heredados de la tradición jurídica y desempeña un papel mediador de la pluralidad de discursos interconectados de muy diverso alcance que conviven en el universo jurídico. Sólo mediante la labor activa del jurista, especialmente el juez, se puede superar una realidad fragmentada que exige un vehículo de comunicación entre órdenes diversos.

Ambas tendencias prolongan en el ámbito global una de las objeciones que se le hacen a la democracia constitucional actual: su incapacidad para generar un discurso público amplio, que incluya la complejidad y potencialidad de la pluralidad social. Las decisiones técnicas y ejecutivas y un modelo reforzado de juez se anteponen, así, a la institucionalización de procedimientos democráticos que hagan posible un discurso político global y amplíen el número de agentes con capacidad para influir en la toma de decisiones. Pero el problema de la justicia global no es sólo el problema de la garantía de ciertas condiciones básicas para todo ser humano sino también un problema de dominación y hegemonía de ciertos agentes en la definición de los principios y reglas conforme a los que se consideran satisfechas tales condiciones. Por ello, una teoría de la justicia global no puede ser independiente de una teoría de la autoridad y la democracia que establezca procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. La autoridad de la normativa transnacional y su fuerza prescriptiva dependen de su articulación en un proceso que haga creíble su fundamento democrático y plural.

¹³ FERRAJOLI, L., «¿Democracia sin Estado?», en *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 137-150.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 320.

2.3. De un constitucionalismo de los derechos a un constitucionalismo procedimental

En ocasiones se habla de regulación de lo global en un sentido formal de reglas y procedimientos que favorezcan la interacción de todos los agentes. Algunas vías de reconceptualización del constitucionalismo ofrecen un modelo integrador de la pluralidad en el que los distintos sistemas normativos se compensen mutuamente. Ello supone buscar modos de reconciliar la diversidad al margen de la reflexión acerca de un modelo ideal de democracia supranacional. El problema constitucional central, por tanto, no obedece a un interés teórico sino pragmático, el de hacer que convivan tradiciones y órdenes diferentes, coordinando las funciones y competencias recíprocas y supervisando y delimitando la autorregulación. El Derecho constitucional no aparece como un orden jurídico autosuficiente y excluyente, sino un modelo procedimental que sienta las bases para la resolución de los conflictos entre normas¹⁵.

Es la idea que está en la base de la teoría de la síntesis constitucional o de la tolerancia constitucional. La primera concibe las normas constitucionales supranacionales como síntesis de las tradiciones constitucionales nacionales con la estructura común y los objetivos de la integración, existiendo una identidad sustancial entre las normas supranacionales y las estatales. La primacía del Derecho supranacional es sólo formal, en la medida en que los ordenamientos nacionales son sustantivamente supremos¹⁶. Conforme a la segunda argumentación, la disposición de los órdenes estatales a incorporar normas que no son el producto de la voluntad política de su comunidad sino la expresión agregada de las voluntades de otras comunidades es fruto de su compromiso con el principio de tolerancia constitucional. Conforme al mismo, se está dispuesto a anteponer las soluciones normativas que se van definiendo en un diálogo común continuado entre comunidades diversas sobre la voluntad normativa propia¹⁷. Esta propuesta parte de la preferencia, e incluso ide-

¹⁵ JOERGES, CH., «Integration through Conflicts Law: On the Defence of the European Project by Means of Alternative Conceptualisation of Legal Constitutionalisation», en NICKEL, R. (ed.), *Conflict Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Arena, Oslo, 2009, pp. 475-500.

¹⁶ MENÉNDEZ, A. J., «Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del Derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIV, 2007.

¹⁷ WEILER, J. H. H., «Why Should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Constitutional Tolerance», en SNYDER, F., (ed.), *The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 213-218; y, del mismo autor, «Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», en NICOLAIDIS, K., HOWSE, R. (eds.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, pp. 54-70.

alización, de la pluralidad y fragmentación vigentes, en la que ningún agente particular tiene la última palabra, sobre la consolidación de un marco jurídico estable que distribuyera competencias y resolviera conflictos. Es en la conversación de muchos actores en una comunidad interpretativa constitucional, y no en una estructura jerárquica con un Tribunal en su cúspide, en la que debe producirse la normativa constitucional.

A la idea de tolerancia constitucional, así como al resto de concepciones procedimentalistas del constitucionalismo global, subyace la pretensión de que la comunidad política supranacional coexista con el resto de niveles de gobierno y que la constitución global tenga como objetivo organizar las relaciones entre ordenamientos distintos sin otorgar prioridad a ninguno de ellos. La finalidad no es integrar en una estructura institucional común todos los centros de poder normativo sino lograr la pacífica coexistencia de ordenamientos plurales. A tales modelos se contraponen los intentos teóricos de conferir primacía al orden global, atribuyendo a éste la función de determinar los principios estructurales y sustantivos básicos en cuyo marco se integren el resto de sistemas normativos. Correspondería al Derecho constitucional global asignar competencias, definir los procesos de toma de decisiones globales y establecer límites sustantivos a éstos. A la teoría de la primacía del Derecho global subyace la tesis normativa de que sólo un Derecho constitucional común puede lograr la integración de la sociedad global haciendo efectivo el principio de igualdad.

3. MONISMO *VERSUS* PLURALISMO CONSTITUCIONAL GLOBAL

El proceso de constitucionalización global que se viene dibujando con estos rasgos va haciendo desaparecer el carácter fijo o definitivo de la estructura constitucional estatal, que se flexibiliza para adaptarse a una difusa estructura global. El concepto tradicional de soberanía resulta insuficiente o inadecuado para dar cuenta de la posición de los Estados, salvo que sea reformulado en algunos de sus caracteres básicos. La cultura jurídica de un constitucionalismo global no puede asumir la soberanía como inmunidad o independencia absoluta, sino como autonomía o capacidad para desarrollar sus funciones básicas y como responsabilidad en la protección de sus miembros y en la promoción de las condiciones para una comunidad político-jurídica internacional¹⁸. Ambos caracteres no son excluyentes ni exclusivos de un agente global, sino que se refuerzan en la mutua cooperación. Una nueva soberanía estatal, cuyas prerrogativas son redefinidas conforme a principios de una justicia global, puede seguir ocupando un espacio central, pero no exclusivo, en la esfera internacional.

¹⁸ Sobre la redefinición de la soberanía como responsabilidad, vid. SLAUGHTER, A. M., «Security, Solidarity and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform», *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 627-630.

Esta perspectiva pluralista que pretende seguir justificando la soberanía estatal en el marco de una diversidad de identidades y adscripciones no se presenta sólo como la versión empíricamente más adecuada para dar cuenta de los cambios en el orden mundial contemporáneo, sino que también se ofrece como normativamente preferible desde un punto de vista constitucional¹⁹. Por una parte, el estado embrionario del proceso de constitucionalización global y sus graves déficits democráticos y de garantías impiden por ahora una legitimación absoluta de la acción internacional que restrinja plenamente la soberanía estatal. La invocación de los valores y principios jurídicos internacionales encubren en muchos casos actuaciones estratégicas o intervenciones arbitrarias que sirven a intereses espurios de los Estados más fuertes. Una organización política mundial supondría una concentración excesiva del poder sin controles externos. Pero, por otra parte, el monopolio estatal de la producción jurídica no sólo es irreal sino un obstáculo para la garantía internacional de los derechos humanos. A pesar de la existencia de razones autónomas en favor del mantenimiento de la especial relación entre el ciudadano y el gobierno estatal, el constitucionalismo global puede servir para garantizar el compromiso de los Estados con un modelo de legitimidad cosmopolita, conforme al que tienen responsabilidades internas y externas. Al tiempo que los Estados pueden contribuir a evitar que el poder internacional se convierta en un poder despótico, promoviendo la organización formal y sustantiva de un Derecho público global.

En el extremo opuesto, la opción monista muestra que la constitucionalización de la esfera internacional no supone un solapamiento de órdenes diversos sino la primacía del orden global, pero asume que se trata de un proceso que se encuentra inacabado. Desde esta perspectiva, se considera que la opción normativa por el pluralismo responde a una realidad transitoria e imperfecta. La defensa cosmopolita del monismo constitucional muestra los hitos en la constitucionalización del Derecho internacional como «momentos constituyentes» que conducirán sucesivamente a un orden jurídico global. Los pasos en favor de este proceso han conformado un sistema deficitario pero ya establecido que supone el alejamiento gradual de la idea de soberanía estatal²⁰. El concepto de soberanía sólo podría rescatarse si se atribuye en último término al propio Derecho internacional que dota a cada sistema normativo de validez y hace posible la coexistencia de plurales sujetos normativos. El igual status de los diversos órdenes dejados autónomamente dificultaría su mutuo reconocimiento y respeto. La opción, escribió Kelsen, por uno u otro modelo supone la elección entre una ideología internacionalista y pacifista y una ideología nacionalista e imperialista²¹.

¹⁹ En este sentido, COHEN, J. L., «Sovereignty in the Context of Globalization», *cit.*, pp. 261-280.

²⁰ FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, 26, 1998.

²¹ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1958, p. 462.

Optar por un orden internacional constitucionalizado supone hacer desaparecer la soberanía estatal como tal, puesto que no pasaría de ser el conjunto de competencias, obligaciones y derechos que el orden internacional atribuye a cada Estado. El sistema internacional es, entonces, un orden jurídico autónomo dirigido a una comunidad política unitaria, en la que los Estados no tienen un poder normativo autónomo fundado en la idea de un *demos* propio, sino un poder derivado del sistema constitucional global.

La opción por el monismo o el pluralismo constitucional deriva, en último término, en la cuestión de la unidad y los límites de la comunidad política. El constitucionalismo global depende de la existencia de una fuente de legitimidad originaria propia y distinta de la de los Estados miembros. La aproximación pluralista pretende resaltar la continuidad de la legitimidad de los sistemas jurídicos nacionales que se construye sobre la idea de una voluntad popular que desea organizarse autónomamente, al tiempo que considera posible legitimar de modo independiente el orden jurídico internacional al margen del consentimiento de los Estados²². Es esa dualidad de fuentes últimas de legitimidad la que hace necesario hablar de pluralismo y división de la soberanía. La aproximación monista, en cambio, atribuye una legitimidad originaria sólo al orden internacional, siendo éste el que determina las condiciones de validez y legitimidad de los sistemas jurídicos que lo integran. La primera opción se muestra como más tolerante y respetuosa con la autonomía de las comunidades, sus tradiciones y culturas políticas diversas, además de considerar razones de afinidad presentes en cada una de esas comunidades: es en el seno de sociedades particulares que se sustentan en lealtades institucionales donde sus miembros pueden identificarse en mayor grado con las decisiones públicas y aceptar responsabilidades mutuas. Pero esa autonomía se interpreta sin exclusividad: cada

²² Para el caso de la Unión Europea, Ingolf PERNICE basa la legitimidad originaria del Derecho europeo en el conjunto de los pueblos que integran la Unión. Pero el autor sostiene que para considerar justificada esta premisa es suficiente la cláusula que se introduce en las Constituciones estatales que autoriza la transferencia de competencias y funciones a los órganos europeos. De esta forma, el autor interpreta que los pueblos europeos se reservan una parcela de su poder constituyente para formular un contrato social europeo, lo cual no deja de resultar una interpretación muy forzada de tales cláusulas (PERNICE, I., «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?», *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp.703-750). La legitimidad otorgada por los pueblos de Europa requeriría mecanismos más efectivos de participación política (en este sentido, ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Crisis de la soberanía estatal y Constitución multinivel», *Revista Direito GV*, vol. 2, n.2, 2006, pp.149-164). La idea de una legitimidad propia basada en un vínculo prepolítico o sentido común de pertenencia ha llevado a algunos a criticar la posibilidad de un constitucionalismo mundial por la ausencia de una sociedad civil global y las profundas diferencias entre los pueblos (entre otros, GRIMM, D., «¿Necesita Europa una Constitución», *Debats*, 55, Valencia, 1996; ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 75-104).

comunidad política, incluida la internacional, no excluye otras adscripciones o identidades. La opción monista se plantea que los requerimientos de una justicia global individualista e igualitarista se ven reforzados con un sistema de garantías global por encima de los sistemas particulares.

En sus extremos, tales opciones se identificarían con una confederación global no soberana de Estados postsobranos, la primera de ellas, y un sistema unitario global al que la soberanía corresponde en exclusiva, la segunda. En mi opinión ambos extremos son inadecuados para representar la constitucionalización global: el primero de ellos, en primer lugar, porque los regímenes jurídicos estatales y los supranacionales no son independientes, sino que se interconectan y afectan mutuamente; y, en segundo lugar, porque es difícil en el contexto actual determinar cuál es la base de la legitimidad originaria de los órdenes supranacionales. El segundo porque las relaciones entre unos y otros son complejas y difícilmente reconducibles a los esquemas de la ciencia jurídica nacional que presupone un sistema jerárquico de normas con una cúspide única claramente identificable. La Teoría y la Ciencia jurídicas han asumido que los Estados soberanos ejercen el monopolio de la autoridad jurídica. El reconocimiento de formas no estatales de Derecho abre el camino a cuestiones teóricas y dogmáticas que los juristas no pueden seguir obviando como la de los límites de lo jurídico, problemas de individuación y de interacción entre sistemas, o las implicaciones particulares de la diversidad normativa para las regulaciones estatales²³.

En realidad, en la esfera supranacional –fundamentalmente en el ámbito de la Unión Europea que es donde se han desarrollado la práctica y los debates constitucionales más avanzados– sería necesario emplear conceptos propios y reformular los de la tradición constitucional estatal para aludir a un contexto distinto y cambiante. Uno de esos conceptos con mayor capacidad explicativa es el de «Constitución multinivel» que integra normas de distintas esferas entre las que existe una distribución de competencias en función de las personas afectadas por las decisiones o sometidas a determinadas estructuras que las conforman²⁴. Ello supone, por una parte, formas complejas de ciudadanía en las que los individuos puedan participar en las esferas transversales de toma de decisiones que les afectan o a cuya estructura están sometidos. Puesto que estamos sujetos a una pluralidad de relaciones de interdependencia y estructuras, instituciones, reglas y

²³ Tales problemas han reforzado la idea de que el pluralismo jurídico es un modelo empírico y normativo más adecuado para dar cuenta del Derecho en el contexto global. Puede verse en este sentido TWINING, W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009.

²⁴ El principio de «todos los afectados» es defendido, entre otros, POGGE, TH., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005; y YOUNG, I., «Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model», *Social Philosophy and Policy*, 23, 1, 2006, pp. 102-130. Nancy FRASER critica el principio por su excesivo cientifismo y la indeterminación que genera el «efecto mariposa» y propone como alternativa el principio de «todos los sometidos», en FRASER, N., «¿Quién cuenta? Dilemas de la justicia en un mundo postwestfaliano», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 311-328.

asociaciones es necesario configurar espacios políticos plurales que permitan el control ciudadano de los diversos ámbitos de decisión. La ciudadanía no puede estar basada en la pertenencia a una comunidad determinada, sino en derechos y deberes que todos los individuos tienen en las esferas transversales de toma de decisiones que afectan a sus necesidades e intereses básicos. Por otra parte, la Constitución multinivel supone una reconceptualización de la soberanía como autoridad no excluyente en conflicto con otras pero dispuesta a cooperar²⁵. Como afirmaron ABRAM y Antonia CHAYES, la participación estatal en las instituciones internacionales constituye un derecho y una capacidad que permite a los Estados promover fines que no podrían alcanzar de modo aislado²⁶. Este concepto multinivel, plural o multilateral de constitución viene a reflejar la dificultad de reducir la realidad jurídica global a un esquema unitario y jerárquico y muestra la existencia de sistemas autónomos que se complementan e integran de modos diversos y variables.

El cosmopolitismo es, fundamentalmente, una cuestión de legitimidad y no de diseño institucional. No exige indefectiblemente un orden constitucional monista, sino que lo que reivindica es la necesidad de ampliar el pacto social, sometiendo a cualquier agente global a un marco normativo diseñado en un proceso democrático. La justicia no puede alcanzarse en contextos compartimentados sino que debe asumir la perspectiva de un contexto más amplio y complejo. Pero todo ello no supone renunciar a las instituciones estatales o regionales vigentes, sino cambiar la base de su legitimidad hacia la adopción de una actitud cosmopolita para la que los problemas globales son también problemas propios. Lo que exige hoy una ética de la responsabilidad política es la actuación conjunta de las instituciones estatales y el orden internacional en la consolidación de la paz, tratando de reconciliar las mutuas pretensiones de autoridad y autonomía mediante el respeto y reconocimiento recíprocos²⁷. El constitucionalismo global no aparece así como un orden independiente de los sistemas nacionales, sino como su continuidad, contribuyendo a reforzar y expandir las democracias constitucionales estatales, reforzando o complementando las funciones tradicionales del Estado dentro y fuera de sus fronteras. Ello supone la superación de la antítesis entre lo interno y lo externo, lo nacional y lo internacional.

²⁵ BESSON, S., «Sovereignty in Conflict», en WARBRICK, C., TIERNEY, S., (eds.), *Towards an International Legal Community?: The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, BIICL, London, 2006.

²⁶ CHAYES, A., CHAYES, A. H., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, cit.

²⁷ HOBSON, J., *The State and International Relations*, Cambridge University Press, 2000.

Las transferencias internacionales de datos y las libertades individuales: un acercamiento a las normas de protección de datos*

Elena García-Cuevas Roque
Doctora en Derecho. Profesora Asociada
Departamento Derecho Político
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: Proteger la intimidad personal y, en general, las libertades individuales frente a la transferencia internacional de datos personales, ha sido y sigue siendo una constante preocupación, no sólo para el jurista, sino también para el ciudadano, potencial afectado. Bajo este prisma, es obligado dar a conocer las normas jurídicas existentes, tanto a nivel nacional como internacional en torno a tal problemática, amplificada por los continuos progresos de la tecnología informática.

Palabras clave: transferencia internacional, Supervisor Europeo, datos personales.

Abstract: *The protection of privacy and individual liberties in general from international data transfer has been and remains a constant source of concern not only for legal professionals but also for citizens in general, who are after all the potential victims of abuses. From this standpoint, it is essential to study and understand existing national and international legislation governing data transfer and protection, an ever-expanding field in the face of technological progress.*

Key words: *international data transfer, European Supervisor, personal data.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Génesis de la regulación jurídico-internacional del Movimiento Internacional de Datos.—3. Transferencia internacional de datos y su consideración en la legislación española.—3.1. Aspectos más relevantes de la Ley española.—4. La protección de datos en la Unión Europea: el Supervisor Europeo de Protección de Datos 4.1. Intervenciones significativas del Supervisor.—5. Otras normas de protección: las *Binding corporate rules*.—6. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El problema de la seguridad informática en la «telaraña mundial» es alarmante. No en vano, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales». Referencia del Proyecto: DER2009-10375. Entidad financiadora: Ministerio de Educación y Ciencia.

(en lo sucesivo, AEPD) ha resaltado que el desarrollo tecnológico dificulta la protección de la intimidad: «afecta grave e intensamente a los derechos fundamentales e incluso puede condicionar el contenido de las normas jurídicas»¹. Traspasar las barreras políticas y geográficas, aunque necesario para activar la libre circulación de personas y cosas y mejorar las relaciones comerciales y culturales, presenta, sin duda, grandes inconvenientes, pues los derechos recogidos en las leyes de protección de datos pueden verse seriamente amenazados si no se actúa con cautela y bajo un control que garantice un grado de seguridad en las transmisiones. Debe procurarse, entonces, el delicado equilibrio entre intereses económico-comerciales e intimidad personal.

2. GÉNESIS DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE DATOS

Las Directrices sobre los Principios Rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales de la ONU –1990–, las Líneas Directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos internacionales de datos de la OCDE –1980–, el Convenio 108 del Consejo de Europa –1981– (véase nota 6, página 4 del presente trabajo) y la propuesta de Directiva de la Comunidad –1992– son los principales textos que abordan la ordenación de la protección de los datos personales de un modo general. En todos ellos, a pesar de sus diferencias, el movimiento internacional de datos ha sido objeto de una regulación autónoma, observándose cierta uniformidad en los mismos a la hora de abordar la cuestión.

Sabemos que la OCDE ha perseguido estimular y desarrollar la economía y comercio internacional, analizando las consecuencias de los nuevos desarrollos tecnológicos informáticos en este campo. Las actividades de la Organización, en cooperación con el Consejo de Europa, han sido diversas e intensas sobre todo en los años setenta y principios de los ochenta; fue el caso del simposio celebrado en Viena en 1977, donde se puso de manifiesto que las transmisiones internacionales de datos constituían la preocupación básica de esta organización. El fruto de este simposio fue el desarrollo de unas líneas directrices por un Grupo de Expertos en 1978 en un texto que fue adoptado por el Consejo de Ministros de la OCDE en forma de recomendación a los Estados miembros en 1980, en la línea de intentar evitar, en lo posible, el establecimiento de obstáculos a la libre circulación de datos que dificulten el necesario desarrollo económico y social; todo ello, sin olvidar la presencia de eventuales riesgos.

¹ Tras su experiencia como Director de la Agencia Española de Protección de Datos, éstas fueron las palabras vertidas por PIÑAR MAÑAS, J. L., *¿Existe la privacidad?*, Inauguración Curso Académico 2008-2009, Universidad CEU San Pablo, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2008, p. 13.

Uno de los principales objetivos del ya citado Convenio 108, que entró en vigor en 1985, ha sido conciliar «los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos», destacando sus disposiciones sobre los flujos transfronterizos de datos y de cooperación y ayuda mutua entre las partes contratantes; todo ello, tomando como base las resoluciones de 1973 y 1974 del Consejo de Europa. Por lo demás, el Convenio 108 se convierte en un trascendente instrumento de cohesión.

El objetivo de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) es fundamentalmente económico; sin ir más lejos, el Tratado de la UE de 1992 consiguió la creación del «Mercado interior», el cual implicó un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales quedaba garantizada de acuerdo con las disposiciones de dicho Tratado. A partir de los años noventa la UE comenzó a mostrar una mayor sensibilidad hacia el ámbito de los derechos fundamentales, siendo particularmente intensa la actividad del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo.

La solución jurídica adoptada en el ámbito internacional a la problemática del movimiento internacional de datos ha sido, en líneas generales, considerar que entre dos países afectados por flujos de datos a través de sus fronteras, la información deberá circular tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos, siempre y cuando, como se indicará en los epígrafes siguientes, el nivel de protección otorgado al individuo en cada uno de los ordenamientos afectados sea similar².

3. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS Y SU CONSIDERACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

«El libre flujo de los datos personales constituye una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra»; así rezaba la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD).

Por transferencia o flujos internacionales de datos se entiende, con arreglo a las Directrices de la OCDE, los movimientos de datos de carácter personal a través de las fronteras nacionales; esta expresión, «transferencia de datos», debe considerarse aplicable a todos los flujos de datos (entre sistemas informáticos) a través de las fronteras, fuera del territorio de Espacio Económico Europeo –EEE–, que constituyan una cesión o comunicación de los mismos, ya sea entre sujetos

² Cfr. RIPOLL CARULLA, S., «El movimiento internacional de datos. Legislación española y derecho internacional», *Revista TELOS* n° 37, marzo-mayo 1994, Cuaderno Central, disponible en http://www.campusred.net/telos/antiores/num_037/cuaderno_central10.html, (última consulta: 07/02/2012).

de Derecho Público³ o de Derecho Privado, así como aquellos que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español (art. 5.1 t Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos⁴ –en lo sucesivo RLOPD–), independientemente de cuál sea el soporte mediante el que se envían los datos o la forma de tratamiento, pues de no concebirse de esta manera, quedarían sin sentido algunas leyes de protección de datos⁵, amparándose en el art. 12 del Convenio 108 del Consejo de Europa. Obsérvese que, en esta definición, el RLOPD circunscribe el concepto de transferencia internacional a la salida de los datos fuera del EEE, tanto si el destinatario de los datos en el extranjero tiene la consideración de cesionario o de simple encargado del tratamiento de los mismos, de lo que se infiere que la comunicación o cesión de datos entre países de la UE no tendrán consideración de transferencia internacional, no necesitando, entonces, la notificación para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos; en efecto, el movimiento de datos entre los países de la Comunidad Europea es libre por aplicación del art. 1.2 de la Directiva 95/46 CE⁶; por lo tanto, en el seno de la UE no deberán existir problemas; éstos pueden surgir entre la UE como un todo y los países terceros, esto es, los Estados no miembros. Se ha puesto de manifiesto, asimismo, que la comunicación o cesión de datos se refiere a una «salida física» de los mismos y no «salida jurídica», ya que puede continuar siendo de aplicación la legislación nacional; en consecuencia, no se puede identificar el carácter internacional de la transferencia con la pérdida de competencia de la Ley Española⁷.

³ Es el caso del tráfico que se produce en el marco de la cooperación internacional en materia penal, policial o aduanera: el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen que contempló la supresión gradual de controles en las fronteras o el Convenio de creación de la Oficina Europea de Policía en la UE son buenos ejemplos.

⁴ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal. La necesidad de dotar de coherencia a la regulación reglamentaria en todo lo relacionado con la transposición de la Directiva 95/46/CE (véase nota 6, página 4 del presente trabajo) y de desarrollar los aspectos novedosos de la Ley Orgánica 15/1999, junto con aquellos en los que estos años de vigencia han puesto de manifiesto la conveniencia de una mayor precisión que doten de seguridad jurídica al sistema, justificaron la creación de este Reglamento. Véase nota 10, página 4 del presente trabajo.

⁵ VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Colex, Madrid, 1993, p. 171.

⁶ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta Directiva y el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, mencionado en páginas anteriores, constituyen la piedra angular en materia de protección de datos.

⁷ VERDAGUER LÓPEZ, J. y BERGAS JANÉ, M^a A., *TODO Protección de Datos*, CISS (Grupo Wolters Kluwer), Valencia, 2012, p. 356.

Se ha visto, pues, la necesidad de que estas transmisiones de datos se sometan a algún control, pues de otro modo, podrían propiciarse los llamados «paraísos de datos», anulando en gran medida cualquier tipo de protección nacional. Aquélla Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones⁸ y la vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación audiovisual, son una buena prueba de control: «mediante ley podrá limitarse el intercambio de comunicaciones», prescripción de gran relevancia, ya que los datos personales no se tratan siempre con arreglo a la normativa o se protegen de igual forma en el país receptor y emisor.

La protección de datos está armonizada en la UE, a través de la ya mencionada Directiva 95/46/CE, a nivel de los Estados miembros y, a través del Reglamento 45/2001⁹, a nivel de las instituciones europeas. Por su parte, la Ley Orgánica de Protección de Datos¹⁰ (en lo sucesivo LOPD), bajo el epígrafe «Movimiento internacional de datos», en su título V, y el Reglamento que desarrolla la misma, regula la transferencia de datos más allá de las fronteras y sus requisitos, de acuerdo con la protección existente en el destino. En cualquier caso, estamos ante una de las actividades más delicadas que han provocado una regulación muy cautelosa por parte de estas normas, como se tendrá ocasión de comprobar. Aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso de *Bodil Lindqvist* en noviembre de 2003, afirmó que la difusión de datos personales a través de Internet no se considera una transferencia internacional de datos, existen opiniones divergentes sobre el particular, lo que ha llevado a afirmar que la Directiva 95/46/CE presenta algunas deficiencias en la regulación de este fenómeno. Y así es; la Directiva parece reconocer los aspectos positivos de las Transferencias Internacionales de Datos en lo que atañe al desarrollo del comercio, pero podría no abarcar

⁸ La adaptación del marco jurídico nacional de Telecomunicaciones al comunitario conlleva la modificación de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones con la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, (de modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones). La Comunidad Económica Europea, a través de la Comisión y del Consejo, fijó el ámbito normativo común de este sector de las comunicaciones, dictando, entre otras, las Directivas de la Comisión de las Comunidades Europeas 88/301/CEE y 90/388/CEE, relativas a la competencia en los mercados de terminales y servicios de telecomunicación, basadas en el artículo 90, apartado 3, del Tratado.

⁹ Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Véase epígrafe IV del presente trabajo.

¹⁰ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En su momento, y en la redacción de la ya derogada Ley Orgánica 5/1992 y la actual Ley Orgánica 15/1999, fueron especialmente útiles para la comprensión de la protección de los derechos de las personas frente a las tecnologías, la ley de *Hesse* en Alemania (1970), la *Datalag* sueca (1973), la *Privacy Act* estadounidense (1974) y la *Data Protection Act* inglesa (1984), entre otras.

algunas situaciones, en la medida en que no son las consecuencias de una transferencia de datos voluntaria directa o indirecta por parte de una persona situada en Europa (...); la transferencia al exterior de Europa es el resultado de la naturaleza mundial e interactiva de las redes utilizadas por los residentes europeos¹¹. Desde este punto de vista, deberá observarse la Directiva 2002/58/CE¹² sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la cual contempla el reciente desarrollo de los servicios de Internet y la naturaleza global de su infraestructura.

3.1. Aspectos más relevantes de la Ley española

En el anteriormente mencionado título V de la LOPD se acoge el principio básico de reciprocidad del Convenio 108, que supedita el flujo internacional de datos, necesario para el desarrollo cultural, económico y de seguridad mutua de los Estados, a la existencia en el país receptor de los datos personales de garantías similares a las del transmisor¹³; en este caso, a las que se establecen en la LOPD: «No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos (...) con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la LOPD, salvo (...) autorización – expresa– previa del Director de la AEPD, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas»; así reza el art. 33 de dicha ley, siendo ésta la norma general; o como se afirma en el art. 25 de la Directiva, «el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado», lo que se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren o relacionadas con la transferencia («Considerando» 57º Directiva 95/46/CE): naturaleza de los datos, la finalidad y duración del tratamiento; el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, así como las normas profesionales y medidas de seguridad vigentes en dichos países¹⁴; estas circunstancias también están reflejadas en el art. 67 RLOPD. Estos criterios son indicativos; un criterio adicional podría ser el de que un nivel de protección inadecuado pudiera

¹¹ POULLET, Y., «Flujos de datos transfronterizos y extraterritorialidad: la postura europea», *Revista española de Protección de Datos* nº 1, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, julio-diciembre 2006, pp. 99-100.

¹² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

¹³ PÉREZ LUÑO, A.-E., *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 53, en su análisis de la estructura normativa de la Ley.

¹⁴ A pesar de las similitudes existentes entre el art. 33 LOPD y el art. 25 Directiva 95/46 en lo que se refiere a este extremo, se ha puesto de relieve la conveniencia de que la Ley española determine de un modo concreto, en la transposición, un sistema que garantizara el principio establecido en la Directiva; no olvidemos que la norma europea establece unas obligaciones dirigidas a los Estados miembros, no a los responsables de los tratamientos. APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 188.

causar perjuicios a los afectados¹⁵. Con ello «no sólo se cumple con una exigencia lógica, la de evitar un fallo que pueda producirse en el sistema de protección a través del flujo a países que no cuentan con garantías adecuadas, sino también con las previsiones de instrumentos internacionales (...)», atendiendo, además, a las formalidades que se precisen, como, por ejemplo, haber obtenido el consentimiento para la cesión o haber formalizado, en su caso, el contrato de servicios. Se observa que los principios inspiradores de este precepto y siguientes se basan en el Convenio 108 del Consejo de Europa y en el Acuerdo de Schengen. Entraré, más adelante, en el sentido que debemos otorgar a lo que se ha llamado «protección equivalente».

En su momento fue de gran ayuda, en la interpretación de este artículo, la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la AEPD, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos¹⁶, arrojando algo de luz en cuestiones tan complejas y señalando los criterios orientativos, ante el elevado número de dudas que se suscitaban por parte de los responsables de los ficheros y la sociedad en general; la adaptación de las normas reguladoras en esta materia a lo estipulado en los artículos 25 y 26 Directiva 95/46 ha generado una abundante casuística en la actuación de la Agencia, no recogida sistemáticamente, hasta la mencionada instrucción, en ningún texto. Pero, sabemos que las Instrucciones no aportan innovación alguna en la normativa existente; su finalidad es aclarar y facilitar, en un único texto, el procedimiento seguido por la Agencia «para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la diversidad de normas que se refieren al movimiento internacional de datos». La Instrucción 1/2000 contemplaba supuestos específicos atendiendo al país al que los datos se destinan o en función de la finalidad última que motiva la transferencia.

La definición de Transferencia Internacional de Datos que proporcionó esta Instrucción es claramente distinta a la que, una vez aprobado el RLOPD, se encuentra en el ya referenciado art. 5.1 t de este último, motivo por el cual, se debe entender que aquella Instrucción ha sido derogada por el mencionado Reglamento, al menos en todo aquello que se oponga o contradiga al mismo. En todo caso, el régimen regulador del movimiento internacional de datos se encuentra gobernado por el principio general incluido en el mencionado art. 25 de la Directiva, consistente en que «la transferencia a empresas o Administraciones ubicadas en el territorio de terceros Estados deberá entenderse sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de derecho nacional adoptadas con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva».

¹⁵ Así rezan las enmiendas 78.^a, 80.^a y 127.^a del dictamen del Parlamento Europeo. HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 189.

¹⁶ Disponible en <http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/PTD/INSTDINT.htm> (última consulta: 14/02/2012).

La regla general, pues, es el principio de reciprocidad en cuanto que este artículo 33 LOPD exige, a los países destino, un nivel de protección de los datos automatizados de carácter personal equiparable al de la LOPD. Pero se pone en manos del Director de la AEPD el determinar qué se entiende por «equiparable» y, por tanto, si hay o no garantía en otros países para transmitir los datos de carácter personal. Ahora bien, «protección equiparable» significa semejante, «equivalente» –expresión utilizada en el art. 12 del Convenio 108, pero no idéntico¹⁷; por su parte, la Directiva 95/46/CE se basa en el concepto de «nivel de protección adecuado», carácter que se refiere al nivel de la protección, no a la protección como tal; se ha considerado que este último concepto es más débil y abierto, así como menos restrictivo que el de «protección equivalente»¹⁸ o protección suficiente»; y así es, la equivalencia hubiera exigido una comparación analítica entre dos documentos: la ley extranjera y la de la UE, con el efecto de la adopción por parte del país tercero de una legislación, copia de la Directiva; en cambio, la protección adecuada de la Directiva tiene en consideración el objeto y efectividad de la protección¹⁹. Debe considerarse, en principio, que un Estado tercero ofrece un nivel de protección «adecuado» si ha ratificado el Convenio 108 (art. 25.6 Directiva 95/46/CE). Obviamente, a tales efectos se realizará una valoración de conjunto (que no se reserva a la AEPD) del sistema de protección, es decir, se valorarán las ya enumeradas circunstancias bajo las cuales vaya a tener lugar la transferencia de datos: la naturaleza de los mismos, la finalidad a que se destinan y la duración del tratamiento, país de origen y país de destino, las normas vigentes sobre tratamiento, medidas de seguridad, normas profesionales propias del país de destino o códigos deontológicos (art. 25. 2 Directiva 95/46/CE) y, por último, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea

¹⁷ Cfr. ULL PONT, E., *Derecho Público de la Informática (Protección de datos de carácter personal)*, UNED, Madrid, 2000, pp. 148 y ss, así como, Aparicio Salom, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, cit., p. 189. Parece que la Directiva 95/46/CE establece dos criterios diferentes en lo que se refiere a la utilización de estos términos: a) entre los estados miembros, «nivel equivalente» de protección; b) en las relaciones con terceros países, «nivel adecuado». Sobre ello, cfr. ESTADELLA YUSTE, O., «La transmisión internacional de datos personales y su control» en *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de datos, Madrid, 1996, p. 202.

¹⁸ HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, cit., p. 187, para quien «el nivel de protección adecuado» se configura como una norma en blanco a rellenar por la Comisión. VERDAGUER LÓPEZ, J., y BERGAS JANÉ, M^a A., *TODO Protección de Datos*, cit., p. 361, considera también que la terminología que emplea la LOPD es más restrictiva que la que utiliza la Directiva.

¹⁹ Poullet, Y., «Flujos de datos transfronterizos y extraterritorialidad: la postura europea», cit., pp. 102-103, siguiendo las opiniones vertidas por el *Methodology Paper*, adoptado por el Grupo *Artículo 29, Data Protection Working Party, Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 y 126 of the EU Data Protection Directive*, 24 de julio de 1998, WP 12.

sobre dicho país; a la vista de lo expuesto, se tendrán en cuenta las normas no jurídicas que puedan existir en el tercer país en cuestión, siempre que estas normas «se cumplan». Por lo demás, es interesante el sistema de coordinación que establece la Directiva en el citado artículo en cuanto a las condiciones para autorizar o denegar las transferencias, al disponer que los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que se consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado, siendo esta última quien inicie, en el momento que considere oportuno, negociaciones con terceros países que no garanticen un nivel de protección adecuado; asimismo, y con arreglo al art. 26 Directiva 95/46/CE, los Estados miembros informarán a la Comisión y a los demás Estados de la UE acerca de las autorizaciones singulares de transferencias internacionales que concedan. Como consecuencia de todo ello, la AEPD, al igual que el resto de autoridades nacionales de protección de datos comunitarias, perderá cierto protagonismo en el ámbito internacional.

En esta equiparación, arriba referenciada, de la protección jugaron un papel decisivo la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de Febrero de 1995, que contiene la Primera Relación de Países con protección de datos de carácter personal equiparable a la española, a efectos de transferencia internacional de datos, así como, la Orden del Ministerio de Justicia de 31 de Julio de 1998, por la que se amplía dicha relación a Italia y a Grecia²⁰, en virtud de la facultad (que no competencia exclusiva) que confirió la disposición final, 1ª, RD 1332/1994 LORTAD al Ministro de Justicia e Interior. Las legislaciones de los distintos países se encuentran en un proceso de continua evolución, de modo que la relación de países presenta un carácter abierto («lista blanca»); además, estas legislaciones son heterogéneas entre sí, por lo que dicha relación debe integrarse por varias relaciones parciales, especificando de forma separada los países que proporcionan un nivel de protección equiparable al español, según se trate de ficheros de titularidad pública o de ficheros de titularidad privada.

Aunque se deduce cierta inseguridad de todo lo expuesto, y pueden surgir dudas respecto de algunos Estados que no sean «seguros» al no existir una declaración oficial, debe imperar una interpretación del sistema establecido por la LOPD lo más acorde posible con la Directiva; ello significa que «no podrán realizarse exportaciones de datos a países terceros salvo que se hayan declarado como destinos seguros por el Ministerio de Justicia (Órdenes de 1995 y 1998) o se haya obtenido previamente autorización de la AEPD»²¹ (véase de nuevo art. 33.2 LOPD y 25.2 Directiva 95/46).

²⁰ Órdenes disponibles en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/o020295-mji.html y http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/o310798-mj.html (última consulta: 17/01/2012).

²¹ Cfr. APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, cit., pp. 188-189.

Lo cierto es que el Director de la AEPD acordará la publicación de la relación de países cuyo nivel de protección haya sido considerado «equiparable», conforme a lo detallado con anterioridad; esta lista se publicará y mantendrá actualizada a través de medios informáticos o telemáticos (art. 67.2 RLOPD).

Efectivamente, este es el último aspecto relevante que se debe subrayar del mencionado artículo 33 LOPD y la prescripción del art. 66 del RLOPD: la necesaria «autorización» del Director de la AEPD en las cesiones de datos a países que no ofrezcan un nivel equiparable de protección²², autorización que sólo podrá otorgar si se obtienen las garantías adecuadas aportadas por el exportador (art. 70 RLOPD). Dichas garantías fueron concretadas en la Decisión de la Comisión 2001/497/CE de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 2001, modificada por la Decisión de la Comisión 2004/915/CE de las Comunidades Europeas, de 27 de diciembre de 2004, la cual cubre las transferencias efectuadas por responsables del tratamiento establecidos en la Comunidad a otros destinatarios establecidos en terceros países que actúan como responsables del tratamiento y, por último, la Decisión 2002/16/CE, de 27 de diciembre de 2001. La autorización «podrá ser otorgada en caso de que el responsable del fichero o tratamiento aporte un contrato escrito, celebrado entre el exportador y el importador, en el que consten las necesarias garantías de respeto a la protección de la vida privada de los afectados y a sus derechos y libertades fundamentales y se garantice el ejercicio de sus respectivos derechos (...)» (art. 70.2 RLOPD). La autorización se tramitará conforme al procedimiento establecido en los arts. 137 a 140 del RLOPD.

En ocasiones, se efectúan transferencias de datos sin atender a estas prescripciones de la Ley, lo que conlleva unas sanciones con multas muy cuantiosas al encontrarnos ante faltas graves o muy graves.

Por último, cabe la posibilidad de que el Director de la AEPD deniegue o suspenda temporalmente, previa audiencia del exportador, la transferencia (art. 37.1 f LOPD), cuando concurren las concretas circunstancias recogidas en el art. 70.3 RLOPD. En estos casos, se notificará la resolución a la Comisión de las Comunidades Europeas cuando así sea exigible.

Ahora bien; existen determinadas excepciones (art. 34 LOPD) a la exigencia de la obtención de la autorización de la AEPD, basado en el art. 26 Directiva 95/46/CE²³:

²² No olvidemos que, con arreglo al art. 68 RLOPD, no será necesaria dicha autorización (...) para la realización de una transferencia internacional de datos que tuvieran por importador una persona o entidad, pública o privada, situada en el territorio de un Estado respecto del que se haya declarado por la Comisión Europea la existencia de un «nivel adecuado» de protección.

²³ En este punto, nos hemos dejado llevar por las detalladas exposiciones realizadas por VERDAGUER LÓPEZ, J. y BERGAS JANÉ, M^a A., *TODO Protección de Datos*, cit., pp. 376-380, así como por HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, cit., pp. 190-194.

a) Cuando exista un tratado o Convenio del que España sea parte; hasta el momento, el único existente que vincula a España en materia de Protección de Datos es el Convenio 108.

b) Cuando se preste o solicite auxilio judicial internacional; un ejemplo ya reflejado por la AEPD ha sido el de las compañías aseguradoras en el caso de accidentes de circulación entre vehículos de distintas nacionalidades.

c) Intercambio de datos de carácter médico entre facultativos o instituciones sanitarias; no debe olvidarse, sin embargo, la naturaleza «sensible» (art. 7 LOPD) de los datos de carácter médico. De nuevo, las compañías aseguradoras se amparan a menudo en esta excepción, de modo que la AEPD ha considerado la transferencia, en estos casos, únicamente en la medida en que los datos sean determinantes de una situación personal evolutiva o definitiva de lesiones o secuelas de daños físicos.

d) Transferencias dinerarias conforme a su legislación específica en esta materia²⁴.

e) Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia, para lo cual es de suma importancia para su eficacia la información relativa a la falta de protección adecuada en el país receptor de la transferencia. Esta excepción puede parecer una obviedad, ya que no tendría ninguna lógica prohibir una transferencia consentida por el interesado. Sin embargo, cobra especial relevancia en los supuestos de gestión centralizada de los servicios de recursos humanos de las grandes multinacionales.

f) Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero. El ejemplo propuesto por la AEPD es el del sector de la hostelería, donde son muy frecuentes las comunicaciones de datos a entidades ubicadas en cualquier país del mundo que operan dentro del sector turístico.

g) Cuando sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, «en interés del afectado», por el responsable del fichero y un tercero. Esto último puede generar cierto escepticismo por la propia relatividad de dichos intereses que pueden provocar la realización de transacciones perjudiciales. En cuanto a esta excepción, de gran complejidad por referirse a los contratos suscritos en el marco del proceso de ampliación de los mercados de valores que vienen desarrollándose en España, se ha insistido en el hecho de que todos los datos transferidos deben ser necesarios para la ejecución de los mismos, excluyendo los complementarios o no esenciales²⁵.

²⁴ RD 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las Entidades de Crédito y Orden de 16 de noviembre de 2000, de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes, y de desarrollo de la Ley 9/1999 de 12 de abril sobre régimen jurídico de las transferencias entre estados miembros de la UE.

²⁵ Así se infiere del *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 25 and 26 of the EU Data Protection Directive*, adoptado por Data

h) Cuando sea necesaria para la salvaguarda de un interés público; por ejemplo, la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias («Considerando» 58º Directiva 95/46/CE); obviamente, debe tratarse de un interés de relieve y entidad, ya que, de otro modo, esta excepción podría servir de excusa para autorizar, de una forma genérica, las transferencias entre Administraciones Públicas. En cualquier caso, hubiera sido deseable concretar este concepto jurídico indeterminado mediante una relación de supuestos.

i) Cuando sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial, similar al auxilio judicial.

j) Cuando se efectúe desde un Registro público, a petición de persona con interés legítimo y los datos tengan relación con la finalidad pretendida. En torno a esta excepción existe un sistema de cooperación entre Estados para la protección del niño y la adopción internacional. Este apartado se incluyó para cubrir la preocupación manifestada por la delegación alemana, en alguna ocasión, relativa a las repercusiones que la Directiva podría tener en el régimen de los registros públicos (Mercantil, Inmobiliario...). En estos casos, la transferencia no debe afectar a la totalidad de los datos que contenga el Registro («Considerando» 58º Directiva 95/46/CE).

k) Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la UE o un Estado respecto del cual la Comisión haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

En este último punto (k), deben tenerse en cuenta las Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas 2000/518/CE, 2000/519/CE y 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, que consideraron adecuado el nivel de protección de datos personales en Suiza y Hungría, así como el conferido por los principios de Puerto Seguro (*Safe Harbor*) para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de los EEUU²⁶. En efecto, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva europea sobre protección de datos el 25 de octubre de 1998, el Departamento de Comercio de los EEUU publicó el 21

Protection Working Party, el 24 de julio de 1998 (WP 12). APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, cit., pp. 190 y 274-282. Sabemos que en la Directiva comunitaria no se crea una autoridad comunitaria de protección de datos, sino este Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y un Comité, cuyo estudio excedería del ámbito de este trabajo.

²⁶ Junto a estas adecuaciones, debemos destacar, asimismo, la Decisión 2002/2/CE de 20 de diciembre de 2001, por la que se considera adecuado el nivel de protección de datos personales en Canadá, la Decisión 2003/490/CE, de 30 de junio de 2003, sobre la adecuación en Argentina, la Decisión 2003/821/CE de la Comisión de 21 de noviembre de 2003, relativa a Guernesey y, por último, la Decisión 2004/411/CE, de 28 de abril de 2004, concerniente a la Isla de Man. Vid. CHARLESWORTH, A., «Data Privacy in Cyberspace: Not National vs. International but Commercial vs. Individual», *Law and the Internet*.

de julio de 2000 el grupo de principios de Puerto Seguro, cuya finalidad consistió en que las empresas u operadores americanos que aplicasen los siete principios básicos, contenidos en este Acuerdo, tendrían el visto bueno de la UE y, por lo tanto, en el ámbito de protección de datos evitarían este control que impera en la Comunidad²⁷, permitiéndose, por ende, la libre transferencia internacional de datos a dichos operadores.

A modo de recapitulación, los países que ofrecen un nivel de «protección adecuado», en el sentido arriba indicado, son todos aquellos que pertenecen al espacio europeo de protección (los comunitarios y los pertenecientes al EEE como Noruega, Islandia y Liechtenstein), así como aquellos, ajenos a la integración, que disponen de un sistema de protección cuya suficiencia haya sido reconocida por la Comisión de las Comunidades Europeas (Suiza, Canadá, Hungría y EEUU). En lo que respecta a Canadá y EEUU, la Decisión que reconoce su nivel de protección adecuado, está limitada a los destinatarios a los que resulta de aplicación la *Personal Information and Electronic Documents Act* de 13 de abril de 2000 en el primer caso, y a los destinatarios adheridos a los Acuerdos de Puerto Seguro, en el segundo. En cambio, las Decisiones sobre la adecuación en Suiza, Argentina, Gernese y Isla de Man son de aplicación a todas las transferencias sin restricción (véase nota 26 *infra*).

En cuanto a los problemas que puede plantear la Transferencia Internacional de Datos figuran, en un lugar preferente, la evaluación del nivel de protección de terceros Estados, la dificultad en el ejercicio de los derechos individuales, la responsabilidad en el supuesto de transferir datos a un tercer país que no disponga de dicho nivel de protección y, finalmente,

EDWARDS, L., WAELDE, C. (eds.), Hart, Oxford, 2000, pp. 79-122, 84-106, citado por SANCHO VILLA, D., «Normas corporativas vinculantes (*binding corporate rules*): aspectos sustantivos y de cooperación internacional de autoridades», *Revista española de Protección de Datos* n° 4, enero-junio, 2008, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, p. 42 en nota 23.

²⁷ Sin embargo, el número de empresas que figuran en aquélla relación no es muy elevado y puede resultar insuficiente, habida cuenta del volumen empresarial existente en EEUU. Por este motivo, si se transfieren datos a una empresa de EEUU no incluida en el listado cabe la solución de elaborar un documento a través del cual se garantice que dicha empresa extranjera se somete a la jurisdicción española y a la Agencia de Protección de Datos en todo lo relacionado con el tránsito en cuestión, comprometiéndose asimismo a facilitar al titular de los datos el ejercicio de los derechos que en España hubiese podido tener. La notificación de este contrato se efectuará, como mínimo, anualmente, obteniendo de este modo la denominada certificación de Puerto Seguro. Así describe el caso especial de EEUU, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J., «Protección de datos: Transferencias internacionales de datos», *Baquía.com*, 24/02/2003. Sobre los principios de Puerto Seguro, cfr. DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M., *La seguridad de los datos de carácter personal*, Díaz de Santos, Madrid, 2002, pp. 118 y ss, así como, VERDAGUER LÓPEZ, J., BERGAS JANÉ, M^a A., *TODO Protección de Datos, cit.*, pp. 364 y ss.

la polémica capacidad extraterritorial de las autoridades nacionales de protección de datos.

La sociedad de la información exige un continuo intercambio de información entre los Estados, lo que puede dañar la privacidad de las personas. Como se ha puesto de relieve, los Estados generan las normas jurídicas precisas e incluso Convenios entre Uniones geopolíticas para evitar esta colisión de derechos. La necesidad de esta conciliación quedó ya reflejada en el Preámbulo de la Recomendación de la OCDE de 23 de septiembre de 1980. Lo importante y difícil es encontrar un equilibrio entre:

Protección intimidad/datos personales vs.	intereses económico-comerciales
Protección intimidad/datos personales vs.	libertad información y comunicación

4. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA: EL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Junto a los controles ejercidos por las autoridades nacionales de protección de datos, se ha visto la necesidad de un control ejercido por una autoridad supranacional que permita resolver conflictos provocados por las transmisiones internacionales de datos, sin que, por ello, disminuyan las competencias de las autoridades nacionales²⁸. Resulta evidente, pues, que la protección de datos es un derecho fundamental protegido, no sólo por el ordenamiento jurídico nacional, sino también por la legislación europea, ya que el mismo está consagrado en el art. 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE. De este modo, y a raíz del ya mencionado, en páginas anteriores, Reglamento 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, que dicta las reglas aplicables a nivel comunitario (véase nota 9, página 4 del presente trabajo), y de conformidad con el art. 286 del Tratado de la Comunidad Europea, se crea la figura del Supervisor Europeo de Protección de Datos (en lo sucesivo SEPD), con sede –la oficina– en Bruselas, también conocido como el «guardián europeo de la protección de datos de carácter personal»; la responsabilidad de este organismo de vigilancia independiente radica en garantizar que las instituciones y organismos de la UE, anteriormente mencionados, respeten el derecho de las personas a la intimidad en el tratamiento de sus datos personales, siempre que unas y otros procesen datos. Obviamente, el Supervisor trabaja con los responsables de la protección de datos de cada institución u organismo de la UE, con objeto de asegurar la correcta aplicación de las normas de confidencialidad de dichos datos²⁹.

²⁸ Necesidad puesta de relieve expresamente por ESTADELLA YUSTE, O., «La transmisión internacional de datos personales y su control», *cit.*, p. 147.

²⁹ Información disponible en http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/edps/index_es.htm (última consulta: 17/01/2012).

El SEPD y el Supervisor Adjunto, auténticos promotores de buenas prácticas sobre la privacidad en el seno de la UE, son designados por un período renovable de 5 años, por decisión conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo.

Como ya indican las leyes sobre protección de datos, el «tratamiento» o «procesamiento» cubre actividades tales como la recogida, el registro y el almacenamiento de la información, la recuperación para su consulta, el envío o la puesta a disposición de otras personas, así como el bloqueo, el borrado o la destrucción de datos. En este sentido, existen normas estrictas de protección de la intimidad que regulan estas actividades. Así, no se permite que las instituciones y organismos de la UE procesen los datos personales que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias filosóficas o religiosas o la afiliación a sindicatos, salvo «en circunstancias específicas»; tampoco datos sobre la vida sexual o sanitaria salvo que sea necesario por motivos médicos o sanitarios; incluso en ese caso, los datos deben ser procesados por un profesional sanitario u otra persona que deba atenerse al secreto profesional. El caso de las profesiones sanitarias es, en exceso, delicado y el SEPD considera que la comunicación de sanciones de estos profesionales y la denominada Tarjeta Profesional Europea pueden plantear problemas de protección de datos³⁰. Los datos de la alerta y otra información incluida en el fichero creado con el Sistema de Información del Mercado Interior sobre delitos o sanciones administrativas, precisan una protección reforzada bajo el art. 8.5 de la Directiva 95/46/CE y el art. 10.5 del Reglamento 45/2001, ya que este sistema de alerta va a afectar a la protección de datos de un gran número de personas y grupos profesionales en todos los Estados miembros, incluyendo obviamente a los profesionales de la medicina.

El SEPD trabaja con los responsables de la protección de datos de cada institución u organismo de la UE con objeto de garantizar que se apliquen las normas de confidencialidad de dichos datos, para lo cual se reúnen regularmente en encuentros bilaterales o durante las reuniones de la red de Responsables de la protección de datos (en lo sucesivo, RPD). No debe olvidarse que cada institución y organismo de la Comunidad tiene la obligación de nombrar

³⁰ Por este motivo, deben precisarse mucho más los casos concretos que pueden alertarse y definir con rigor el tipo de datos que se pueden incluir, tal y como se infiere del informe emitido por el SEPD sobre la modernización de la Directiva 2005/36/CE, de cualificaciones profesionales. Así, el nuevo art. 56 bis de la propuesta de esta Directiva crea un «mecanismo de alerta» para las profesiones sanitarias: «Las autoridades competentes de un Estado miembro informarán a las autoridades competentes de todos los demás Estados miembros y a la Comisión acerca de la identidad de un profesional al que las autoridades o los órganos jurisdiccionales nacionales hayan prohibido, incluso con carácter temporal, el ejercicio de las actividades profesionales siguientes en el territorio de dicho Estado miembro: a) doctor en medicina general en posesión de un título de formación (...); b) doctor en medicina especialista en posesión de un título (...).» Más detalles en http://www.medicosypacientes.com/noticias/2012/04/02/12_04_02_UE (última consulta: 03/05/2012).

un RPD cuyo cometido es garantizar de forma independiente que la institución o el organismo de que se trate respeta sus obligaciones en materia de protección de datos, así como de informar a los responsables del tratamiento y a los titulares de los datos de sus derechos y obligaciones; no en vano, el RPD puede ser el punto de contacto entre el SEPD y el responsable del tratamiento y es quien notifica al Supervisor la conveniencia de efectuar un control previo³¹.

En líneas generales, la labor de supervisión se centra en las notificaciones de los tratamientos que presentan riesgos específicos, debiendo ser revisadas previamente; puede limitarse a asesorar al titular de los datos objeto de tratamiento, pero también puede dirigirse una advertencia o amonestación a la institución correspondiente —o imponerle una prohibición de tratamiento— e incluso someter el asunto al Tribunal de Justicia Europeo. El Supervisor analizará el tratamiento de datos personales de acuerdo con el Reglamento 45/2001. En la mayoría de los casos, esta actuación lleva a una serie de recomendaciones que la institución o el organismo debe respetar a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de protección de datos (véase epígrafe Intervenciones Significativas del Supervisor).

Aunque, en principio, en la mayoría de los casos la información personal que se almacena sobre una persona (actividades ligadas a la contratación, recopilación de datos sobre salud en expedientes médicos, la vigilancia por vídeo...) únicamente se utilizará para fines legítimos, sin implicaciones o consecuencias ulteriores, el tratamiento de dicha información puede entrañar también riesgos; éstos pueden derivarse, por ejemplo, de la inexactitud de datos o comunicación de éstos a personas no autorizadas, lo que conducirá a situaciones nada deseables como la denegación de un contrato o la prohibición de acceder a un edificio o, incluso, presenciar la comisión de delitos de suplantación de identidad³².

Desde este punto de vista, es de vital importancia que, dado que estas situaciones afectan a los miembros del personal de la UE y, de un modo derivado, al resto de la población, todos deben ser conscientes de sus derechos y obligaciones. En estos supuestos, y dejando claro que el SEPD no tiene competencia sobre cuestiones de ámbito nacional³³, si una persona tiene razones

³¹ European Data Protection Supervisor, «El Supervisor Europeo de Protección de Datos y la protección de los datos personales en las instituciones y organismos comunitarios» en *www.edps.europa.eu*, Oficina de Publicaciones de la UE. Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2009, p. 9.

³² Son situaciones descritas en European Data Protection Supervisor, «El Supervisor Europeo de Protección de Datos y la protección de los datos personales en las instituciones y organismos comunitarios», *cit.*, p. 2.

³³ Esto no es óbice para que el SEPD coopere con las autoridades nacionales (por ejemplo, el ya mencionado Grupo de Trabajo del *Artículo 29*), no siendo, sin embargo, jerárquicamente superior a las mismas (autoridades nacionales o regionales); de hecho, las decisiones de estas últimas no pueden ser recurridas ante el SEPD.

para asegurar que su derecho a la intimidad ha sido infringido por una institución u organismo de la UE, debe acudir, en primera instancia, a los responsables del tratamiento de sus datos y pedirles que tomen medidas; de no estar satisfecho con la respuesta o resultados, contactará con el funcionario de protección de datos pertinente, que puede encontrar en la página web del SEPD, pudiendo, asimismo, presentar una denuncia ante el Supervisor, el cual efectuará las averiguaciones necesarias. Y así es; el SEPD puede recibir quejas de los Estados miembros de la UE, así como de otras personas que consideren que sus datos personales han sido objeto de un tratamiento inadecuado por parte de una institución u organismo europeo. Si la queja es admisible, el SEPD por lo general lleva a cabo una investigación, si bien, procurará siempre que sea posible, alcanzar una solución amistosa. Los resultados se comunican al demandante y se adoptan las medidas necesarias. Si el ciudadano no está conforme con la decisión del Supervisor Europeo, aquél podrá acudir ante el Tribunal de Justicia Europeo³⁴; este último puede destituir al Supervisor y al Adjunto si uno de los dos (o ambos) no ejercen adecuadamente sus funciones o si incurrir en una conducta indebida grave.

El SEPD aprueba dictámenes sobre las medidas administrativas relativas a la protección de datos adoptadas por las instituciones y organismos europeos, que pueden consultarse, clasificadas por años, en su página web. Durante su primer mandato, el SEPD emitió casi 50 dictámenes sobre propuestas legislativas referentes a temas importantes para la protección de datos³⁵. Podrá, asimismo, llevar a cabo investigaciones por iniciativa propia; éstas y las inspecciones son herramientas esenciales para una autoridad de control, ya que le permitirán recoger la información, así como disponer de los medios para la investigación de los hechos, el seguimiento de casos y controles de cumplimiento de las normas en general. En suma, realiza investigaciones y/o

³⁴ Son interesantes las decisiones del Tribunal de Justicia en torno a la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos en sus sentencias de 5 de marzo de 2009 (relativa a la interpretación del art. 7 de la mencionada Directiva) y de 9 de octubre de 2008; asimismo, sobre el tratamiento y circulación de datos fiscales de carácter personal, véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008; por último, en lo que atañe a la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, es relevante la sentencia de 18 de enero de 2001 en la que se vio implicada la República francesa al no cumplir con las obligaciones derivadas del art. 15 de esta última Directiva.

³⁵ Merecen especial atención entre las cuestiones tratadas, en estos dictámenes, con arreglo al Documento European Data Protection Supervisor, «El Supervisor Europeo de Protección de Datos y la protección de los datos personales en las instituciones y organismo comunitarios», *cit.*, pág. 6, la Decisión marco sobre protección de datos en el ámbito de la cooperación policial y judicial, la Directiva sobre la conservación de datos de telecomunicaciones, el Reglamento relativo al acceso del público a los documentos, el intercambio de datos con EEUU, la Directiva sobre la intimidad y las comunicaciones electrónicas, y la comunicación sobre identificación por radiofrecuencia.

audiencias, emitiendo opiniones o comentarios en relación con las propuestas legislativas comunitarias que puedan incidir en la protección de datos personales; trabaja, por último, de forma coordinada con los organismos competentes para la protección de datos personales en la UE.

A fin de supervisar el cumplimiento del Reglamento 45/2001, el SEPD se apoya en gran medida en los delegados o representantes de Protección de Datos (OPD) que son nombrados en cada institución u organismo. Aparte de las reuniones y contactos bilaterales con los RPD, el SEPD también participa, como se ha indicado líneas atrás, en las reuniones periódicas de la red de RPD.

Desde enero de 2004, el SEPD supervisa la unidad central de Eurodac. Esta supervisión se caracteriza fundamentalmente por la cooperación con las autoridades nacionales de supervisión y el establecimiento de recomendaciones para soluciones comunes a los problemas existentes.

El SEPD publica guías temáticas sobre los temas críticos que sirven como documentos de referencia para la administración europea, así como un informe anual que recoge sus actividades en ese período, cuyo texto íntegro y/o resumen pueden consultarse en varios idiomas. Dicho informe se remite a las principales instituciones de la UE, pudiendo ser discutido por el Parlamento Europeo. Con la publicación de estos informes, notas de prensa y *newsletters*, contribuye a crear una «cultura de la protección de datos en Europa», mejorando así la gobernanza. La incorporación, cuando proceda, de garantías de protección de datos en la legislación y las políticas de la UE, es condición necesaria para que estos instrumentos den los deseados resultados.

En diciembre de 2010 el SEPD adoptó un documento de política titulado «Seguimiento y Control de cumplimiento del Reglamento 45/2001».

4.1. Intervenciones significativas del Supervisor

El acceso a documentos en la UE y su adecuación a la normativa sobre protección de datos es una cuestión compleja y «sensible», en la cual, en principio, la UE no tiene competencia para armonizar; en este sector, el Reglamento 45/2001 no otorga al SEPD la competencia de garantizar el acceso a los documentos de las instituciones. Es el Reglamento 1049/2001³⁶ el que, a nivel de la UE, determina el derecho de todo ciudadano de la Unión, así como de toda persona física o jurídica establecida en un Estado miembro, a acceder a los documentos de las instituciones. Este último Reglamento se aplica a los documentos del Consejo, del Parlamento y de la Comisión, pero ha repercutido en las demás instituciones y organismos; el Tribunal de Justicia Europeo, por un lado, ha interpretado de forma extensiva este derecho, hablando de derecho a la información; por otro, ha interpretado de forma restrictiva las excepciones a este

³⁶ Reglamento (CE) n° 1049/2001 *begin_of_the_skype_highlighting*del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

derecho³⁷. Con motivo de un litigio entre el Sr. *Rijkeboer* y el *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam*, relativo a la desestimación parcial por este último de la solicitud de acceso de aquél a la información sobre la comunicación a terceros de sus datos personales durante los dos años anteriores a su solicitud, el Tribunal, en su sentencia de 7 de mayo de 2009, reitera la obligación de los Estados miembros de establecer que el Responsable del tratamiento ha de dar a la persona afectada acceso a la información relativa a los destinatarios y a los datos comunicados, con arreglo al art. 12 Directiva 95/46/CE.

Pero el Reglamento 1049/2001 indica que el derecho de acceso a los documentos está limitado por una serie de excepciones, entre las cuales destaca la intimidad y la protección de datos, que conducirán a la denegación del documento. El SEPD realiza una lectura muy firme de este precepto, al afirmar que deben cumplirse tres condiciones para dicha denegación: poner en peligro la intimidad del interesado (debe contener detalles «personales» o «privados»), afectar «sustancialmente» (y no superficialmente) al interesado dicho acceso del público y, por último, ser contrario —el acceso— a la legislación sobre protección de datos (en la medida en que el Reglamento sobre Protección de Datos prohíba la divulgación de los mismos). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la presión del Parlamento Europeo llevaron a la propuesta de modificación del Reglamento 1049/2001 en este extremo.

Por lo demás, el Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se sitúa el 1 de diciembre de 2009, supone una mejora en cuanto al ámbito de aplicación para el derecho de acceso a documentos.

Otra intervención relevante del SEPD ha sido una reciente advertencia o denuncia vertida sobre el documento conocido como ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) o *Acuerdo comercial anti-falsificación*³⁸; en su opinión, las medidas allí expuestas, que persiguen defender los derechos de la propiedad intelectual, y su imprecisión pueden derivar en amenazas para la privacidad y la protección de datos si no se aplican con corrección y cautela, al no ofrecer suficientes garantías; las amenazas se producen en el contexto de la monitorización de los usuarios y de sus comunicaciones electrónicas, lo que puede entrar en conflicto con la Carta de Derechos Fundamentales y la Directiva 95/46/CE³⁹.

³⁷ Cfr. SCIROCCO, A., «Acceso a documentos y protección de datos personales: la experiencia del Supervisor Europeo de Datos Personales» en *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2008, pp. 295, 296.

³⁸ Disponible en http://www.edri.org/files/juri_draft.pdf (última consulta: 04/05/2012).

³⁹ CAMÓS J., «El Supervisor Europeo de Protección de Datos carga contra ACTA» en *nacionred.com*, 25-04-2012, fuente: <http://www.nacionred.com/proteccion-de-datos/el-supervisor-europeo-de-proteccion-de-datos-carga-contra-acta>.

5. OTRAS NORMAS DE PROTECCIÓN: *LAS BINDING CORPORATE RULES*

El intercambio de datos personales entre empresas establecidas en los diferentes Estados ha experimentado un extraordinario desarrollo. En este contexto, una posible alternativa a los contratos de carácter multilateral en el ámbito de las herramientas jurídicas disponibles para transferir datos del EEE a terceros Estados son las denominadas Normas corporativas vinculantes (*binding corporate rules*), como conjunto de reglas uniformes para el tratamiento de datos, dentro de un grupo multinacional de empresas; es el caso del Grupo *General Electric* o *Philips*. Constituyen, entonces, nuevos mecanismos de cooperación internacional de autoridades estatales de protección, en la búsqueda de un modelo de integración plena, tal y como las contempla el Grupo *Artículo 29, Data Protection Working Party* en su Documento de trabajo de 3 de junio de 2001; en este contexto, se defiende «un procedimiento de cooperación establecido para conciliar el criterio de solicitud única con el de la autorización múltiple»⁴⁰. Estas normas, deducidas implícitamente del art. 26.2 Directiva 95/46/CE y art. 33.1 LOPD, fueron incluidas en el RLOPD en su art. 70.4 como «reglas internas adoptadas por grupos multinacionales de empresas» que permitirán gobernar el conjunto de las exportaciones de datos desde cada una de las sedes europeas hacia las sedes del grupo en terceros Estados; en dichas reglas o nor» de respeto a la protección de la vida privada y el derecho fundamental a la protección de datos de los afectados; la autorización del Director de la AEPD, que implicará la exigibilidad de lo previsto en estas normas, sólo procederá cuando éstas resulten vinculantes para las empresas del grupo y exigibles conforme al ordenamiento jurídico español⁴¹. En efecto, este último precepto del RLOPD contempla esta nueva posibilidad, además de la descrita con anterioridad (véase página 8 del presente trabajo), relativa a la solicitud de la autorización para la transferencia internacional al amparo de un contrato que reúne las condiciones establecidas en la Decisión 2001/497/CE.

⁴⁰ Cfr. *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directiva to Binding Corporate Rules for International Data Transfers*, adoptado por el Grupo *Artículo 29, Data Protection Working Party*, el 3 junio de 2001 (*WP 74*). La profesora SANCHO VILLA, D., ofrece un minucioso e interesantísimo análisis de estos nuevos mecanismos de cooperación en «Normas corporativas vinculantes (*binding corporate rules*): aspectos sustantivos y de cooperación internacional de autoridades», *cit.*, pp. 35-60. Deseo dejar constancia en este instante del hecho de que el actual SEP, el Sr. Hustinx, presidió entre 1996 y 2000 el mencionado Grupo de Trabajo del *Artículo 29* (o Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales).

⁴¹ VERDAGUER LÓPEZ, J., BERGAS JANÉ, M^a A., *TODO Protección de Datos, cit.*, pp. 374-375.

Habitualmente, en este cometido se utilizan centros de servicios compartidos y las denominadas «herramientas multi-acceso», que posibilitarán que los datos personales sean transferidos internacionalmente a sociedades de diversos países del mundo. De nuevo, resulta muy complicado el cumplimiento estricto de los requisitos jurídicos establecidos en las respectivas normativas de los distintos países.

6. REFLEXIONES FINALES

Aunque es deseable que los sistemas de tratamiento de datos estén «al servicio del hombre y (...), respeten sus libertades y sus derechos fundamentales, en particular, la intimidad, y contribuyan al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos» («Considerando» 2º Directiva 95/46/CE), la dinámica, sin embargo, está siendo mucho más compleja.

«La confianza en nuestras tecnologías sin fronteras tiene un precio»⁴² y éste es la invasión de la privacidad de las personas en una dimensión altamente peligrosa. Una muestra fehaciente de esta intrusión fue la aprobación en EEUU de la *Patriot Act* en noviembre de 2001, tras los terroríficos atentados del 11 de septiembre, en aras, no obstante, de una mayor seguridad mundial. Esta normativa, que obliga a las compañías aéreas –que operen con aquel país– a facilitar a las autoridades estadounidenses el acceso electrónico a unos datos contenidos en sus sistemas informáticos conocidos como *Passenger Name Records (PRN)*, dio mucho que hablar, al ser inicialmente considerada, por la Comisión Europea, contraria a la normativa comunitaria en materia de protección de datos. Tras diversas negociaciones y vicisitudes, finalmente el Tribunal de Justicia Europeo consideró, en su sentencia de 30 de mayo de 2006, que esta transferencia de datos de los *PNR* tenía por objeto garantizar la seguridad pública, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE. Pues bien; este es un ejemplo idóneo del nivel de penetración, alcanzado por las Nuevas Tecnologías, en la privacidad de las personas.

Hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad pueden suponer el acopio, tratamiento y cesión de datos personales, a través de las técnicas y herramientas que proporcionan las Nuevas Tecnologías, ha sido, y sigue siendo, una de las labores más ingentes protagonizada por los legisladores e instituciones europeos e internacionales; todos ellos, al menos es nuestro deseo, se han esforzado en buscar una solución global, desde el punto de vista internacional, que proporcione la mayor seguridad en estas transmisiones, a través de una legislación armonizada que facilite «la cooperación científica y técnica, así como el establecimiento coordinado de nuevas redes

⁴² Es el mensaje que lanza POULLET, Y., «Flujos de datos transfronterizos y extraterritorialidad: la postura europea», *cit.*, p. 113.

de telecomunicaciones en la Comunidad» («Considerando» 6º Directiva 95/46/CE).

No es una novedad que los flujos transfronterizos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social entre los distintos Estados, impulsados en su momento por el Mercado único (europeo), constituyen una incuestionable necesidad y, por supuesto, realidad. La conciliación de estos flujos con la protección de la intimidad, representa una constante tanto a nivel de la UE como a escala internacional.

En esta complicada pero loable empresa tienen una presencia decisiva las instituciones, organismos, agencias... europeos e internacionales. En el seno de la UE, junto a las ya tradicionales instituciones, como el Defensor del Pueblo, el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE, la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia –de las que han emanado no pocas Directivas, Reglamentos, Decisiones o Sentencias–, las intervenciones del SEPD, en forma de advertencias, denuncias, audiencias, opiniones, comentarios o investigaciones en general, han contribuido a arrojar luz sobre aquellas cuestiones sensibles o delicadas, tal y como he tenido ocasión de transmitir en epígrafes anteriores. Esta figura, nacida en 2001, supone un paso decisivo en este cometido de armonía, ya que trabaja de forma coordinada con los organismos competentes para la protección de datos personales en la UE y contribuye a inculcar una «cultura de la protección de datos en Europa».

En lo que respecta a la legislación española, ha quedado muy patente que tanto la LOPD como su posterior Reglamento han realizado una fiel adaptación al texto de la Directiva europea. El RLOPD, además, se ha encargado de contemplar aquellos extremos en los que la experiencia ha aconsejado un cierto grado de precisión o desarrollo que dote de seguridad jurídica al sistema.

Tras lo expuesto, parece que la solución jurídica internacional que se está intentado poner en práctica para abordar debidamente las implicaciones derivadas de los movimientos internacionales de datos ha sido, en líneas generales, la de considerar que entre dos países afectados por flujos de datos a través de sus fronteras, la información deberá fluir tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos, con las debidas precauciones; la única exigencia al respecto es, como se ha constatado, que el nivel de protección otorgado al individuo en cada uno de los ordenamientos afectados sea similar.

Reitero lo que en alguna ocasión⁴³ he manifestado ante la dicotomía planteada en estas reflexiones: las Nuevas Tecnologías han generado una nueva forma de ver el mundo; se ha producido un proceso de concentración y expansión de la información y del acceso a esta información que ha forzado a

⁴³ GARCÍA-CUEVA ROQUE, E., «La desigualdad de acceso a Internet desde la doble perspectiva política y social», *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2009, p. 252.

replantearse todos los principios que hasta hace unos cuantos años regían. Pero, ¿debemos renunciar a ciertos derechos básicos del hombre como la privacidad y la seguridad en favor del avance de la técnica? o, por el contrario, ¿renunciamos a los incalculables beneficios que las avanzadas tecnologías podrían proporcionar a la humanidad para resguardar los derechos individuales? Lo deseable es hacer congeniar ambos y, en esta línea, ya dibujada en este breve estudio, se está trabajando en los distintos Estados.

Repensar el Derecho Constitucional en el marco de la globalización desde las categorías de la «teoría cuántica de la información»

José Ángel Camisón Yagüe

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: La globalización supone un cambio de paradigma y un desafío sin precedentes para el Derecho Constitucional. Categorías basilares de la disciplina como «poder», «estado», «constitución», «pueblo» o «democracia» están en crisis. Este nuevo marco global demanda un nuevo lenguaje constitucional. Son necesarios nuevos instrumentos epistemológicos que nos ayuden a comprender la nueva realidad global desde el Derecho Constitucional. Para ello proponemos importar dichos instrumentos de otras ciencias, en concreto de ciertas categorías y conceptos de la Física Cuántica como la «decoherencia», «la entropía» o «la teoría cuántica de la información».

Palabras clave: Derecho Constitucional, Globalización, Física Cuántica, Epistemología.

Abstract: *Globalization causes a change of paradigm and is also an extraordinary challenge for the Constitutional Law. Basic concepts of the Constitutional Doctrine like «Power», «State», «People» or «Constitution» are in crisis. This new global frame needs a new constitutional language. New epistemological instruments are required to understand the new global reality through the Constitutional Law. We propose to import concepts and theories from the quantic physics to the Constitutional Doctrine, like «decoherence», «entropy» or «the quantic theory of information».*

Key words: *Constitutional Law, Globalization, Quantic Physics, Epistemology.*

Sumario: 1. Introducción: Globalización y crisis del Derecho Constitucional.—2. Breve apunte sobre la teoría cuántica de la información y sus conceptos constitucionalmente relevantes.—2.1. Sobre el concepto de información.—2.2. Sobre el concepto de decoherencia.—2.3. La asimilación de los conceptos de información y de la decoherencia por parte del Derecho Constitucional.—3. El poder económico financiero en el marco de la globalización como información cuántica.—4. La necesidad de Constitución como instrumento generador de decoherencia del poder económico financiero.

1. INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN Y CRISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La globalización es un complejo proceso, en principio, irreversible que se articula a través de múltiples y diversas manifestaciones

concretas.¹ Algunas de ellas arrojan perspectivas positivas para la humanidad, mientras que otras evidencian graves peligros y amenazas.² De entre todos estos peligros y amenazas es especialmente relevante para aquellos que consideramos que el Derecho Constitucional debe asumir una perspectiva crítica,³ la despiadada y cuasihegemónica ideología que neoliberal que ha servido a la globalización de fundamento, de pretexto y de contexto,⁴ en tanto que de

¹ PIERIK, R., «Globalization and Global Governance: A conceptual analysis» en HEERE, W. P.; *From government to governance: The growing impact of Non-State on the International and European Legal System*, Ed. TMC ASSER PRESS, La Haya, 2004, p. 454: «Globalization is not a specific object, instead is a process. Or more precisely, globalization is a set of accumulating processes, resulting from and generating a dialectical whole of political, economic, technological and cultural changes».

² ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS Punto I.5 de la *Declaración del Milenio*, Resolución 55/2 de 13 de septiembre de 2000: «Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías». Vid. también en este sentido la reflexión del CASSESE: «Pero las cosas no siempre funcionan del modo correcto. Determinadas dificultades objetivas y ciertas resistencias generan impedimentos y desequilibrios. Los desequilibrios por su parte traen consigo nuevos escenarios y entramados de intereses que actúan a la postre como motores aceleradores o incentivos. De aquí la pregunta fundamental: la globalización, ¿acabará siendo prisionera del laberinto que ha fomentado, o será capaz de impulsar los beneficios que afloran de sus intersticios?» en, CASSESE, S. *El Derecho Global*, Ed. Global Law Press, Sevilla, 2011, p. 25.

³ CABO MARTÍN, C. DE, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Ed. Trotta, 2010, pp. 14 y ss.: «De ahí que, desde este momento, lo que se conoce como pensamiento crítico (y que hoy trata de articularse como respuesta alternativa como se indica al final del trabajo) tiene como seña de identidad no separar método ni pretensión ni conocimiento científicos, de la realidad social, de manera que esté siempre en la forma correspondiente, vinculado a un proyecto transformador.»

⁴ SOUSA SANTOS, B. DE, *El milenio huérfano*, Ed. ILSA-TROTТА, Madrid, 2005: «Incluso dentro del campo hegemónico se presentan divisiones más o menos significativas. Sin embargo, por encima de todas estas divisiones internas, el campo hegemónico actúa sobre la base de un consenso entre sus miembros más influyentes. Este consenso no solo confiere a la globalización sus características dominantes, sino que también legitima estas últimas como las únicas posibles o las únicas adecuadas. De ahí que, como sucedió con los conceptos que la precedieron, tales como la modernización o el desarrollo, el concepto de globalización tenga un componente descriptivo y otro prescriptivo. Dada la amplitud de los procesos en juego, la prescripción es conjunto basto de obligaciones, afianzadas todas ellas en el consenso hegemónico. Este consenso se conoce bajo el nombre de «consenso neoliberal» o consenso de Washington, por haber sido referenciado en Washington a mediados de la década de los años ochenta. (...)».

ella se desprenden consecuencias que afectan, por un lado, directamente al Estado y su viabilidad⁵ y, por otro lado, a la Constitución, en lo que atañe a su normatividad⁶ y a su vigencia.⁷

En este sentido, en el de la globalización como manifestación de la ideología neoliberal, nos encontramos con el hecho de que de entre todos los factores reales de poder⁸ que articulan la constitución material⁹ o sociológica¹⁰

⁵ VEGA GARCÍA, P. DE, *Mundialización y Derecho Constitucional: una palingenesia de la realidad constitucional*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998, p. 10: «(...) pero se trata de un Estado que sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia» y pág. 15: «Nada tiene de particular que ante tan patéticas circunstancias, en las que el Estado se esfuma progresivamente, la sociedad civil se descompone y las ciudades ven eliminados los espacios públicos donde en nombre de la justicia pudieran formular sus reivindicaciones, surge la necesidad y se plantea el problema de cómo definir y donde situar nuevamente las viejas categorías del Estado».

⁶ Vid. en este sentido la reflexión de SALVADOR MARTÍNEZ, M. sobre los cambios que, en el marco de la globalización se están operando sobre la fuerza normativa de la Constitución en los sistemas jurídicos continentales de tradición romano-germánica que se caracterizaban por estar dotados de una Constitución escrita y rígida: «Se trata de cambios relativos a la estructura misma del derecho, que se ha abierto a principios, convenciones, recomendaciones... expresiones de voluntad de los órganos del Estado, de organismos internacionales, y de los propios privados, que han adquirido una fuerza vinculante de la que anteriormente carecían en los sistemas jurídicos continentales. En este sentido, el derecho tiende a convertirse en lo que Zagrebelsky ha llamado un *diritto mite* (derecho dúctil), un Derecho en el que la norma-regla se sustituye por la norma-principio, un Derecho de principios propio de las sociedades pluralistas actuales. En el mismo sentido, estamos asistiendo al avance de lo que los internacionalistas llaman el *soft law*, un derecho en el que la norma se transforma en recomendación o invitación (...))», en «Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, 2008, p. 395.

⁷ GUTIÉRREZ, I., «Globalización, Estado y Derecho Constitucional» en *A distancia*, Vol. 19, n.º 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia 2001/2002, p. 4. «(...) la Constitución del Estado social no puede suponerse ajena a los procesos políticos y sociales en lo arraiga su fuerza normativa (Hesse). Por ello resulta falaz oponer a la globalización una defensa cualquiera del Estado, eludiendo la contradicción entre el mantenimiento nominal del constitucionalismo social y el desarrollo de circunstancias que dificultan su vigencia».

⁸ LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975, p. 41: «Los factores reales del poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de las sociedades en cuestión, haciendo que no puedas ser; en sustancia, más que tal y como son.»

⁹ MORTATI, C., «Costituzione. Dottrine generale e costituzione della Repubblica Italiana», en VARIOS AUTORES, *Enciclopedia del diritto*, 2004, pp. 169 y ss. CABO MARTÍN, C. DE., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Vol. II, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pág. 181: «Constitución en sentido material, se utiliza para designar las fuerzas sociales que actúan en una comunidad determinada y la manera en la se interrelacionan y articulan, pues se considera que ahí se encuentra el elemento que condiciona y configura (que constituye) la comunidad estatal».

¹⁰ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Alianza, Madrid, 1984, pp. 56 y ss.

de la globalización existe uno, el poder económico financiero, que se ha liberado casi completamente de cualquier límite jurídico-político, lo que indefectiblemente conlleva una profunda crisis de la Constitución racional-normativa,¹¹ siendo uno sus más claros y evidentes epítomes la crisis de vigencia del Estado social y democrático de Derecho.¹²

Esta fuerza de lo fáctico a la que nos enfrenta la globalización nos conduce por tanto a constatar la debilidad Constitución como instrumento capaz de ordenar el poder, y en concreto el poder económico financiero, en aras del bien común y de la dignidad de la persona a través del Estado Social.¹³ Ante esta circunstancia es procedente colegir que el Derecho Constitucional, en tanto que ciencia jurídica que tiene por objeto central el estudio de la limitación y la ordenación del poder, se ha visto arrastrada a una situación de evidente crisis, que nos obliga a cuestionarnos y, en su caso, ha redefinir los elementos basilares de la disciplina, en tanto que las actuales herramientas e instrumentos conceptuales y epistemológicos del Derecho Constitucional nos sirven cada vez en menor medida para poder explicar la compleja realidad ju-

¹¹VEGA GARCÍA, P., DE, *Mundialización y Derecho Constitucional: una palingenesis de la realidad constitucional*, op. cit., pp. 33 y 34: «Pues bien, esta esa fastuosa construcción extendida y asumida por todas las latitudes, ante la que, como apuntábamos anteriormente, se presenta con mayor contradicción y con mayor patetismo los demoleedores efectos de la mundialización económica. Resulta chocante y aterrador que cuando las constituciones dejan de ser un mero conjunto de principios orientadores de la vida política, como sucedía en el siglo XIX, y se convierten en un verdadero sistema de preceptos con forma jurídica vinculante y cuando son las propias constituciones las que establecen los más escrupulosos y prolijos mecanismos del control del poder, sea justamente cuando nos convirtamos todos en testigos de excepción del singular espectáculo de la impotencia generalizada del Estado».

¹²CABO MARTÍN, C. DE, *Dialéctica del Sujeto, dialéctica de la Constitución*, op. cit., pág. 119: «Lo real de la globalización –y aunque no se pueda reducir a ello, pero es el aspecto más decisivo y el que aquí ahora importa– en el sentido económico financiero, no es tanto la expansión del capitalismo, que siempre ha tenido en ello su expansión más profunda (que por otra parte es de «subsistencia», pues, como es conocido, sólo puede subsistir «acumulando», en su sentido más propio, es decir, creciendo económicamente de manera continuada) cuando el crecimiento exponencial (Sousa) de las interrelaciones transfronterizas, entre otras razones porque el poder político (estatal) lo permite y posibilita, de manera que también puede definirse la globalización como la liberación del Poder económico del Poder político, la Economía de la Política».

¹³MAESTRO BUELGA, G., «Globalización y Constitución Débil», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1er semestre 2001, p. 171: «La globalización, en cuanto desvinculación de la constitución material del Estado social, que resulta sustancialmente contradictoria, actúa transformando el contexto de referencia constitucional afectando al ordenamiento estatal. En primer lugar, el paradigma de la globalización se convierte en mecanismo corrector de la constitución escrita, esto es de la constitución formal del Estado social. En segundo, trastoca el sistema de fuentes, trasladando al ámbito ordinario de formación, aquel disponible en la competencia política, la reordenación y la reconstrucción de los elementos definidores del sistema».

rídico constitucional existente, y por lo tanto, dejan de ser, en última instancia, útiles para la aspiración del constitucionalismo¹⁴ de controlar y organizar el poder en beneficio común.¹⁵

En este contexto, es preciso que el Derecho Constitucional busque –sin despreciar en modo alguno los logros y aquilatadas estructuras conceptuales desarrolladas a lo largo de los siglos de su existencia– nuevas fórmulas e instrumentos para garantizar su pervivencia,¹⁶ y por tanto la pervivencia de la

¹⁴ Vid. *in extenso* sobre el constitucionalismo y su evolución en FIORAVANTI, M.; *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Ed. Trotta, Madrid, 2001. Siguiendo a Fioravanti, podemos distinguir en Europa fundamentalmente tres épocas históricas distintas en lo que a la evolución del concepto Constitución se refiere. En primer lugar, la Constitución de los antiguos, referida a la Constitución teorizada en la época clásica de la polis griega, y cuya principal finalidad era combatir la tiranía y articular un gran proyecto de disciplina social y política sobre la virtud de los ciudadanos que alejara el peligro de *stasis* mediante la *eunomía*. En segundo lugar, la Constitución medieval, que pivotaba sobre la figura del Monarca en torno a él cual se articulaba un organicismo que culminará con la aparición de Estado absolutista. Y en tercer lugar, la Constitución de los modernos, que pretende, fundamentalmente, la limitación y ordenación del poder. Vid. también DIPPEL, H. (Aut.); ÁLVAREZ ALONSO, C. y SALVADOR MARTÍNEZ, M., (Traduc.), *Constitucionalismo Moderno*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

¹⁵ En este sentido cabe, por ejemplo, destacar las nuevas teorías constitucionales que tratan de redefinir la Constitución y el Derecho Constitucional en el marco del proceso de integración europea, tales como las teoría del constitucionalismo multinivel de I. PERNICE o la teoría del constitucionalismo dual de A. VON BOGDANDY, a la luz de las tesis de HÄBERLE sobre la existencia de un Derecho Constitucional europeo. PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, vol. 27, nº 5, Octubre de 2002, pp. 511 y ss. von BOGDANDY, A., «Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsens» en *Der Staat* 39 (2000), Heft 2, pp. 163 y ss. P. HÄBERLE, «Derecho Constitucional Común Europeo» en *Revista de Estudios Políticos*, nº 79 enero-marzo 1993. Vid. sobre esta cuestión *in extenso* en CAMISÓN YAGÜE, J. A.; «Sobre la “Constitución Europea” y otros misterios del constitucionalismo europeo» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 28, 2010.

¹⁶ NIETO A. y GORDILLO, A., *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 49 y 50: «Sería insensato, por tanto, ignorar el hecho de nuestra fugacidad personal y de la de nuestras ideas, de la que hemos de tener conciencia y debatirnos cotidianamente con ella. Desde Dilthey sabemos que quien se percató de la conciencia histórica de un saber lleva consigo para siempre el «sufrimiento secreto» de sus limitaciones, de su fugacidad. La alegría fáustica de creer haber descubierto la verdad, de haber encontrado la solución a un problema, se empaña de inmediato cuando viene la cuenta de su inevitable relatividad. Porque toda verdad, toda solución pertenece a un presente que pronto será pasado y sólo sirve para un periodo de tiempo y se encuentra determinada por las condiciones históricas en las que creces. (...) La conciencia histórica tiene incluso una vertiente inequívocamente optimista cuando se comprueba que «las ideas» jurídicas, que aparentemente desaparecen y son sustituidas periódicamente por otras nuevas, nunca se pierden de manera definitiva sino que reaparecen tarde o temprano como si de un «eterno retorno» nietzscheano se tratase. Dicho en términos más propios: las ideas no desaparecen y lo único que cambia son sus manifestaciones técnicas operativas, que se van adaptando a los distintos contextos culturales, en constante evolución, o simplemente modas.»

Constitución más allá del Estado, ante la encrucijada en que se encuentra al tener que adecuarse a un espacio político global.¹⁷ Así, tal y como ya ha sucedido en otras épocas de cambio, es preciso articular un nuevo lenguaje constitucional. De este modo en tanto que el nuevo marco de la globalización nos demanda pensar de modo diferente, requiere también necesariamente de hablar diferente.¹⁸ Es por ello, que planteamos la búsqueda de nuevos instrumentos epistemológicos, que nos ayuden, en primer lugar, a comprender y poder categorizar la nueva realidad global desde el Derecho Constitucional; para lo cual, como ya hicieron otros anteriormente, recurrimos a las ciencias naturales como fuente de inspiración;¹⁹ en tanto que éstas, con sus avances y

¹⁷ VEGA GARCÍA, P., *Mundialización y Derecho Constitucional: una palingenesia de la realidad constitucional*, op. cit., p. 69: «En cualquier caso, de lo que interesa aquí dejar constancia es del hecho de que la introducción del Derecho Constitucional en el tiempo obliga paralelamente a su adecuada colocación en el espacio. El aquí y el ahora, como en otros muchos aspectos de la vida de los hombres, también son coordenadas inescindibles en el Derecho Constitucional. Resulta por ello sorprendentemente extraño que los nobles y meritorios intentos por colocar el Derecho Constitucional en el tiempo, no se hayan visto acompañados de similares esfuerzos intelectuales por realizar su correspondiente ubicación en el espacio, olvidando que desde la polis griega hasta el Estado Moderno, el referente especial constituye siempre el presupuesto inexcusable y el punto de partida de toda especulación jurídica».

¹⁸ LAKOFF, G., *No pienses en un elefante*, Ed. Complutense, Madrid, 2007, p. 4: «Los marcos son estructuras mentales que conforman nuestro modo de ver el mundo. Como consecuencia de ellos, conforman las mentas que nos proponemos, los planes que hacemos, nuestra manera de actuar y aquello que cuenta como el resultado bueno o malo de nuestras acciones. En política nuestros marcos conforman nuestras políticas sociales y las instituciones que creamos para llevar a cabo dichas políticas. Cambiar nuestros marcos es cambiar todo esto. El cambio de marco es el cambio social. Lo marcos de referencia no pueden verse ni oírse. Forman parte de lo que los científicos cognitivos llaman el «inconsciente cognitivo»-estructuras de nuestro cerebro a las que no podemos acceder conscientemente, pero que conocemos por sus consecuencias: nuestro modo de razonar y lo que se entiende por sentido común. También conocemos los marcos a través del lenguaje. Todas las palabras se definen en relación a marcos conceptuales. Cuando se oye una palabra se activa en el cerebro su marco (o su colección de marcos). Cambiar de marco es cambiar el modo que la gente tiene de ver el mundo. Es cambiar lo que se entiende por sentido común. Puesto que el lenguaje activa los marcos, los nuevos marcos requieren un nuevo lenguaje. Pensar de modo diferente requiere hablar de modo diferente».

¹⁹ Vid. por ejemplo, sobre la estrecha relación del pensamiento hobbesiano con la ciencia, y en concreto con la física «La relación de Hobbes con su tiempo es mucho más estrecha: como filósofo, su concepción política se articula sobre su ontología y ésta se inspira directamente en la nueva física y mecanismo. Las teorías del movimiento del cuerpo que expone le llevan a comprender al hombre como máquina natural sometida al encadenamiento estricto de causas y efectos, teniendo como propiedades –igualmente naturales– el desear y obrar; es decir, deliberar y moverse en función de esta primera circunstancia que es el desear», en CHÂTELET, F., DUHAMEL, O., PISIER, E., *Historia del pensamiento político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 59. O también más recientemente, en el marco de la doctrina española, el recurso a la teoría de los conjuntos realizado por BASTIDA, F. J. para

descubrimientos, también nos enfrentan a nuevas realidades ontológicas, como la existencia de un asombroso mundo cuántico en el que las leyes de física newtoniana clásica parecen dejar de cumplirse. Los avances y descubrimientos científicos han cambiado a lo largo de la historia nuestra forma de entender la realidad y,²⁰ por tanto, pueden y deben contribuir hoy en alguna manera a mejorar el Derecho Constitucional contemporáneo, sin que éste tenga que dejar por ello de ser Derecho Constitucional.²¹

abordar la relación entre soberanía y democracia: «*En realidad, desea apuntar más allá, pues en la tesis que aquí se va a mantener, subyace una concepción general del derecho que se aparta de un positivismo basado en la lógica aristotélica de raíz binaria (A/no A), para fundamentarse en una lógica borrosa de la teoría de conjuntos, de acuerdo con la cual los conjuntos son borrosos y la adscripción a los mismos es una cuestión de grado. El ordenamiento jurídico se entendería, así, como un sistema borroso formado por reglas borrosas*», en «La soberanía borrosa» en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 1, 1998.

²⁰ Vid. también *in extenso* sobre la relación entre las ciencias políticas y las ciencias naturales en HELLER, H. *Teoría del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico D.F., 2002, p. 60: «*Hay que evitar, sin embargo, incurrir en la equivocación de creer que la delimitación de fronteras científicas entre la cultura y la naturaleza supone que la realidad aparezca desgarrada y hendida en esos dos campos. Por el contrario, es evidente que no existe una cultura independiente de la naturaleza y de sus leyes, pues la cultura nace, precisamente, del hecho de que el hombre se valga de las legalidades naturales para sus fines. La luz de nuestra habitación arde sólo en virtud de leyes naturales que el hombre utiliza para vencer, por ellas, la noche que afuera, también por leyes naturales, reina. La cultura no es pues, en modo alguno, una libre creación de la realidad, condicionada únicamente por el poder del espíritu humano, sino una conformación de la realidad sujeta a las leyes psíquicas y físicas del hombre y de su material. Debiendo añadirse que el conocimiento de estas leyes por el hombre, la manera como son utilizadas, en suma, su acción social y su significación cultural es algo que cambia también con la historia*».

²¹ Téngase en este sentido la críticas manifestadas por KELSEN respecto de la intoxicación del Derecho por parte de otras disciplinas científicas: «*Si ella se califica como Teoría «pura» del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Tal es su principio metodológico fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible. Pero una mirada sobre la Ciencia jurídica tradicional, tal y como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX, muestra cual distante se halla de corresponder a la exigencia de pureza. En forma desprovista de todo espíritu crítico hase mezclado Jurisprudencia con la Psicología y la Biología, con la Ética y la Teología. Hoy en día casi no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con lo que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica*» en KELSEN, H., *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica*, Ed. Nacional, Méjico, 1979, p. 25.

2. BREVE APUNTE SOBRE LA TEORÍA CUÁNTICA DE LA INFORMACIÓN Y SUS CONCEPTOS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Para aquellos que se dedican a las ciencias sociales, como es mi caso, y en concreto a las disciplinas jurídicas resulta en ocasiones, fruto de nuestra derivación académica y de lo basto e insondable de las ciencias naturales, hartado arduo y complejo acceder a las más modernas y revolucionarias teorías de la física. Por este motivo, me propongo aquí hacer un breve y accesible resumen esquemático de algunas de las ideas y conceptos que he tomado de esta rama de la ciencia, como inspiración, para la elaboración de mi trabajo. Vaya por delante, que no aspiro en modo alguno a definir con precisión científica cada uno de ellos, sino solo a resumir aquellos caracteres que personalmente he considerado pudieran ser relevantes para el Derecho Constitucional, su objeto y su método.

Dos son los conceptos de la física que considero más relevantes para la finalidad de este trabajo y de los que por tanto nos ocuparemos en este punto. En primer lugar, el de «información», y en segundo lugar el de «decoherencia», ambos en el marco de las teorías sobre la información cuántica expuestas por el físico teórico Vlatko VEDRAL, Profesor de Teoría de la Información Cuántica en la Universidad de Oxford.²²

2.1. Sobre el concepto de información

La física utiliza un concepto de información que tiene como eje fundamental la cantidad de información que se deriva de un evento en función de la probabilidad de que éste efectivamente se produzca. De este modo la información viene definida por dos variables: en primer lugar, por la existencia de un evento y, en segundo lugar, por la probabilidad de que dicho evento finalmente se desencadene.²³

Así, si efectivamente tiene lugar un evento poco esperado, es decir, que a priori tuviera pocas posibilidades de producirse, la cantidad de información generada por este sería muy alta. Por otra parte, si tiene lugar un evento muy esperado y que a priori tiene alto grado de posibilidades de producirse éste producirá muy poca cantidad de información.²⁴ Tratemos de arrojar un más

²² Puede consultarse un video del programa REDES de RTVE titulado «La incertidumbre del Universo cuántico» en la siguiente página web en el que el comunicador científico Eduard PUNSET, entrevista al Prof. VEDRAL y se exponen las ideas principales de la Teoría de la Información Cuántica. Disponible en <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-incertidumbre-del-universo-cuatico/1094700/>> (última consulta, 14.10.2012).

²³ Matemáticamente la información concerniente a un evento es directamente proporcional al logaritmo de la probabilidad inversa de que éste suceda.

²⁴ VEDRAL, V., *Decoding Reality. The Universe as a quantum information*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2010, p. 28: «*Unsurprising, we find the basis of our modern concept of information in the Ancient Greece. The Ancient Greeks laid the groundwork for*

poco de luz sobre esta cuestión con un ejemplo. Si mañana el Sol saliera por el Este, al tratarse de un evento con altísimas probabilidades de producirse, la información derivada del mismo sería muy poca; pero si por el contrario el Sol saliera inesperadamente por el Oeste, algo altamente improbable, este evento generaría una ingente cantidad de información.

Que un evento genere mucha o poca información no es una cuestión baladí, pues, en principio, a mayor información generada por un evento mayor entropía²⁵ se derivará del mismo, esto es, a mayor información mayor caos para el sistema. De modo y manera que cuando se produce una sobreabundancia de información el sistema que la contiene tiende a colapsar como consecuencia de dicha «sobredosis informativa». Volviendo al ejemplo anterior, imagínese el lector el inmenso desconcierto global que se produciría si mañana el Sol en vez de salir por Este, lo hiciera por el Oeste.

Si aplicamos este concepto de información al campo de la física cuántica, que es aquella que se ocupa de lo muy pequeño, nos encontramos con resultados sorprendentes. La física cuántica tiene entre sus postulados principales el conocido como principio de incertidumbre de Heisenberg, el cual expresado de forma muy simple nos dice que no se puede precisar simultáneamente con precisión dos pares de variables físicas.²⁶ De modo que respecto de una concreta partícula podemos conocer su posición exacta pero esto implica desconocer su velocidad, o viceversa si conocemos su velocidad no podremos determinar su posición; lo que nos da lugar a la dualidad onda-partícula. Esta propiedad de las partículas origina ciertas paradojas cuánticas, como la superposición de estados. Para explicar esta superposición se recurre normalmente al «gato de Schrödinger», que puede estar muerto y vivo a la vez.²⁷ En

its definition when they suggested that the information content of an event somehow depends only on how probable this event really is. Philosophers like Aristotle reasoned that the more surprised we are by an event the more information the event carries. (...) Following this logic, we conclude that information has to be inversely proportional to probability, i.e. events with smaller probability carry more information».

²⁵ En esencia la entropía, tal y como fuera definida por uno de los «padres» de la Teoría de la Información mide la incertidumbre de una información, la entropía puede ser por tanto comprendida como caos y desorden. *Vid. in extenso* sobre esta cuestión en. SHANNON, C. E., «A Mathematical Theory of Communication» en *The Bell System Technical Journal*, Vol. 27, July-October, 1948.

²⁶ El físico alemán WERNER HEISENBERG enunció en 1927 el principio de incertidumbre, también conocido como la relación de indeterminación.

²⁷ El Premio Nobel de Física de origen austriaco Erwin Schrödinger planteó en 1935 un experimento imaginario para ejemplificar la superposición cuántica de estados. En este experimento se situaba a un gato en una caja opaca y junto a él un dispositivo que, pasado un tiempo, liberaría un veneno mortal que causaría el deceso del gato. El dispositivo que ha de liberar el veneno está configurado de tal forma que tiene un cincuenta por ciento de posibilidades de activarse y un cincuenta por ciento de posibilidades de no activarse. La cuestión a dilucidar es si pasado el tiempo previsto para la activación del mecanismo el gato estaría muerto o vivo dentro de la caja. Según Schrödinger y en el contexto de la física

nuestro ejemplo, esta superposición de estados tendría lugar si el Sol saliera a vez por el Este y por el Oeste, cosa que, por espectacular que nos pueda parecer, se produce en el marco de la física cuántica.

Si ponemos en relación el concepto de información con el de superposición de estados esto nos indica que, potencialmente, todo evento, puede generar una inmensa cantidad de entropía. No obstante, en el mundo físico en el que vivimos el lector y yo estas cosas tan exóticas de que el Sol salga por dos sitios a la vez no suelen suceder, dado que normalmente los eventos suelen producirse generalmente tal y como a priori se espera que sucedan, y en esto parece que tiene mucho que ver la «decoherencia».

2.2. Sobre el concepto de decoherencia

La decoherencia es el término que la física ha dado a la relación que nos separa en el mundo en que vivimos de la incertidumbre cuántica. En principio, y en el marco de los postulados de la física cuántica, todas las partículas que conforman una mesa estarían en distintos lugares al mismo tiempo dada la superposición de estados, sin embargo, en la realidad en la que nos desenvolvemos la mesa nos aparece ordenada, en lugar concreto y determinado del espacio, y nunca en varios sitios a la vez. A esta propiedad de la mesa, de estar en un único sitio y no en muchos lugares es a lo que se conoce por los físicos como «decoherencia».

2.3. La asimilación de los conceptos de información y de la decoherencia por parte del Derecho Constitucional

Llegados a este punto es preciso poner en relación los conceptos de información y de decoherencia con el Derecho Constitucional, en tanto que, según considero, pueden ayudarnos a describir y en su caso entender ciertos hechos que se producen en el marco del estadio actual de desarrollo de la globalización.

Así en primer lugar, es preciso indicar que en el contexto de Derecho Constitucional podría ser de gran utilidad recurrir al concepto de información para abordar el concepto de poder. Esto es, el poder, en esencia no es más que información articulada a través de distintas formas, información que otorga a quien la posee un conocimiento sobre la probabilidad de suceso de un evento determinado. No en vano se ha recurrido siempre a la máxima de «quien tiene la información tiene el poder». El poder, en tanto que información codificada de forma decoherente, puede adoptar múltiples formas. Por ejemplo, y anticipándonos al epígrafe siguiente, podemos asimilar el capital expresado en una determinada moneda a un factor poder en tanto que expresa una infor-

cuántica, la respuesta correcta a la cuestión planteada mientras que la caja permanezca cerrada es que el gato estaría al mismo tiempo muerto y vivo, dado que cuánticamente hablando se superpondrían los dos estados vida y muerte, al mismo tiempo.

mación decoherente que nos permite conocer la posibilidad de predecir con un alto grado de exactitud la probabilidad de un evento concreto. Esto es, si yo poseo un millón de euros estaré también en posesión de una información que me permite predecir que con dicho dinero podré adquirir un bien inmueble que tenga ese valor. También podemos subsumir el poder político en tanto que información que se presenta de forma decoherente, así, por ejemplo, un ciudadano que ha sido elegido para el desempeño de un poder político decoherente, como por ejemplo, el Presidente del Gobierno, conducirá, en principio, el ejercicio de su acción dentro los límites fijados para el desempeño de sus funciones, de tal forma que para los ciudadanos sujetos a su acción será previsible, en un alto grado, conocer cual será la información que se desprenda de la actuación de dicho Presidente.

El ordenamiento jurídico es el encargado de establecer la decoherencia básica de todo el sistema, a través de la fijación de cada una de las concretas decoherencias de las informaciones que se consideren jurídico-políticamente relevantes, de modo que dichas informaciones o poderes, tendrán efectivamente limitadas las posibilidades de expresarse en función de limitación de su capacidad para introducir entropía en el sistema. Así, por ejemplo, cuando el apartado 1 del artículo 53 de la Constitución Española de 1978 establece que los poderes públicos están sujetos en el ejercicio de sus actividades a los límites establecidos por los derechos fundamentales, podemos predecir de antemano cuales son los márgenes en los que se desarrollará dicha actividad, de modo que, aún existiendo cierta incertidumbre respecto a lo que el poder público puede hacer, sí tenemos cierta «seguridad jurídica» respecto a ellos, de forma que a priori la información que éstos generan se mantendrá dentro de unos límites concretos, que constriñen la posibilidad de que se produzca un desenlace fuertemente entrópico que degenere en caos. De esta forma los derechos fundamentales y su reconocimiento y garantía constitucional establecerían una «decoherencia» elemental del sistema.

Así pues, la Constitución, es el instrumento a través del cual se logra que la información constitucionalmente relevante; esto es, que los «factores reales del poder político potencialmente cuánticos» y, en su caso, potencialmente generadores de altos grados de entropía, se presenten y ordenen de modo decoherente. De modo que la Constitución se actúa como un significativo «poder decoherentizador» que informa al resto de los poderes, ordenando a su vez la información a la que pueden dar lugar el resto de poderes por ella instituidos y sometidos a ella, dando lugar así a un sistema que, en principio, está llamado a funcionar con bajos índices de entropía, dado que la información no se presenta en un estado cuántico y, por ello, inasible o generadora de caos, sino que fundamentalmente está ordenada y estructurada «constitucionalmente» de forma decoherente.²⁸

²⁸ RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Ed. CEPC, Madrid, 1993, p. XXVI: «Lo que para mí define la Constitución es su función y esta es precisamente la de dar forma al

3. EL PODER ECONÓMICO FINANCIERO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN COMO INFORMACIÓN CUÁNTICA

En la actual etapa del proceso de globalización existe un poder, el económico financiero, que no está constitucionalmente articulado de forma decoherente, y que por tanto da lugar a una ingente cantidad de información, en tanto que, cada vez más, parece comportarse, al amparo de lo que nos inspira la física, de una forma cuántica; dando lugar a un significativo aumento de la información y por ello de la entropía en todo el sistema.

El poder económico financiero, en tanto que información, se ha liberado de las estructuras que lo mantenían en estado de decoherencia y por, por tanto, está en situación de poder generar ingentes cantidades de información que den lugar a un aumento de la entropía del sistema «político constitucional» en el que dicho poder se ubica haciendo peligrar la propia existencia del mismo.

Pero vayamos por partes. En primer lugar, es preciso señalar que el poder económico financiero se constituye sobre la base de un elemento que presenta un índice de decoherencia muy bajo, este elemento es el dinero. El dinero es en esencia una unidad de cambio, en la que se acumula un alto grado de información cuántica en potencia. Así, volviendo al anterior ejemplo, si poseyera un millón de euros puedo cambiarlos por un bien inmueble que tenga ese valor, pero también podría cambiarlos por un deportivo italiano de gran cilindrada, o en su caso por un millón de bolígrafos que estuvieran valorados cada uno de ellos en un euro, o incluso «comprar» fuerza de trabajo asalariada. Es decir, que el dinero, elemento sobre el que se articula el poder financiero, tiene en su naturaleza intrínseca un potencial de información cuántica casi incalculable. Piense el lector en cuántas cosas distintas podría adquirir si tuviera en sus manos un millón de euros. No obstante, existen una serie de leyes e instrumentos jurídicos que determinan la mínima decoherencia del dinero en sí mismo, esto es, que permiten articular de forma decoherente la información

poder, es decir, la de crearlo: forma dat esse rei. Como es evidente no se trata de una forma revolucionaria, en ruptura con las que hoy tienen curso en la doctrina constitucional, de la mayor parte de las cuales seguramente solo matices se separa. Ciertamente toda Constitución (no claro está, cualquier documento que así se denomine) implica la racionalización y limitación del poder, pero a mi juicio la Constitución solo puede ser definida por referencia sólo a esa función porque con ello se afirma (o se sugiere) la existencia de un poder anterior a la Constitución e independiente de ella y se pierde de vista el hecho de que es la Constitución el origen del poder, su fuente. Hablo naturalmente desde el punto de vista del Derecho. El poder como fenómeno social, surge de las relaciones existentes entre los hombres, pero el poder que nace de las relaciones fácticas no es todavía poder político. Es poder desnudo, pero no señorío; Macht, pero no Herrschaft; se impone en razón de su capacidad para doblegar la voluntad ajena, pero no puede pretender la obediencia como un deber de los sometidos, cuyo quebranto justifique el empleo de la fuerza. La Constitución es forma (constitutiva, si se me permita la redundancia) del poder porque es su pretensión de legitimidad».

cuántica potencial que contienen; así, por ejemplo, no todos los billetes y monedas son válidos sino que solo aquellos que han sido elaborados de una determinada manera y por una serie de órganos expresamente facultados para ello pueden crear dinero, aunque como veremos esto de «crear dinero» es más complejo e incierto de lo que parece.

El poder económico financiero se articula sobre la base del dinero, que como vemos, contiene en su naturaleza interna un potencial inmenso de información cuántica. El principal problema surge cuando el poder económico financiero se sirve de ese potencial cuántico de información y lo activa en su propio provecho a fin de generar más dinero. En este momento la poca densidad decoherente del dinero prácticamente se desvanece y éste empieza a comportarse de forma cuántica dentro de un sistema que es decoherente, con lo que proyecta sobre dicho sistema tal volumen de información que la entropía en su seno aumenta exponencialmente; lo que, superado ciertos límites, conduce al sistema al caos y su propia destrucción. Téngase en cuenta que no nos referimos aquí a la desigual información que usa el poder económico financiero para realizar sus actividades, como por ejemplo puede ser la «información privilegiada», sino al poder económico financiero en sí mismo considerado como información cuántica instrumentalizado a través del dinero.²⁹

Pero, ¿de qué hablamos cuando hablamos de que el dinero comienza a funcionar de forma cuántica? Cuando indico que el dinero comienza a comportarse de forma cuántica me refiero, por ejemplo, a que cuando se deposita una cantidad de dinero en una cuenta bancaria de un determinada entidad financiera ésta comienza comportarse como si adquiriera propiedades cuánticas, esto es, que, por ejemplo, adquiere la capacidad para tener varios estados al mismo tiempo. Así, sin dejar de ser el dinero que se ha

²⁹ SEBASTIÁN, L. DE, *Un mundo por hacer: claves para comprender la globalización*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 40: «El funcionamiento normal de los mercados reales genera inevitablemente grandes desigualdades económicas, sociales y políticas. Veamos por qué. En primer lugar consideramos las asimetrías de la información. La información de que disponen los empresarios y los consumidores en el mercado ni es perfecta ni es igual. (...) Esta diferencia es lo que se conoce como información asimétrica o asimetría en la información. La información asimétrica en la base del oportunismo, que los autores definen como «la búsqueda del lucro con engaño». Una primera y básica asimetría se da entre quien produce o fabrica una cosa y el que la compra. (...) La asimetría de la información, que es una circunstancia normal en los mercados es fuente de oportunismo y de transacciones ineficientes. Lo es incluso en términos del óptimo de Pareto, porque el uno podría estar mejor sin que el otro esté peor. Las asimetrías de información son una forma particular de las «posiciones iniciales» con que los participantes comienzan las transacciones. En las bolsas de valores muchas personas se han hecho millonarios porque tenían «información privilegiada». Conocían circunstancias y detalles que aseguraban la trayectoria ascendente de un valor en ciertos casos. Si además de entrar en la bolsa con información privilegiada, se entra con una gran fortuna o con amplio crédito, la ventaja de las posiciones iniciales es enorme».

depositado en la cuenta bancaria, una parte muy significativa del mismo se convierte también en el dinero que la entidad financiera presta a un tercero para comprarse un coche, o para «apalancarse» e invertir en bolsa.³⁰ Muchos de ustedes dirán, no sin razón, que estoy descubriendo el Mediterráneo, pues lo que acabamos de describir se produce por que el dinero es un bien no fungible, es decir, que si se deposita un dinero concreto en una entidad bancaria no es necesario que ese mismo dinero, los mismos billetes y monedas que yo deposité sean los que en su día se reintegren cuando se retire el depósito. Sí, pero si aplicamos las categorías cuánticas –y no las decoherentes a las que la ciencia jurídica se acostumbrado– el resultado ante este evento del depósito en una cuenta bancaria que se transforma en préstamo sin dejar de ser depósito, nos conduce a situaciones como la del gato de Schrödinger, en el que se dan superposiciones de estados, esto es, que dinero ingresado en un banco está y no está al mismo tiempo, y funciona como si fuera varias cosas a la vez, depósito y préstamo.³¹ Y esto genera potencialmente una gran cantidad de información en sentido cuántico que tiende irremediabilmente a aumentar la entropía del sistema.

No se trata solo de que el poder económico financiero pueda «generar dinero» (o lo que es lo mismo producir gran cantidad de información), sino que además puede hacer circular el capital a lo largo y ancho del globo casi sin restricciones³² reforzando de esta forma sus propiedades cuánticas semejantes a la multiplicidad de estados. Además, debemos tener en cuenta, la altísima velocidad con que lo hace. Así el dinero, en el marco de los mercados financieros, nos aparece en estado de múltiples superposiciones a velocidades

³⁰ Artículo 37 de la Ley de Ordenación Bancaria: «Ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las Leyes y a los usos mercantiles, prestando, además, por regla general, a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil.» Se trata en esencia de una descripción de lo que viene conociéndose como la creación de «dinero bancario».

³¹ Técnicamente la entidad bancaria debe tener siempre disponible un porcentaje del dinero que se deposita en la misma, y que no puede ser usado por el banco para invertir o hacer préstamos. Al porcentaje de estas reservas líquidas se les denomina «coeficiente de caja». Esas reservas líquidas vienen definidas legalmente para las entidades bancarias de la Unión Europea por el Banco Central Europeo, y están fijadas en la actualidad en el uno por ciento, tal y como indica el Reglamento nº 1358/2011 del Banco Central Europeo de 14 de diciembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1745/2003 relativo a la aplicación de las reservas mínimas, publicado por el DOUE L338 de 21 de diciembre de 2011.

³² Téngase en cuenta a este respecto como ejemplo lo indicado en el apartado 1 del Artículo 63 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea: «En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

próximas a la de la luz gracias a la intervención de máquinas que negocian con el mismo dinero hasta cuarenta mil operaciones financieras en un solo instante en el marco de las estrategias del *High Frequency Trading*, más conocido por el acrónimo HFT. De modo que no considero descabellado indicar que gran parte del dinero del que se sirve el poder económico financiero efectivamente se comporta de forma muy similar a una onda-partícula, tal y como vimos que nos describía la física cuántica, si precisamos su posición no podemos conocer su velocidad e inversamente.³³

Volviendo a nuestro ejemplo anterior sobre la salida del Sol nos encontramos con que, en el contexto en el que se desenvuelve el poder económico financiero, es posible que el Sol salga no solo por el Este y también por el Oeste de forma cuasisimultánea, sino que además de por estos dos puntos cardinales, el Sol salga prácticamente al mismo tiempo por otros trecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y ocho lugares más... Lo que como estará imaginando el lector, no solo genera una inconmensurable cantidad de información, sino que podríamos incluso atrevernos a describirlo como entropía estado puro, pues recordemos que a más información mayor entropía, o lo que es lo mismo mayor caos.³⁴

Finalmente, también es preciso destacar que además de la inabordable cantidad de información cuántica que genera el poder financiero en el contexto decoherente en el que se desarrolla, se suma el hecho de que en ocasiones dicho poder económico financiero actúa de forma totalmente irracional, con lo que aún se introduce un mayor grado de entropía que se

³³ El HFT, en castellano negociación del alta frecuencia, ocupa aproximadamente el cuarenta por ciento de las operaciones de negociación bursátil en Europa y cerca del setenta por ciento en Estados Unidos. Estas negociaciones no se realizan directamente por personas, sino que las efectúan directamente superordenadores en base a determinados algoritmos matemáticos que posibilitan la realización de estrategias de inversión en nanosegundos (la millonésima parte de un segundo). En ocasiones dichas operaciones se realizan para conseguir cantidades aparentemente exiguas como un 0,001 euros, sin embargo, el volumen de operaciones realizables en un solo segundo genera ingentes beneficios. *Vid. in extenso* en un lenguaje accesible sobre el *High Frequency Trading* en el reportaje «En manos de la máquina» de FERNÁNDEZ, D., publicado en el diario *El País* edición del 4 de diciembre de 2011, disponible en <http://elpais.com/diario/2011/12/04/negocio/1323008065_850215.html> (última consulta: 14.10.2012).

³⁴ En este sentido *vid.* lo indicado por INNERARITY, D. en *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*, Ed. Paidós, Madrid, 2011, p. 164, a propósito de la inabarcable complejidad económica actual: «*En materia de finanzas, los límites de la modelización probabilista son cada vez más evidentes. Matematizando los riesgos financieros se pretende modelizar todas las interpretaciones posibles de una situación. Pero mientras haya tantos observadores que hagan lecturas imprevistas de los fenómenos económicos, los riesgos no se podrán cuantificar. En un mundo de tanta densidad como el nuestro, la idea de causalidad ha perdido progresivamente su capacidad de resolver problemas. La creciente relevancia de las «incertidumbres ambiguas» (Bonss, 1995) marca la transición de las construcciones lineales a las construcciones complejas del riesgo.*»

suma al ya indicado,³⁵ algo que, además, conduce paradójicamente a la autodestrucción del contexto del propio mercado en el que el poder económico financiero actúa.³⁶

En resumen, el principal problema que se genera por la actuación cuántica del poder financiero es la inasumible cantidad de información cuántica a que da lugar y que proyecta sobre el entorno decoherente político constitucional en el que se ubica el Estado constitucional. Al hablar de entorno decoherente nos referimos a aquél espacio en el que las reglas de funcionamiento del sistema establecen un alto índice de decoherencia y, por tanto mantienen controlado el grado de información existente, normalmente y en aquello que es más sensible a la realización de dignidad humana y la limitación y ordenación de los factores constitucionales de poder a través de la Norma Constitucional.

Considero, así, que es posible describir el actual momento de la globalización a partir de la contradicción entre funcionamiento cuántico del poder financiero y el funcionamiento decoherente del resto de poderes constitucionalmente relevantes. Esto es el poder financiero funciona conforme a la física cuántica, mientras que el resto de poderes funciona conforme a la «física mecánica-constitucional tradicional», esto es según la física en la que el Sol solo sale por Este. Esta contradicción genera una continua inestabilidad en tanto que el poder económico financiero cuántico da lugar a unos volúmenes de información de tal magnitud que, proyectados sobre el contexto decoherente, conducen a la generación de tal cantidades de entropía que aceleran el caos tanto en el propio espacio cuántico donde efectivamente se desenvuelve el poder económico financiero como en el espacio decoherente constitucional en el que se desarrollan el resto de poderes.

³⁵ Por ejemplo, en lo que se refiere los mercados de deuda soberana, tan tristemente de moda en estos días, ciertos economistas aterrados indican «(...) *los mercados financieros no son ni eficientes ni racionales*», COUTROT, T., «Reforma del Tratado: una Europa más solidaria... ¿con los mercados?» en *ECONOMISTAS ATERRADOS, Europa al borde del abismo*, Ed. Pasos Perdidos-Barataria, 2012, pág. 9.

³⁶ *Vid.* también en este sentido y en referencia a los mercados de deuda soberana, STERDYNIAK, H., «Crisis de la zona euro: es urgente cambiar Europa», en *ECONOMISTAS ATERRADOS, Europa al borde del abismo*, Ed. Pasos Perdidos-Barataria, 2012, p. 41: «*El riego de esta crisis es que puede hacer que desaparezca el mercado de la deuda soberana (aquella que emiten los Estados), del mismo modo que ha ido desapareciendo, en gran parte, el mercado de la deuda del tercer mundo. Los fondos exigirán primas más elevadas ya que los títulos de deuda pública habrán pasado a ser títulos de alto riesgo. Los países, por su parte, rechazarán endeudarse a primas elevadas, sabiendo además que el endeudamiento los pone a Merced de los mercados; paradójicamente, las finanzas internacionales harán desaparecer progresivamente todos los mercados*».

4. LA NECESIDAD DE CONSTITUCIÓN COMO INSTRUMENTO GENERADOR DE DECOHERENCIA DEL PODER ECONÓMICO FINANCIERO

La Constitución es, tal y como ya hemos visto, la norma básica que genera la decoherencia mínima necesaria para que los flujos de información dentro de un contexto jurídico político no actúen de forma cuántica sino de forma fundamentalmente decoherente. Así, hemos asistido históricamente a otros conflictos en los que determinados poderes que funcionaban de forma potencialmente cuántica han sido «decoherentizados» a través de la regulación jurídica. Esto es, por ejemplo, el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado.

No se trata en ningún caso de que todos los factores de poder y, en su caso, todas las posibles informaciones cuánticas sean articuladas de forma decoherente y sometidas a normas que mantengan esa decoherencia, sino que solo deberían serlo aquellas que, por su potencial cuántico y entrópico, puedan poner en peligro la existencia misma del conjunto del sistema. Por ello, de entre todas las normas «decoherentizadoras» existentes solo se debe recurrir a la Constitución para el establecimiento de las mínimas normas de decoherencia que hagan posible la ordenación fundamental de aquellas informaciones cuánticas potencialmente desestabilizadoras de toda la estructura político-constitucional.

Pues bien, y como conclusión al presente trabajo, considero conveniente sugerir que sea la Constitución la que ponga coto y límite al volumen de información cuántica que el poder económico financiero genera, en tanto, que este volumen de información y la entropía a que da lugar pone en serio riesgo a todo el sistema decoherente en el que se inserta. Como hemos descrito inspirándonos en la física cuántica, el actual funcionamiento de poder económico financiero en el marco de la globalización supera con creces cualquiera otro factor real de poder potencialmente cuántico al que la Constitución tenga que hacer frente y someter a normas decoherentes.

Llegados a este punto sería preciso determinar si en el contexto actual de la globalización esta «operación decoherentizante» puede ser llevada a cabo por la Constitución del Estado nación, o si en su caso, solo puede ser realizada a través de una Constitución global racional normativa, única capaz, a mi juicio, de asegurar un cierto nivel de funcionamiento decoherente de poder económico financiero en toda su amplitud y complejidad cuántica.

CONSTITUCIÓN Y DERECHO DE LA UNIÓN

Apuntes sobre el principio de responsabilidad en el Derecho constitucional europeo*

Enrique Guillén López
Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad de Granada

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: La presente contribución pretende acercarse a las diferentes acepciones que tiene el principio de responsabilidad de los poderes públicos en la UE y en los Estados miembros. Se parte, así, de la esencialidad del principio de responsabilidad en los modelos constitucionales y de cómo se desgajan como instituciones separadas la responsabilidad política y la responsabilidad jurídica. La diferente lógica a la que responde cada forma de responsabilidad explica cómo sólo una vez alcanzada la responsabilidad jurídica puede alcanzarse la política en el seno de la UE. En especial, nos detendremos en el principio de responsabilidad patrimonial por infracción del derecho comunitario y en la forma en que puede suponer un aldabonazo al modelo de corrección de las situaciones creadas por la eventual inconstitucionalidad de la ley en los Estados miembros. Una acepción del principio de responsabilidad jurídica en la UE está suponiendo modificar el concepto de responsabilidad en los Estados miembros, y con ello, el complejo equilibrio entre Estado de derecho y Estado democrático en el que estos han estado descansando.

Palabras clave: Estado constitucional, Responsabilidad, Unión Europea, Democracia.

***Abstract:** This contribution aims to approach some of the different meanings of the principle of accountability of public authorities in the EU and in the Member States. It begins with the essentiality of principle of accountability in the constitutional models and considers the separation process and the different nature assumed by political accountability and legal liability. The different logic that responds each explains how only after reaching the legal responsibility can be achieved political accountability within the EU. In particular, we study the principle of liability for violations of the EU law and how it can affect the correction model of situations created by the possible unconstitutionality of the law in the Member States. One definition of the principle of legal liability in the EU is changing the concept of responsibility in the Member States, and thus the complex balance between rule of law and democratic state in which they have been underlying.*

Key words: Constitutional State, Accountability, Liability, European Union, Democracy.

* El autor agradece a Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ y Tomás REQUENA LÓPEZ que se tomen tanto gusto en discutir con el autor éstas y otras muchas cuestiones.

Sumario: 1. Responsabilidad y Estado Constitucional.—2. Responsabilidad y derecho constitucional europeo.—3. Observaciones conclusivas (y no concluyentes).

1. RESPONSABILIDAD Y ESTADO CONSTITUCIONAL

El principio de responsabilidad en el Derecho constitucional es fruto de una larga historia (inacabada, como la misma historia).

Comienza con episodios sin responsabilidad, o responsabilidad *sine die certus*. Construcciones teóricas como el Derecho divino de los Reyes¹ demuestra que el binomio «responsabilidad-poder» es admitido incluso cuando se trata de esquivarla. El brocardo «King do not wrong» no quiere decir que el Rey no esté sujeto a responsabilidad, sino que ésta sólo puede exigirse por aquél que es la fuente de todo poder. Dado que sus potestades no emanan de los súbditos sino de la voluntad divina, solo Dios estará en condiciones de poder controlar su ejercicio.

Con el Estado constitucional la responsabilidad se afirma como principio definitorio². El poder ya no emana de una esfera inencontrable sino que corresponde a diferentes órganos que se han atribuido tras cruentos episodios la capacidad de ejercerlo. De esta forma se traba entre ellos un conjunto de relaciones paritarias (la delimitación de ámbitos competenciales inmunes) y desiguales. Efectivamente, se suele plantear que en el inicio del Estado constitucional hay una pugna de legitimidades: la del monarca y la de los órganos representativos; la de los Parlamentos y la del Poder Judicial (gubernaculum vs iurisdictio³); la de los órganos representativos y el propio pueblo (Cfr. la Septennial Act⁴). Esta pugna de legitimidades se va resolviendo de diferente forma en cada momento histórico y, en función de la posición constitucional que cada órgano llegue a alcanzar, es posible trabar una cadena de responsabilidades. El órgano con más legitimación de acuerdo con el principio que dé origen al ordenamiento atribuye poder a otro y éste le debe dar cuentas del ejercicio del poder que el primero le ha derivado. La responsabilidad es, así, directamente dependiente del concepto de soberanía (esencial hasta la Segunda guerra mundial y seguramente necesitado de una recuperación en la actualidad).

La responsabilidad plantea desde el primer momento la dificultad de precisar el parámetro para verificar si el sometido a la misma ha actuado correc-

¹ FIGGIS, J. N., *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*, FCE, México, 1942.

² Es más, como me fue apuntado por el colega Miguel AZPITARTE, la propia decapitación del Rey puede entenderse como la forma inaugural y más extrema de la responsabilidad política.

³ McILWAIN, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEC, Madrid, 1991.

⁴ MATEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998. Véanse especialmente pp. 143-151.

tamente. Así surge la diferencia esencial entre responsabilidad política y responsabilidad jurídica. Lógico es que surgiera primero la responsabilidad jurídica. Es menor, desde el punto de vista de su entidad y de su repercusión, en la medida en que sólo nace en determinados supuestos prefijados por la norma. La responsabilidad política presume una prelación de legitimidades mucho más clara en la medida en que el parámetro de control es predeterminado por aquél que hace valer la responsabilidad ante el responsable.

Una idea que está presente es que la responsabilidad será mayor cuanto menor sea la relevancia del órgano que ejerza el poder. Así los modelos democráticos siguen una pauta en la que la responsabilidad es muy alta en el caso de la administración, menor en el caso del Gobierno, prácticamente inexistente por lo que se refiere al Parlamento e inconcebible en lo que atañe al titular de la soberanía: el Pueblo.

Tras esta apretada síntesis estamos en condiciones de plantear la relevancia actual del principio de responsabilidad en un marco constitucional absolutamente complejo, indiscutiblemente de crisis, en el que, sostengo, vuelve a reabrirse una pugna de legitimidades. Esta pugna es, en buena medida, la eterna entre el Estado de derecho y la democracia sin soslayar en absoluto la no menos intrínseca tensión territorial entre entidades autónomas. Son precisamente las pretensiones no necesariamente armónicas de diferentes criterios de legitimación las que creo que constituyen la razón última de la enorme anfibología que tiene tras de sí en la actualidad el principio de responsabilidad⁵. En una tipología meramente ejemplificativa y que sólo se va a detener en algunas de las formas de responsabilidad de las que nos vamos a ocupar en estas reflexiones, según quien lo alegue y cuál sea el parámetro de control esgrimido, nos encontraremos con un principio de responsabilidad política capaz de aportar un nuevo concepto de representación; con un principio de responsabilidad jurídica concebido al servicio de la protección del ordenamiento europeo frente a su infracción; o con un principio de responsabilidad jurídica al servicio de la garantía de la Constitución (toda o parte de ella) como norma jurídica suprema.

Buena parte de esta anfibología se hace reconocible tras la Segunda Guerra Mundial, período en el que asistimos a una conceptualización del principio de responsabilidad que presenta notas especiales.

En primer lugar, afirmado el fin de la soberanía⁶, de la parlamentaria, e incluso de la popular (véanse los intentos de limitar el concepto de poder constituyente), la responsabilidad viene a operar como uno de esos principios con los que apoyar la configuración jurídica de la muerte del soberano. En espe-

⁵ Cfr. el muy interesante trabajo de GOMES CANOTILHO, J. J., «Principios y “nuevos constitucionalismos”. El problema de los nuevos principios», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada núm. 14, 2010.

⁶ KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

cial, la idea de que en el Estado constitucional no hay poderes sino competencias, esto es, capacidades de actuación previamente delimitadas por normas jurídicas, nos lleva a una evidente apogeo de la idea de Estado de Derecho y de la responsabilidad jurídica como uno de los instrumentos para que lo jurídico se plantee en ocasiones como única clave de bóveda de todo el sistema. Efectivamente, el derecho se convierte en el parámetro para poder deducir responsabilidad: las constituciones se configuran como norma y aquella ley que la contrarie será expulsada del ordenamiento jurídico; la administración está sometida a la ley e incurrirá en responsabilidad si no la observa; hasta el juez está sometido a instrumentos que aseguren el correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

Además, el surgimiento de organizaciones como las Comunidades Europeas hace irrumpir otras formas de responsabilidad inéditas. Los Estados miembros son responsables por los incumplimientos del derecho comunitario. En su origen este principio toma cuerpo en el Recurso por Incumplimiento ante el Tribunal de Justicia pero posteriormente llega un mecanismo mucho más incisivo: la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos estatales por incumplimiento del Derecho comunitario⁷. Ya no existe la soberanía tampoco en el orden internacional (puede que tampoco exista lo político) porque el orden internacional deja de serlo (en lo que toca al espacio jurídico compartido por los Estados miembros). La responsabilidad en este ámbito nace y se desarrolla en un contexto sistemático provocado por la conflictualidad natural de las relaciones entre ordenamientos que se pretenden exclusivos en sus respectivos ámbitos competenciales.

Frente a todas estas formas de responsabilidad jurídica, la responsabilidad política se ve sometida a serias dificultades para asegurar su subsistencia. Para empezar, el parlamentarismo racionalizado (MIRKINE) hace que los instrumentos creados para actuarla (Moción de Censura y Cuestión de Confianza en el ordenamiento español) no puedan prácticamente nunca suponer el cese del Gobierno. Esto ha llevado a hablar de una responsabilidad política difusa⁸ en lo que no es sino un intento de seguir manteniendo el concepto pese a la devaluación de su contenido. De otra parte, atrapados, como estamos, en una teoría de la representación⁹ de raigambre absolutamente clásica no es posible articular mecanismos que permitan que los ciudadanos puedan exigir el cese del representante cuando estimen que ya no les representa. La responsabilidad política, la que intenta derivar conse-

⁷ Bien planteado el origen y la evolución del principio hasta llegar a la esencial doctrina KÖBLER en MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid nº 19, 2004.

⁸ RESCIGNO, G. U., *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967.

⁹ Cfr., por todas, la STC 10/1983. Cfr. GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991.

cuencias cuando un órgano no se atiene al programa que se ha comprometido a cumplir con el poderdante, no ocupa una posición definitoria en nuestro sistema. Queda reducida al otorgamiento de la confianza y a su retirada en el momento electoral¹⁰. No tenemos una teoría de la soberanía a base de negar que este concepto exista. Resta añadir que no se sabe cómo es posible que tengamos un concepto de democracia si hurtamos el debate sobre la soberanía.

De otra parte, las dinámicas de las dos instituciones, responsabilidad jurídica y responsabilidad política, son absolutamente disímiles en el sentido de que, mientras la primera busca la adecuación a una norma previa y por tanto la consolidación del estado de cosas existente (la seguridad), la segunda supone establecer una cadena de legitimidades que en última instancia tiene como fin al soberano: el Pueblo. En definitiva, los horizontes que se abren con el ejercicio de la responsabilidad política son mucho más abiertos y no se limitan a la mera reparación de los daños causados por la inapropiada conducta del órgano controlado¹¹. Frente a la seguridad de la responsabilidad jurídica, la inseguridad de la responsabilidad política. Frente a la estabilidad, el cambio. Se entiende, así, que el concepto que galvaniza mejor todos los intentos de reducción de los mecanismos para actuar la responsabilidad política sea el de «estabilidad». Y se entiende el sentido de no admitir forma de responsabilidad alguna cuando se trata de blindar la existencia de ciertas instituciones (como es el caso de la Corona en el ordenamiento constitucional español) más allá de operar como argumentos supuestamente justificativos la improcedencia de exigir responsabilidad a quien no tiene libertad y la traslación de la responsabilidad al refrendante (art. 64).

¹⁰ Éste es a mi juicio, uno de los factores que han aflorado en los movimientos sociales como el 15-M. El «No nos representan» se presenta como un eslogan ampliamente compartido porque el vínculo de dependencia que supone la responsabilidad de los cargos públicos respecto del titular de la soberanía aparece completamente desvaído. Por ello, sería necesario expandir el concepto de responsabilidad política; ampliar su contenido subjetivo, objetivo y temporal. Toca formular propuestas en este sentido. Sobre el 15-M, me remito a mi trabajo «El 15-M desde la óptica del socialismo democrático», en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, junio 2012.

¹¹ Pueden leerse en este sentido las siguientes palabras de Rafael ARGULLOL en el artículo titulado «Farsa y delirio» (El País, 16 de septiembre de 2012): «Pues si, en efecto, conocemos a los autores, a los responsables de lo que se está escenificando, en una farsa que raya el delirio, entonces hay que desatar los mecanismos de la catarsis y exigir responsabilidades caiga quien caiga. En una democracia los actores son también los autores. Nadie puede alegar que únicamente participaba ficticiamente en la representación. Pero entonces las consecuencias son drásticas y, eliminados los dioses, el juicio de los hombres debería ser implacable para llegar al fondo de lo ocurrido. Esto es arriesgado y da miedo porque supone un ejercicio de crítica y autocritica que, acostumbrados a ver la vida colectiva como una farsa, tal vez ya no estemos en condiciones de realizar».

2. RESPONSABILIDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Así las cosas, respondiendo la responsabilidad política a elementos políticos y la responsabilidad jurídica a la «neutralidad» de la norma no es extraño que la Unión Europea haya comenzado por la segunda. La Unión Europea como una comunidad de derecho; la Unión Europea como portadora de un ordenamiento que requiere ser observado por las instituciones de la misma Unión y por los Estados. Todas estas proclamas encuentran su correlato perfecto en FRANCOVICH¹². Es decir, antes de que hubiera referencias a que el Presidente de la Comisión tenía que tener vínculos con el Parlamento elegido por el Pueblo de los Estados miembros; antes de cualquier forma de moción de censura, ya tenemos un principio que no está en los tratados sino que es inherente a ellos¹³ a partir del cual el ciudadano de cualquier estado de la Unión puede obtener una compensación económica si se le ha producido un daño como consecuencia de una infracción del derecho comunitario. La prioridad temporal de esta forma de responsabilidad demuestra una prioridad teleológica: la comunidad de derecho debe preceder a la Comunidad política. El derecho acercará a los Estados y no será la comunidad política la que propiciará un derecho común, de contenido político, alumbrado tras un proceso plenamente democrático de elección de representantes que en un marco de diálogo abierto solventen las diferencias ideológicas. La institución de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario adquiere así un valor enorme¹⁴ como instrumento de salvaguarda de la primacía y la eficacia del derecho europeo en la medida en que coloca también al particular como aliado del derecho europeo frente a la infracción de su estado.

Aquí hemos avanzado un paso más. La responsabilidad jurídica de la que ahora hablamos es la responsabilidad patrimonial y los que están sometidos a ella son los Estados. Es más, cualquier órgano del Estado (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial) está sometido por la institución de la responsabilidad patrimonial cuando cause daños evaluables económicamente a consecuencia de la inobservancia del derecho europeo. El procedimiento para exigir tal responsabilidad es el que tenga establecido cada estado considerándose que no puede haber ninguna traba para quien pretenda plantear una demanda de responsabilidad por este concepto respecto de quien alegue una violación del derecho interno. De esta forma resulta que el ordenamiento constitucional español (y el de otros estados miembros) recibe un extraordinario impulso que dirige el principio de responsabilidad hacia confines apenas antes explorados.

En primer lugar, hace que la responsabilidad patrimonial pase a tener contenido constitucional y no puramente administrativo. Efectivamente hasta este

¹² As. C-6/90 y C-9/90.

¹³ La inherencia, como es fácil de señalar, no está tan visible como la nariz en nuestras caras, utilizando la expresión de un clásico de la literatura y el cine «políticos»: El Mago de Oz. Cfr. críticamente MARTÍN, P., op. cit., p. 830.

¹⁴ Así es reconocido como un principio general del derecho europeo. Cfr., por ejemplo, CHITI, M., *Derecho administrativo europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 92-98.

momento sólo la responsabilidad patrimonial de la administración estaba bien acabada en nuestro modelo constitucional en sentido material¹⁵, lo que obliga a remitirse a ésta como modelo de reparación de los daños causados¹⁶. A partir de ahora la responsabilidad patrimonial puede exigirse también cuando el legislador no transponga una directiva, y considerar patrimonialmente responsable al legislador tiene un contenido constitucional evidente, es un tema de raigambre absolutamente constitucional, porque tocan en él muchos extremos definitorios de principios contenidos en nuestra Norma Fundamental y, sobre todo, porque se da una nueva dimensión a elementos nucleares de nuestra estructura jurídico política tales como el sistema de fuentes, la capacidad de conformación de la realidad de los órganos productores de la ley, la capacidad del Tribunal Constitucional para determinar los efectos de sus fallos. Es, por tanto, un instituto que se separa de la responsabilidad patrimonial de la administración con la que solo comparte la idea de un daño que el poder público irroga a un ciudadano¹⁷.

En segundo término, tal admisión de la responsabilidad patrimonial, cuando alcanza al del legislador, por incumplimiento del derecho europeo exige que reordenemos de forma pareja nuestro modelo de corrección de la inconstitucionalidad de las leyes. Por decirlo con más claridad: que una ley interna pueda dar lugar a responsabilidad patrimonial por incumplimiento de una norma de otro ordenamiento sólo puede producirse porque la norma constitucional acepte tal opción (en nuestro caso a través del artículo 93¹⁸) pero de la misma manera que la Constitución Española no habilita que a través del derecho de la Unión se traspasen los contralímites¹⁹ no puede admitir que la respuesta a un ordenamiento derivado de la Constitución sea más garantista que la respuesta frente a la infracción del ordenamiento originario. En definitiva, lo que está en juego es la supremacía ordinamental²⁰. De no hacerlo así estaríamos admitiendo que el derecho de la Unión merece mayor protección que el ordenamiento constitucional, manteniéndose incólume el principio de supremacía constitucional en el artículo 9.1 CE. Seguramente no es ajeno a este sentir el Tribunal Supremo cuando hace relativamente poco²¹, y con una

¹⁵ Señalo esto no sólo por su inserción constitucional clara en el artículo 106 CE sino por contar ya con un bagaje doctrinal y jurisprudencial bien aquilatado a partir de la LRJAE y la LEF.

¹⁶ La cuestión aparece regulada en el artículo 139 de la ley 30/1992.

¹⁷ En el mismo sentido, QUINTANA LÓPEZ, T., «La responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, núm. 135, 1994, p. 104.

¹⁸ Planteando que por esta vía se da un contenido más amplio al artículo 9.3 CE.

¹⁹ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 (FJ 2).

²⁰ Podría plantearse si no es éste un mecanismo concebido esencialmente con ese fin: la protección del ordenamiento comunitario por esta vía (su principal misión, ya que la resarcitoria sólo sería asumida, si acaso, muy vicarialmente. Cfr. MARTÍN, P., op. cit.) puede suponer una subversión de los principios ordenadores de fuentes en los Estados miembros y especialmente que la supremacía constitucional de los Estados miembros (una gran resencia al proceso de integración) descienda un escalón más.

²¹ STS de 2 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª).

amplitud a mi juicio desmesurada, estima que la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 5/2002 supone la obligación de reparar el daño causado aun cuando esta norma no fuera constitucional por razones materiales, sino formales²². Este último caso nos permite enfrentarnos a la cuestión de cuáles deben ser los principios para articular un sistema de responsabilidad patrimonial del legislador²³ en el derecho interno. Hemos deducido su existencia a partir de una interpretación sistemática de la misma Constitución. Ahora debemos ver en qué casos opera, para lo cual podremos encontrar argumentos del derecho que lo hizo nacer. El punto de partida es que no es posible admitir el principio con tal amplitud que se disuada a la ley de actuar. Así es señalado tanto por la doctrina nacional²⁴ como por la europea²⁵. En una democracia lo político es esencial. No es posible democracia sin política y ello significa que no podemos soslayar en modo alguno que la ley es el resultado de un proceso en el que la mayoría coyunturalmente victoriosa en el parlamento evalúa las consecuencias de sus acciones y decide el futuro común adoptando una regla que, a la par que beneficia a algunos, perjudica a otros. No aceptar este principio²⁶ equivale a concebir el Estado como vinculado al mantenimiento de la situación preexistente; la idea de que se han de conservar las situaciones de partida; afirmar que se puede hacer, pero no deshacer²⁷. Por tanto, el principio de res-

²² En concreto, en el caso en cuestión se concede la indemnización solicitada por el recurrente sobre la base de que el perjuicio económico que se vio obligado a soportar fue causado por un Decreto-ley (concretamente el Decreto-ley 5/2002) que fue declarado contrario a la Constitución por el Tribunal Constitucional por no acreditar suficientemente la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, que es presupuesto habilitante para poder dictar esta fuente con valor de ley (STC 68/2007).

²³ Que junto con el supuesto de la responsabilidad del juez es el único que presenta un desafío en nuestro modelo constitucional.

²⁴ El amplio margen del legislador es una constante en la doctrina constitucional. Cfr., por ejemplo, la STC 128/2009 (FJ 3) para acotar el ámbito de aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador.

²⁵ Conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro en los Asuntos C-120/06 P y C-121/06 P. Parágrafo 70: «Las reticencias manifestadas por el Consejo y por la Comisión a que se consagre un principio de responsabilidad objetiva de la Comunidad son comprensibles. No debe pender sobre el ejercicio de la actividad legislativa y administrativa, por obra del establecimiento de un mecanismo de responsabilidad demasiado generoso, una amenaza que pudiera inhibir el propio ejercicio de esa actividad.

²⁶ Que es lo que esté detrás de la enorme impugnación que realiza GARCÍA DE ENTERRÍA, a la construcción de la responsabilidad del Estado-Legislator. Cfr. en especial GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislator», *RAP*, núm. 159, 2002; y «El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *REDC*, nº 67.

²⁷ Realmente detrás de esta pugna están los dos conceptos que fundan los modelos jurídico-políticos occidentales: el liberalismo y la democracia. Como el liberalismo supone básicamente el establecimiento de controles al poder que preserven la libertad individual deriva en una teoría que cifra en los límites a la acción estatal su principal activo. En

ponsabilidad del Legislador nunca podría afirmarse con este contenido. Una forma de comprobar si se produce esa llamada atrofia de la ley es examinar su alcance a la luz de la confianza pública²⁸. Si la ley tiene una conexión considerable con parte del programa político que los representantes tienen que defender en el Parlamento de poco valdrá plantear el principio de protección del principio de confianza legítima para amparar la responsabilidad patrimonial del Legislador. Los que aquí rivalizarían sería el mismo principio democrático y el de protección de la confianza de los particulares reconocido en el artículo 3 de la LPA, lucha totalmente desigual. Observar la especialidad de la posición de la ley para plantear el modelo de corrección de los daños a los que eventualmente pueda dar lugar tiene mucho en común con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exige para dar lugar a indemnización que la violación del derecho europeo esté «suficientemente caracterizada»²⁹. De otro lado, debemos de distinguir entre dos situaciones que han dado lugar en nuestro país a pronunciamientos jurisdiccionales divergentes³⁰. Me refiero a la diferencia entre que la ley que cause el daño sea constitucional o inconstitucional. En el primero de los casos entiendo que la constitucionalidad de una ley no obsta para que de lugar a responsabilidad patrimonial del legislador en muy contados y cualificados casos: 1) De acuerdo con una interpretación muy estricta del principio de sacrificio especial³¹ y 2) cuando

cambio, el postulado democrático conduce a la acción, a la transformación porque de la legitimación democrática del poder la presunción más inmediata es la de la bondad de las medidas adoptadas en beneficio del titular de la soberanía. Como dice HAYEK, F., en *Los fundamentos de la libertad* (Unión Editorial, Madrid, 1978, p. 143) para el liberalismo la ley puede no ser buena. Para la democracia, la ley es buena. Una manera de armonizar estas tendencias es el propio constitucionalismo, mezcla de acción y límite, apoderamiento y control, ley y control de la ley con arreglo a los postulados constitucionales. Un nuevo reequilibrio estaría en entender que la ley debe transformar sin herir la esfera patrimonial de las personas (en su teoría más extrema, sin herir, incluso, las expectativas patrimoniales de los individuos).

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de...», op. cit., p. 181 siguiendo a MAURER.

²⁹ En Köbler (asunto C-224/01) eso permite al Tribunal de Justicia hacer las oportunas matizaciones sobre el margen que se ha de conceder al Poder judicial.

³⁰ Cfr. GALÁN VIOQUE, R., «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 115, 2001; y AHUMADA RUIZ, M. A., «Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)», *REDC*, n.º. 62, 2001.

³¹ «Consagrada en el artículo 9-3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado». FJ 3º. STS 17 de noviembre de 1987 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Pleno).

quepa corroborar también muy excepcionalmente una quiebra del principio de confianza legítima, no en el sentido de sentirse defraudado en expectativas generales, sino cuando un viraje completamente súbito del legislador con respecto a su conducta de fomento anterior hubiera determinado un quebranto económico indiscutible e individualizado. El principio de confianza legítima aparecería así no como legitimador de la existencia del principio de responsabilidad del Estado-Legislador (que es lo que impugna ENTERRÍA) sino como un principio que permite precisar el alcance del principio deducido conforme a la Constitución. En estos dos casos es posible obtener la indemnización sin que se resientan los principios estructurales de nuestra Constitución: no se altera la confianza política, ni la posición del Parlamento. Simplemente aparece la responsabilidad patrimonial del legislador como un mecanismo excepcional de corregir efectos no directamente deseados por las leyes.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por leyes inconstitucionales, es más controvertida que la anterior. Mientras unos se dirigen a la sentencia del Tribunal Constitucional como moduladora, otros la encuentran constreñida por la cadena inconstitucionalidad-indemnización, que viene a deducirse de una interpretación sistemática general del ordenamiento. Hay quienes, en cambio, erigen otros principios derivados de una cierta jerarquización en los perjuicios causados: si estos recaen sobre los derechos materialmente protegidos por la Constitución, la indemnización ha de imponerse. Si no son estos los afectados, queda un margen de discreción a colmar de la misma forma que si la fuente enjuiciada fuese constitucional. Mi juicio es más cercano a esta última postura en cuanto que reconoce que, al menos en determinados casos, la inconstitucionalidad de la ley supone el derecho a indemnización. En efecto, reconocido que el principio de responsabilidad de los poderes públicos alcanza también, en su formulación actual, al legislador, los perjuicios que éste cause a resultas de una actuación contraria a la Constitución no deben quedar sin cobertura. Y ciertamente no nos podemos olvidar del más valor de los derechos fundamentales en el sistema constitucional. La ley que los lesione debe sufrir las consecuencias que se marcan para las sentencias estimatorias de amparo: la declaración de nulidad de la decisión³², y el restablecimiento

³² Aquí sí con un contenido bastante clásico como señala PÉREZ TREMPs, «parece que la lesión de derechos fundamentales apreciada en amparo comporta un vicio de nulidad radical, que, como ya se ha apuntado, implica, como principio, que el acto carezca de efecto jurídico alguno, tal y como legislativamente prevén distintas normas al establecer los efectos de la nulidad de los actos contrarios a los derechos fundamentales. A partir de ese principio, los efectos de la nulidad podrán modularse por el Tribunal Constitucional atendiendo a la presencia de otros bienes jurídicamente relevantes y *siempre y cuando dicha modulación no prive al recurso de amparo de su función reparadora*» (las cursivas son mías). Cfr. PÉREZ TREMPs P., «Comentario al artículo 55 LOTC», en REQUEJO PAGÉS, J. L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE, Madrid, 2001, p. 862.

de la integridad de su derecho, (Art. 55 LOTC) integridad que difícilmente podrá alcanzarse si hay daños patrimoniales que no se indemnizan.

Así, en tercer lugar, la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho europeo al adquirir naturaleza constitucional en el sentido que acabamos de mostrar tiene en esta ocasión la virtualidad de incorporar también a esta rama del derecho, con todo su vigor, la cuestión de los daños. Efectivamente, responder patrimonialmente es hacer frente a los daños. Introducir la responsabilidad patrimonial en el modelo de corrección de la inconstitucionalidad es contar con los daños. Y en este sentido puede apreciarse un completo cambio respecto de la situación con la que han actuado los operadores jurídicos (especialmente el Tribunal Constitucional) a partir de una interpretación prácticamente incuestionada tanto de la Constitución que como especialmente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, en el ámbito del recurso de amparo, y por tanto en el marco de la protección jurisdiccional excepcional de los derechos fundamentales, entendía que el artículo 55 de esta ley impedía que el Tribunal otorgara indemnizaciones³³. A nuestro entender,

³³ Como hipótesis, podemos sugerir que entre las razones para no considerar posible la concesión de indemnizaciones por el TC cuando se aprecia la lesión de un derecho fundamental están también dos ideas directamente relacionadas con el origen y la naturaleza de los derechos fundamentales.

La razón referente al origen pasaría por admitir que el espíritu ilustrado que concibió la idea de los derechos confiaba en que, una vez admitida la idea y lo que está significaba, la lesión no tuviera lugar. Cuando, en definitiva, los derechos se abrieron paso en el horizonte intelectual y la burguesía alcanzó el poder que le permitió que el horizonte se asemejara a los principios que postulaba, la hipótesis de la lesión era como la de la enfermedad en un cuerpo sano: una contingencia altamente improbable. Otro tanto ocurría con la renuncia de los derechos (sin distinguir en este punto entre renunciar a la titularidad o a su ejercicio; ambas eran aberraciones, aunque de desigual grado). Las dos eran consideradas ontológicamente patologías y no son los momentos de alumbramiento los óptimos para anticipar cuidados paliativos. Esta idea se enraizó de tal manera en la estructura comprensiva del constitucionalismo que ambas cuestiones, la responsabilidad patrimonial por lesión del derecho fundamental y la posibilidad de que un titular de un derecho, que ha nacido con él, pueda por propia voluntad renunciar al mismo, siguen siendo retos intelectuales de difícil resolución para el constitucionalismo contemporáneo.

La cuestión que se remite a la naturaleza de los derechos tiene que ver con que estos se concibieron al margen del contrato, de los contratos (el contrato social era en verdad una ficción, nada parecido a un contrato, en el que las partes están bien definidas así como las obligaciones recíprocas y las posibilidades de rescisión del mismo. El contrato social para todos los que lo han mantenido ha sido siempre una hipótesis conceptual que echó mano del referente más cercano a falta de otro, que por inédito, necesitaría de mayor legitimación), en la medida en que los derechos se concedían al hombre por su naturaleza, por su cualidad de hombre. Los derechos, al ser denominados fundamentales, fueron el producto de una operación de secesión; una creación nueva por elevación que los separaba de derechos como el de retracto (por ejemplo) y de ahí que difícilmente tuvieran acogida los elementos propios del derecho de daños como la responsabilidad contractual o la aquiliana. De alguna forma admitir la indemnización cuando se viola el artículo 1 de la Virginia Bill of Rights: «all men are by nature equally free» puede equivaler a privarlo de sustancia, de

por el contrario, es una violación de la Constitución «suficientemente caracterizada» aquella que supone una lesión de un derecho fundamental, y cuando

su capacidad generadora, sumirlo de nuevo en la relativa «inanidad» de los derechos ordinarios, trivializarlo, en definitiva.

Otro elemento relativo a la naturaleza atribuida a los derechos fundamentales es el que pone el énfasis en que son una señal de identidad de una realidad que no se contenta con reconocer una situación favorable a ciertos sujetos. No, el nuevo modelo solo podía funcionar bajo condiciones de universalidad. Es indiscutiblemente individualista (pues hace a cada uno de los sujetos titulares de los derechos) pero general (en la medida en que sólo el ejercicio generalizado de la libertad puede desmontar las estructuras del Antiguo Régimen y llevar, de acuerdo con las nuevas doctrinas económicas, la prosperidad). Así las cosas, la lesión, al margen de la lesión del derecho de propiedad, no tenía contraprestación, en buena medida porque la violación de un derecho fundamental suponía una violación sufrida por la sociedad, y la dimensión colectiva, la afectación del nuevo orden creado, hacía que difícilmente encajará la reparación individual. De otra parte, los derechos habían reemplazado en el mundo laico a lo divino y de la misma manera que la ofensa a Dios no podía repararse pecuniariamente tampoco podría serlo la lesión a la libertad de expresión. La única forma posible de proceder cuando se consume una lesión de un derecho fundamental es la restitución in natura y de ahí que sea el más sustancial de los pronunciamientos que todavía hoy leyes reguladoras de la jurisdicción constitucional como la española incluyen en los artículos dedicados al contenido de la sentencia que otorgue el amparo. En este sentido el supuesto que mejor ejemplifica este ideal de hacer como si nada hubiera ocurrido es el que permite la retroacción de la realidad al momento anterior al que se produjo la lesión. De esta forma el mundo vuelve al estado armónico anterior al caos desatado cuando lo informe (la lesión del derecho) tiene lugar. El modelo de reparación de las lesiones recaídas sobre la tutela judicial efectiva es el que en mejor medida se ajusta a este esquema. Si la no admisión de una prueba genera indefensión, se procede a determinar su admisibilidad y el juicio continúa.

Hoy, los dos presupuestos de lo que hemos hablado no concurren. El primero porque toda ingenuidad ha desaparecido. No estamos en ese momento iniciático en el que convocar a un principio equivale a verlo hecho realidad. La democracia constitucional aparece como un artificio complejo en el que los derechos no se relacionan según un esquema binario: «reconocimiento constitucional-desarrollo legislativo coherente». Hoy en los derechos cabe ver un contenido absolutamente irrenunciable pero también una habilitación a actuar para alcanzar su desarrollo más completo (estoy pensando, por ejemplo, en la seguridad del artículo 17) que puede llevar al legislador a excederse y violar el contenido de otro derecho o libertad. Quiero señalar con ello que la violación de los derechos fundamentales no puede considerarse como antaño como una patología altamente improbable cuando asumes lo que los derechos significan en un contexto histórico abiertamente cambiante. De otra parte los derechos han alcanzado tal nivel de reconocimiento que su éxito ha generado un número de violaciones creciente (así la tutela judicial efectiva). En lo que atañe a la sacralización de los derechos, es preciso destacar que hoy la compensación a quien ha sido lesionado por un derecho fundamental no tiene que equipararse a una patrimonialización del mismo ni, en definitiva, puede suponer una involución en el sentido de entender que los hace parte de una relación exclusivamente económica o contractual. Hoy los derechos están tan afirmados, tan absolutamente vinculados al principio de dignidad humana (art. 10.1 CE y 1. De la LFB) que la concesión de una reparación económica puede operar como un mecanismo adicional para evitar lesiones posteriores. Por ello, los TC no deberían de mostrarse tan absolutamente reacios a la idea de que restablecer al recurrente en la integridad de su derecho exige conceder puntualmente una indemnización.

tal lesión no permita el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho y el daño reúna ciertas condiciones que permitan su indemnización, ésta debe formar parte sustancial de la respuesta del Tribunal Constitucional.

3. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS (Y NO CONCLUYENTES)

En definitiva, la responsabilidad patrimonial del legislador es una nueva forma de responsabilidad que surge fundamentalmente por el influjo del Derecho europeo en su desarrollo jurisprudencial. Al afectar a fuentes y órganos de derecho interno obliga a reconstruir la unidad de los ordenamientos contando con las transformaciones operadas. Hay que volver a sistematizar el sistema de fuentes. Las operaciones que se llevan a cabo pues son de índole jurisprudencial y doctrinal lo que significa que ha habido un nuevo embridamiento de la ley sin el debate que debe ser preceptivo en una democracia³⁴. Se corre con este principio el riesgo del inmovilismo, de un inmovilismo sancionado por el derecho que vendría a cerrar así un círculo impositivo de la transformación sustancial ayudado por otros principios como el de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, igualdad entre las cargas públicas o irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Esto es a nuestro juicio incuestionable³⁵ y está relacionado, aunque no de forma

³⁴ En mi opinión, sobre esta cuestión tan nodal es totalmente inoportuno dar pábulo a la interpretación judicial en los términos vistos. No es posible que sean los jueces los que nos provean de un modelo de corrección de los efectos creados por leyes inconstitucionales. Nuestro sistema exige, al contrario, que semejante cuestión, de calado teórico enorme y de efectos prácticos no menos importantes, sea resuelta en el seno de un procedimiento como el legislativo en el que se ponderen los principios en juego que he tratado de exponer aquí. Ello supone la modificación en su caso de diferentes fuentes de rango legal. Claramente de la LPA, para hacer más explícito el sentido del principio, También claramente de la LOTC para clarificar por lo menos las relaciones, no necesariamente rígidas ni unívocas, entre inconstitucionalidad de una ley y efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Lo que postulamos aquí es que no se puede hacer dejación de este tema como no era posible *ad aeternum* olvidar el tratamiento legislativo de los actos políticos. Los órganos definitorios de la política deben entrar a saco en una cuestión que puede dificultar que la hagan y los ciudadanos deben situarse al respecto. Cuando SANTAMARÍA PASTOR (La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, *RAP*, nº 68, 1972) sostenía el carácter iconoclasta de la teoría nos pone sobre aviso también de que los iconos, por su carácter simbólico, no deben ser destruidos por quienes no tienen esa misión.

³⁵ Contrariamente a lo que piensa, por ejemplo, GALÁN («De la teoría a la realidad...»), *op. cit.*, p. 288) al manifestar que no es una cuestión con ribetes ideológicos, lo que deduce de que las diferentes opciones políticas que han gobernado en nuestro país no han mantenido ningún contencioso (antes al contrario) al respecto. Creemos que esto no le quita un ápice de sentido a lo que mantenemos y, en todo caso, a lo que nos lleva es a sospechar de la supuesta disparidad ideológica. Otro debate es el que trae a colación SANTAMARÍA PASTOR al final de su esclarecedor artículo escrito en una época en el que el análisis marxista todavía contaba y en que se discutía sobre si el mercado lograría alguna vez elevar definitivamente el nivel de vida de las clases proletarias.

unidimensional, con otra suerte de deriva también comprobable en la actualidad y que aqueja a la mayoría de las democracias. Hablamos de una suerte de hipertrofia del concepto de Estado de Derecho que hace bascular sobre lo jurídico, y sobre todo, sobre lo jurídico en el momento aplicativo, la tabla de salvación de los conflictos sociales. En un período en el que se vitupera lo político y sus manifestaciones, desde el concepto de soberanía, a los partidos o los Parlamentos (cuestión que no nos es ajena del todo a los constitucionalistas, tan empeñados en el control del poder) las actuaciones que como la responsabilidad patrimonial del legislador erigen al juez en el centro de la corrección de los efectos perniciosos de la ley (esto es, de lo político) juegan a caballo ganador. El papel de la doctrina crítica, sin embargo, debe desvelar la madeja de transformaciones que su admisión indiscriminada podría suponer. Porque no sería poco el contrasentido de oponer una acepción sesgada del Estado de Derecho, (olvidadiza de que la legitimidad del juez es de ejercicio en cuanto aplicador de la ley elaborada por o con el concurso del órgano más representativo) al Estado democrático. Éste, no lo olvidemos se manifiesta en una estructura institucional en torno al parlamento como órgano central y a la ley como expresión más completa de la sociedad plural en tanto que fuente elaborada por un procedimiento transaccional y público y regido por la regla de las mayorías y el respeto de los derechos de las minorías.

Hacia una unión económica más fuerte de la Unión Europea a través de la celebración de un cuestionado tratado internacional*

María Isabel Martín de Llano

Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: Con el objetivo de conseguir una Unión Económica más fuerte, en marzo de 2012, veinticinco Estados miembros de la Unión Europea firmaron un Tratado internacional que incluye un nuevo pacto presupuestario, una mayor coordinación de las políticas económicas y un refuerzo de los instrumentos de estabilización. La entrada en vigor de este Tratado genera grandes incertidumbres al haberse firmado al margen de los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

Palabras Clave: Tratado Internacional, Pacto presupuestario, Gobernanza de la euro zona.

Abstract: To get a stronger economic union, twenty-five member States of the European Union signed in March 2012 an international Treaty that includes a new budget agreement, a greater coordination of economic policies and improved tools for the stabilization. The entry into force of this Treaty creates great uncertainty, as it has been signed without considering the founding treaties of the European Union.

Keywords: International Treaty, Budget agreement, Eurozone governance.

Sumario: 1. Introducción.—2. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.—3. Un Tratado intergubernamental en el seno de la Unión Europea.—4. El TECEG en relación al Derecho e Instituciones de la Unión Europea.—5. La Gobernanza de la zona del euro.—6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos de la Unión Europea era contar con una moneda única, algo que se consigue en 1999 con el euro. De conformidad con lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la política monetaria se instrumenta a escala supranacional mientras que las

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales» DER 2009-10375 (Subprograma JURI), Ministerio de Ciencia e Innovación.

políticas presupuestarias, financieras y estructurales son competencia, en gran medida, de los Gobiernos nacionales. Esto ha conllevado que aunque los pilares monetarios de la Unión eran fuertes no ha existido una regulación fiscal y financiera definida, ni un mecanismo de resolución de posibles crisis, ni un fondo de rescate para Estados miembros o instituciones financieras con problemas de liquidez.

La crisis económica mundial que estalló en 2008 y que continúa agravándose cada vez más en determinados países de la Unión ha obligado a que los Estados miembros se planteen la necesidad de adoptar una serie de medidas normativas destinadas a garantizar la estabilidad y la permanencia del euro como moneda única.

Tras una serie de actuaciones en este sentido (la creación del Fondo de rescate temporal europeo-vigente hasta 2013–, el Mecanismo Europeo de Estabilidad –de carácter permanente– y el Pacto por el Euro Plus –acordado con el objetivo de potenciar la productividad y competitividad de las economías de los países miembros y con ello el crecimiento–), el Consejo Europeo celebrado el 9 diciembre 2011 con el fin de consolidar la confianza en la fortaleza de la economía europea consideró necesario aplicar plenamente la nueva gobernanza económica de la Unión; en este sentido, ese mismo día los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro aprobaron una Declaración en la que se comprometieron a celebrar un acuerdo internacional al margen de los Tratados constitutivos de la Unión Europea con el objetivo de avanzar hacia una unión económica más fuerte. Para ello se pretende actuar en dos direcciones: un nuevo pacto presupuestario y una coordinación reforzada de las políticas económicas; y el desarrollo de las herramientas de estabilización para hacer frente a los desafíos a corto plazo.

Los Estados firmantes de esta Declaración consideraron que la estabilidad e integridad de la Unión Económica y Monetaria y de la Unión Europea en su conjunto requieren nuevos avances cualitativos hacia una auténtica «unión de estabilidad presupuestaria» en la zona del euro, siendo necesario la existencia de un pilar económico fuerte cuya base será una gobernanza reforzada para promover la disciplina presupuestaria y una integración más profunda del mercado interior, así como un crecimiento más fuerte, una mayor competitividad y la cohesión social. Para ello se comprometieron a establecer una nueva norma presupuestaria que se introducirá en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros integrándola en la Constitución o en una norma de nivel equivalente y que contendrá un mecanismo de corrección automático que se activará en caso de desviación.

Ante la falta de unanimidad entre los Estados miembros, los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro acordaron adoptar las medidas previstas en la mencionada Declaración mediante un acuerdo internacional cuyo contenido, en un futuro, debería incorporarse a los Tratados de la Unión.

2. EL TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA

El 2 de marzo de 2012, veinticinco Estados miembros de la Unión Europea¹ firmaron el «*Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*» cuyo objetivo principal es promover la disciplina presupuestaria con el fin de conseguir la sostenibilidad financiera de los Estados de la zona euro. En este Tratado las Partes Contratantes se comprometen a aplicar, entre otras, las siguientes normas:

- a) la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit;
- b) la norma anterior se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas² alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado. Las Partes Contratantes garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo a medio plazo. El calendario para lograr dicha convergencia lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país. Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos, en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado;
- c) las Partes Contratantes podrán desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo únicamente en las circunstancias excepcionales³;
- d) cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60 % y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos, el límite inferior del objetivo a medio plazo podrá alcanzar un

¹ Todos menos la República Checa y el Reino Unido.

² El mismo Tratado define el «saldo estructural anual de las administraciones públicas» como el saldo anual ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y las de carácter temporal.

³ El mismo Tratado entiende por «circunstancias excepcionales» aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos periodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo.

- déficit estructural máximo del 1 % del producto interior bruto a precios de mercado;
- e) en el caso de que se observen desviaciones significativas se activará automáticamente un mecanismo corrector con el fin de corregir las desviaciones en un plazo de tiempo determinado;
 - f) la Parte Contratante que sea objeto de un procedimiento de déficit excesivo establecerá un programa de colaboración presupuestaria y económica en el que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar y aplicar a fin de garantizar una corrección efectiva y duradera de su déficit;
 - g) sobre la base de la coordinación de las políticas económicas definida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las Partes Contratantes se comprometen a cooperar en aras de una política económica que fomente el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria y el crecimiento económico mediante una convergencia y competitividad reforzadas.

De esta forma se considera que el Tratado facilitará una convergencia más rápida hacia la consecución de los objetivos presupuestarios a medio plazo de los distintos países de la zona euro. Para ello se requiere que la Comisión Europea proponga calendarios de convergencia ambiciosos y vinculantes cuyo cumplimiento permita recuperar la confianza en la sostenibilidad fiscal de los Estados respectivos y restablecer la credibilidad de sus políticas presupuestarias.

Por otra parte, al establecerse un mecanismo corrector automático que se basará en principios comunes propuestos por la Comisión Europea, es esencial que ésta establezca unos principios específicos, estrictos y vinculantes de manera que dicho mecanismo corrector equivalga a un «freno a la deuda» y contribuya a corregir y evitar unas finanzas públicas insostenibles⁴.

3. UN TRATADO INTERGUBERNAMENTAL EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al margen de estas normas de contenido económico lo más llamativo es la vía escogida por los Estados miembros de la Unión Europea para formalizar un Tratado intergubernamental de Derecho Internacional independiente del Derecho de la Unión. Es decir, encontrándonos en el seno de la Unión Europea lo lógico hubiese sido modificar los Tratados constitutivos a través del procedimiento de revisión ordinario previsto en los artículos 48.1 a 48.5 TUE o a través del procedimiento simplificado previsto en el artículo 48.6 TUE; sin embargo, al margen de los plazos que hubiese supuesto acudir a ambos procedimientos, el principal escollo es que en los dos supuestos se exige la aprobación por todos los Estados miembros de conformidad con sus

⁴ BCE-Boletín Mensual, Mayo 2012, pág. 99.

respectivas normas constitucionales. Por ello, ante la falta de unanimidad de los Estados miembros, anunciada ya en la Declaración del 9 de diciembre de 2011, se ha optado por esta vía anómala en el seno de la Unión como única posibilidad para poder sacar adelante un acuerdo en materia económica y presupuestaria.

En realidad el instrumento jurídico utilizado para cerrar el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria no es más que un artificio técnico-jurídico, por tres razones básicas:

- 1) el nuevo Tratado únicamente es de aplicación en los Estados miembros de la zona euro de la Unión Europea que lo firmen y que posteriormente lo ratifiquen (art. 14.2 TECG);
- 2) a lo largo del Tratado se hace una continua referencia, como ahora veremos, a las políticas de la Unión Europea así como a las Instituciones de la misma a las cuales se atribuyen competencias concretas relacionadas con el Tratado;
- 3) el mismo Tratado expresa su carácter transitorio y excepcional, puesto que prevé que el contenido del mismo se incorpore en el plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor al marco jurídico de la Unión Europea (art. 16 TECG); que será interpretado de conformidad con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea y con el Derecho de la Unión Europea, incluido el Derecho procesal cuando sea necesaria la adopción de Derecho derivado; y que únicamente será de aplicación en la medida en que sea compatible con los Tratados y con el Derecho de la Unión Europea (art. 2 TECG).

Una vez alcanzado el acuerdo para la firma del Tratado, el escollo de la unanimidad para la entrada en vigor del mismo queda superado al establecerse que únicamente será necesario su ratificación por 12 Estados miembros de la zona euro. Sin embargo, al tratarse de un Tratado intergubernamental nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:

- a) Que el Tratado sea ratificado por los 17 Estados miembros de la zona euro.
- b) Que el Tratado no se ratifique por alguno de los 17 Estados miembros de la zona euro. En este caso se pueden plantear situaciones complejas desde el punto de vista político, económico y jurídico en el seno de la Unión Europea puesto que nos encontraríamos con Estados de la zona euro en los que regiría el nuevo Tratado y Estados de la zona euro en los que no regiría el nuevo Tratado.

A ello hay que sumar que el mismo Tratado prevé la posibilidad de que sea ratificado por Estados miembros de la Unión Europea que aunque actualmente no sean de la zona euro pasen a serlo en un futuro –en este sentido, el Tratado ha sido firmado por Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Lituania, Polonia y Rumanía y Suecia cuya moneda no es aún el

euro⁵; así como se prevé la posibilidad de adhesión de Estados miembros de la Unión Europea que no sean Partes Contratantes –República Checa y Reino Unido– (art. 15 TECG).

Es decir, de partida nos vamos a encontrar con tres situaciones distintas: Estados de la zona euro con nuevo Tratado, Estados fuera de la zona euro pero en camino hacia ella y Estados fuera de la zona euro sin intención, en principio, de entrar en ella. Pero además se puede dar una cuarta situación en el caso de que alguno de los 17 Estados de la zona euro no ratifique el Tratado. Todo ello va obligar a desarrollar en el seno de la Unión un complejo engranaje de negociaciones políticas, económicas y jurídicas que sobrepasarán las ya de por sí habituales dificultades que se plantean normalmente en el ámbito de la Unión.

Desde un punto de vista político los primeros Estados «llamados» a ratificar el Tratado serán aquellos acuciados por los mercados y la crisis económica a los que el nuevo Tratado dará credibilidad fiscal en el ámbito internacional. En este sentido, Portugal y Grecia ya han ratificado el Tratado y es previsible que en la misma línea actúen Irlanda⁶ y el resto de Estados mediterráneos de la zona euro (Chipre, Malta, Italia, Eslovenia y España⁷). Mientras que el resto de Estados de la zona euro cuya política económica y fiscal no ha estado sometida a presión por parte de los mercados podrían plantearse no ratificar el Tratado, especialmente en el momento en que el mismo sea ratificado por 12 Estados de la zona euro y teniendo en cuenta las obligaciones sustanciales que el Tratado conlleva.

Por otra parte, no hay que olvidar que los verdaderos actores protagonistas para que el Tratado entre en vigor son Francia y Alemania. En este sentido, a pesar de que el actual Presidente de Francia durante la campaña electoral y tras su nombramiento como Presidente había anunciado que era

⁵ El Tratado no entrará plenamente en vigor para ellos en tanto no tengan el euro como moneda propia ya que el art. 14.4 TECG establece que «(...) el título V se aplicará a todas las Partes Contratantes de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado». El título V es el relativo a la *Gobernanza de la zona del euro* y en su art. 12.3 establece que «Los Jefes de Estado o de Gobierno de las Partes Contratantes distintas de aquellas cuya moneda es el euro que hayan ratificado el presente Tratado participarán en los debates de las reuniones de la Cumbre del Euro sobre la competitividad de las Partes Contratantes, la modificación de la arquitectura general de la zona del euro y las normas fundamentales que se le aplicarán en el futuro, así como, cuando proceda y como mínimo una vez al año, en debates sobre cuestiones específicas de aplicación del presente Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria».

⁶ El 31 mayo de 2012 Irlanda celebró un referéndum en que el 60,3% de los votantes se manifestaron a favor de ratificar el Tratado.

⁷ Las Cortes Generales han aprobado la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. Por otra parte, España con el fin de dar mayor confianza internacional, económicamente hablando, reformó el artículo 135 de su Constitución en septiembre de 2011.

necesario renegociar el Tratado⁸, el 10 de octubre de 2012 la Asamblea Nacional francesa ratificó el mismo, por lo que desaparece uno de los principales escollos para la entrada en vigor del Tratado, pues la no ratificación de Francia hubiese supuesto prácticamente la muerte del mismo.

4. EL TCEG EN RELACIÓN AL DERECHO E INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos señalado al inicio, a pesar de ser un Tratado de carácter intergubernamental y por tanto estar inserto en el ámbito del Derecho Internacional contiene continuas referencias a la normativa y política de la Unión Europea. Así, por ejemplo, se afirma que *«serán de aplicación las definiciones establecidas en el artículo 2 del Protocolo (nº 2) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados de la Unión Europea»* (art. 3.3 TCEG); *«la existencia de un déficit excesivo debida al incumplimiento del criterio de la deuda se decidirá de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»* (art. 4 TCEG); *«sobre la base de la coordinación de las políticas económicas definida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las Partes Contratantes se comprometen a cooperar en aras de la política económica que fomente...»* (art. 9 TCEG).

Además se prevé la puesta en marcha de actuaciones propias de la Unión Europea para conseguir los objetivos fijados. En este sentido, el artículo 10 hace referencia expresa a la *cooperación reforzada* que conlleva que los Estados miembros que lo deseen podrán instaurar entre sí una cooperación reforzada con el fin de impulsar los objetivos de la Unión y proteger sus intereses (art. 20 TUE). No obstante, la cooperación reforzada no puede utilizarse en el ámbito de las competencias exclusivas (art. 20. 1 TUE) ni tampoco puede perjudicar al mercado interior (art. 326 TFUE); por ello, el Tratado establece que la cooperación reforzada se ponga en marcha sobre *cuestiones que sean esenciales para el correcto funcionamiento de la zona euro*, de modo que en este caso únicamente podrá emplearse con carácter residual y respecto a aspectos muy concretos, dado que la política monetaria es competencia exclusiva de la Unión (art. 3.1 c TFUE) y puede afectar a reglas del mercado interior.

Por otro lado, como nos encontramos ante un artificio técnico-jurídico que no pretende sino ser aplicado de forma exclusiva a determinados Estados miembros de la Unión Europea, el mismo Tratado contiene una cláusula expresa de subordinación al Derecho de la Unión. Así, el art. 2 TCEG establece que el Tratado será interpretado de conformidad con los Tratados

⁸ En mayo de 2012 se celebraron en Francia las Elecciones Presidenciales resultando elegido François Hollande frente a Nicolas Sarkozy.

en los que se fundamenta la Unión Europea y con el Derecho de la Unión Europea, incluido el Derecho procesal cuando sea necesaria la adopción de Derecho derivado; y que únicamente será de aplicación en la medida en que sea compatible con los Tratados y con el Derecho de la Unión Europea.

Junto a ello, el Tratado atribuye competencias a instituciones de la Unión Europea, algo también difícil de insertar en una estructura de raíz intergubernamental dado el interés supranacional de estas instituciones; por ello resulta complicado pensar cómo actuarán a la vez en un sistema comunitario de 27 y en otro intergubernamental de 25 (o menos). Las instituciones europeas referidas expresamente son: el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹. Llama, sin embargo, la atención que el nuevo Tratado rompa con la tendencia instaurada por el Tratado de Lisboa de dar protagonismo al Parlamento Europeo dado que no atribuye competencia alguna al mismo, salvo dos funciones de carácter menor que veremos en el siguiente punto.

En todo caso, el Tratado atribuye a la Comisión Europea proponer el calendario para lograr la convergencia de equilibrio presupuestario a medio plazo, proponer los principios comunes del mecanismo corrector que deberá aplicarse en caso de que se observen desviaciones significativas en el objetivo de déficit establecido, así como formular propuestas o recomendaciones en el supuesto de incumplimiento del déficit (arts. 3 y 7 TECG). Además las Partes Contratantes deberán presentar un programa de colaboración presupuestaria y económica que incluya las reformas estructurales que deben adoptar; dicho programa deberá ser aprobado y supervisado en su ejecución por el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea (art. 5 TECG).

En caso de incumplimiento de lo previsto en el art. 3.2¹⁰ la Comisión Europea podrá realizar un informe y brindar a la Parte Contratante afectada la oportunidad de presentar observaciones; al margen del informe final de la

⁹ El artículo 11 del TECG relativo a la coordinación de las políticas económicas contiene una cláusula general en este sentido al afirmar que «participarán en tal coordinación las instituciones de la Unión Europea según lo requiera el Derecho de la Unión Europea».

¹⁰ El art. 3.2 TECG establece que: «Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales. Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales».

Comisión, una o más Partes Contratantes podrán someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya Sentencia será vinculante. En caso de no ejecución de la Sentencia se podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia quien podrá imponer sanciones de carácter pecuniario (art. 8 TECG).

5. LA GOBERNANZA DE LA ZONA DEL EURO

Un elemento importante del Tratado es la mejora de la gobernanza de la zona del euro¹¹. El nuevo Tratado formaliza la celebración de las Cumbres del Euro al menos dos veces al año. Además se prevé que los Jefes de Estado o de Gobierno de las Partes Contratantes cuya moneda es el euro celebren de manera informal reuniones de la Cumbre del Euro junto con el Presidente de la Comisión Europea, a las que se invitará al Presidente del Banco Central Europeo.

El Presidente de la Cumbre del Euro será designado por mayoría simple por los Jefes de Estado o de Gobierno de las Partes Contratantes cuya moneda es el euro, al mismo tiempo que el Consejo Europeo elija a su Presidente y para un mandato de igual duración. El Presidente de la Cumbre del Euro garantizará la preparación y continuidad de las reuniones de la Cumbre, en estrecha cooperación con el Presidente de la Comisión Europea, y presentará un informe al Parlamento Europeo después de cada reunión de la Cumbre del Euro.

El reconocimiento formal de las reuniones de la Cumbre del Euro contribuye a promover el compromiso y la responsabilidad para el correcto funcionamiento de la zona del euro al más alto nivel político. La asistencia de los Jefes de Estado o de Gobierno de los respectivos Estados permitirá que las orientaciones políticas acordadas en dichas reuniones puedan incluir áreas que vayan más allá del ámbito de los Ministerios de Economía y Finanzas, lo que facilitará la coordinación de todas las áreas e instrumentos políticos relevantes necesarios para el adecuado funcionamiento de la zona euro¹².

Por otra parte, los Jefes de Estado o de Gobierno de las Partes Contratantes distintas de aquellas cuya moneda es el euro que hayan ratificado el Tratado participarán en los debates de las reuniones de la Cumbre del Euro sobre la competitividad de las Partes Contratantes, la modificación de la ar-

¹¹ En las reuniones de la Cumbre del Euro celebradas en 2011 ya se tomaron una serie de decisiones para reforzar la gobernanza de la zona del euro. Estos elementos, que no se han incorporado al TECG, incluyen: i) la ampliación de las capacidades de decisión de la zona del euro, principalmente a través de un fortalecimiento permanente de las estructuras de preparación y de la elección de un presidente del grupo de trabajo del Eurogrupo con sede en Bruselas y con dedicación a tiempo completo; y ii) la celebración de reuniones mensuales de los presidentes de la Cumbre del Euro, la Comisión y el Eurogrupo (Véase el anexo I de la declaración de la Cumbre del Euro de 26 de octubre de 2011 («Diez medidas para mejorar la gobernanza de la zona del euro»)).

¹² BCE-Boletín Mensual, Mayo 2012, pág. 96.

quitectura general de la zona del euro y las normas fundamentales que se le aplicarán en el futuro, así como, cuando proceda y como mínimo una vez al año, en debates sobre cuestiones específicas de aplicación del Tratado.

Finalmente, se establece que el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales de las Partes Contratantes decidirán conjuntamente la organización y la promoción de una conferencia de representantes de las comisiones pertinentes del Parlamento Europeo y de las de los Parlamentos nacionales, a fin de debatir políticas presupuestarias y otras cuestiones del ámbito del nuevo Tratado.

6. CONCLUSIONES

Tras la celebración del Consejo Europeo de diciembre de 2011 se puso de manifiesto la falta de unanimidad de los Estados miembros de la Unión Europea para alcanzar un pacto de estabilidad fiscal. Debido a la grave crisis económica existente y el escollo que suponen las exigencias procedimentales establecidas en los Tratados de la Unión Europea, veinticinco Estados miembros de la misma acordaron firmar un *Tratado intergubernamental de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*; dicho Tratado constituye un paso adelante hacia un marco de regulación presupuestaria basado en reglas estrictas como la introducción obligatoria del equilibrio presupuestario y del mecanismo corrector automático a escala nacional.

Sin embargo, la entrada en vigor de dicho Tratado intergubernamental plantea importantes incertidumbres políticas, económicas y jurídicas en el seno de la Unión al tratarse de un artificio jurídico ideado para salvaguardar la estabilidad económica de la Unión Europea.

A ello hay que sumar la inestable situación política y económica en que se encuentran varios Estados de la zona euro que incluso aunque alguno de ellos ya ha ratificado el Tratado –Grecia– cada día se especula más con su salida del euro; así como la situación política de Francia que acaba de elegir nuevo Presidente y que mantiene la posición de que es necesario renegociar este Tratado.

¿Hacia la «constitucionalización» de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa

Valentina Faggiani

Investigadora del Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Recibido: 01.10.2012
Aceptado: 15.10.2012

Resumen: El Tratado de Lisboa ha marcado un hito en el proceso de construcción de un Espacio de Justicia propiamente Europeo en el que se garantiza de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, introduciendo elementos «materialmente constitucionales» de carácter tanto sustantivo como procesal que han innovado el marco jurídico de la Unión y favorecerán el proceso de armonización de los distintos sistemas europeos de justicia penal.

Palabras clave: ELSJ, elementos materialmente constitucionales, armonización de los derechos procesales, derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: The Lisbon Treaty has determined a milestone in the process of building a European Area of Justice which guarantees fully and effectively the right to effective judicial protection and due process with all guarantees, introducing «materially constitutional» elements, substantive and procedural, which have innovated the legal framework of the Union and will encourage the process of harmonization of the various European systems of criminal justice.

Key words: AFSJ, materially constitutional elements, harmonization of procedural rights, right to effective judicial protection.

Sumario. 1. Elementos «materialmente constitucionales» del Tratado de Lisboa en materia de Justicia.—2. Consecuencias de la incorporación sustancial de la CDFUE para la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías.—3. El art. 82 TFUE y la progresiva armonización de los derechos fundamentales de los justiciables en la UE.—4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el ELSJ.—5. ¿Hacia una pluralidad de espacios jurídicos fragmentados en la Unión Europea y el riesgo de una protección jurisdiccional asimétrica?—6. Conclusiones.

1. ELEMENTOS «MATERIALMENTE CONSTITUCIONALES» DEL TRATADO DE LISBOA EN MATERIA DE JUSTICIA

La ratificación del Tratado de Lisboa por todos los Estados Miembros de la UE y su entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, tras un accidentado y complejo proceso de ratificación, que generó profundas incertidumbres en

el futuro del proyecto europeo, ha marcado un hito en la construcción de un Espacio de Justicia propiamente europeo en el que se garantiza de forma plena y efectiva el derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías.

Con el Tratado de Lisboa no se ha procedido solo a modificar el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), los cuales a pesar de su naturaleza formal de actos de derecho internacional, son la «Carta Constitucional» de esta «Comunidad de Derecho»¹ sino que se han introducido también importantes cambios institucionales, organizativos y sustanciales en el marco jurídico de la UE, que han modificado de modo definitivo su forma de aproximarse a todas las cuestiones que afectan al ELSJ, abandonando la perspectiva funcionalista, cuyo objetivo era la consecución del «Mercado Único», y asumiendo como premisa y fin último de la UE, de acuerdo con el Título V del TFUE², la necesidad de respetar «los derechos fundamentales» de toda persona, tanto los ciudadanos de la Unión como los nacionales de terceros países³.

Entre tales aportaciones, se pueden individualizar algunos elementos «materialmente constitucionales»,⁴ como la incorporación sustancial en el

¹ Sobre la naturaleza constitucional de los Tratados de la UE, se reenvía a ADAM, R. y TIZZANO, A., *Lineamenti del Diritto dell'Unione Europea*, II. ed., Giappichelli, Turin, 2010, pp. XXVI-470. En particular sobre este aspecto véase p. 110. Tal planteamiento aunque elaborado indirectamente por el Tribunal de Justicia desde las históricas sentencias Van Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, asunto núm. 26/62, y Costa c. Enel, de 15 de julio de 1964, asunto núm. 6-64, que definían a la UE como un ordenamiento *sui generis*, autónomo aunque interrelacionado con el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros, ha sido confirmado explícitamente en el Dictamen del Tribunal de Justicia núm. 1/91, de 14 de diciembre de 1991, el cual en el punto 21 afirma que: «el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho». Con lo cual, de acuerdo con la STJCE Los Verdes c. Parlamento Europeo, relativa al asunto 294/83, de 23 de abril de 1986, «ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado» (punto 23).

² Al respecto, recordamos que el Título V del TFUE se estructura en los siguientes capítulos: Capítulo 1: Disposiciones generales (arts. 67-76 TFUE); Capítulo 2: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (arts. 77-80 TFUE); Capítulo 3: Cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE); Capítulo 4: Cooperación judicial en materia penal (arts. 82-86 TFUE); Capítulo 5: Cooperación policial (87-89 TFUE).

³ En confirmación de todo ello, el Tratado de Lisboa dispone en el art. 3 TUE que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos «un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, junto con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración, de prevención y lucha contra la delincuencia» a fin de asegurar un nivel elevado de seguridad. Sobre este punto se reenvía también al art. 67 TFUE.

⁴ En respecto a las principales aportaciones del Tratado de Lisboa al marco institucional de la UE, vid.: PORRAS RAMÍREZ, J. M^a, «La arquitectura institucional de la Unión

Tratado de Lisboa de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (infra CDFUE), la previsión de la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (en adelante CEDH) y la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia penal, que antes pertenecía al tercer pilar, con las consecuencias que a continuación se indicarán en el ámbito de los procesos decisorios y de control jurisdiccional en el ELSJ.

Tales «elementos», que se pueden calificar de «materialmente constitucionales» por su carácter necesario e ineludible, afectan directamente al ámbito de la Justicia de la UE y de su operatividad dependerá la creación de un Espacio de Justicia en el que se garantiza de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y de camino la concreción del proceso de «constitucionalización» de la UE.

El primer elemento «materialmente constitucional» mencionado, la CDFUE, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, recoge en el Capítulo VI las disposiciones en materia de Justicia, reconociendo los siguientes derechos y principios fundamentales de naturaleza procesal: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 CDFUE), el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (art. 48 CDFUE), los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. 49 CDFUE) y el derecho del justiciable a no ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley (art. 50 CDFUE). Tales derechos, mediante el reconocimiento en un texto con valor de derecho originario, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE), adquieren un valor «materialmente constitucional».

Por otro lado, la previsión de la adhesión de la UE al CEDH sin duda comportaría consecuencias muy importantes desde el punto de vista de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, puesto que sometería a la UE, como entidad independiente y trascendente a los Estados que la integran, al control de un órgano jurisdiccional supranacional de «carácter externo», legitimando de tal forma a los ciudadanos a recurrir *ultima ratio* ante

Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 156, 2012, pp. 125-166. MANGIAMELI, S. (traducido del italiano por FAGGIANI, V.), «El diseño institucional de la Unión Europea después del Tratado de Lisboa», *ReDCE*, Núm. 15, 2011, pp. 401-442. También disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15pdf/10_MANGIAMELI.pdf> (última consulta: 10.10.2012). En particular, con respecto al ELSJ, se recomienda la lectura de los siguientes estudios: ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 410. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Iustel, 2008, p. 703.

el TEDH contra los actos de la UE, e impulsaría el proceso de armonización legislativa y jurisprudencial de los derechos humanos y de creación de un sistema jurisdiccional integrado, basado en el dialogo, en la sintonía y en una cooperación armónica entre los «Jueces europeos»⁵.

El Tratado de Lisboa prevé la adhesión de la UE al CEDH e intenta definir las relaciones entre el CEDH y el derecho de la UE en los artículos 6 TUE⁶ y 216, apartado 2, y 218, apartados 6, 8 y 10 TFUE, estos últimos con respecto a la capacidad de la UE, en virtud de la personalidad adquirida de derecho público internacional, de celebrar acuerdos con países terceros u organizaciones internacionales, en el Protocolo núm. 8⁷ y en la Declaración sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH, en la que se constata la existencia de un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal

⁵ Sobre el concepto de «Juez Europeo», es muy interesante la lectura de los siguientes estudios: LUTHER, J. (traducido del italiano por GUERRERO PICÓ, M^a. C.), «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», *ReDCE*, Núm. 3, 2005, pp. 159-182. También disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3pdf/8.%20Jorg%20Luther.pdf>> (última consulta: 10.10.2012). ALONSO GARCÍA, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, p. 106. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, 232 pp. SAÍZ ARNAIZ, A., «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (Coord.)/CARTABIA, M. (Dir.)/DE WITTE, B. (Dir.) y PÉREZ TREMPES, P. (Dir.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2005, pp. 531-588. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004, 384 pp.

⁶ A propósito de la adhesión de la UE al CEDH y de las relaciones entre el CEDH y el Derecho de la UE, el art. 6 TUE dispone que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados» (apartado segundo) y que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (apartado tercero).

⁷ Vid. Protocolo núm. 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH. El art. 1 del Protocolo núm. 8 dispone que el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al CEDH, ex art. 6.2 TUE, «estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo; b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso».

Europeo de Derechos Humanos, diálogo que debería fortalecerse cuando la Unión se adhiera al CEDH⁸.

Y, finalmente, se puede incluir entre los elementos «materialmente constitucionales» del Tratado de Lisboa que afectan al ámbito de la Justicia la definitiva «comunitarización» del tercer pilar de cooperación judicial en materia penal, mediante la supresión formal de los pilares comunitarios, que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa habían definido la estructura arquitectónica de la UE. De acuerdo con la estructura en pilares que antes caracterizaba a la UE, el primer pilar «comunitario» se ocupaba de Justicia y Asuntos Interiores y el segundo y el tercero, ambos de carácter intergubernamental (aunque el tercero presentaba algunos perfiles o matices propios del ámbito comunitario) se dedicaban respectivamente a la Política Exterior y de Seguridad Común (segundo pilar) y al ámbito de la Cooperación Judicial en materia penal y policial (tercer pilar).

La «comunitarización» del tercer pilar ha tenido consecuencias importantes en el proceso de integración europea, comportando la extensión a tal ámbito del «método comunitario», es decir del procedimiento legislativo ordinario de codecisión llevado a cabo por el Parlamento y el Consejo, y de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ahora podrá pronunciarse en vía prejudicial con carácter general y obligatorio sobre las materias relativas al ELSJ en su conjunto. De tal forma, se ha puesto fin a la denominada «batalla» entre los pilares, se ha reforzado el papel del TJUE y la importancia del reenvío prejudicial como principal instrumento de cooperación y diálogo entre el TJUE y los jueces nacionales, contribuyendo a la construcción de un verdadero Espacio Judicial Europeo.

2. CONSECUENCIAS DE LA INCORPORACIÓN SUSTANCIAL DE LA CDFUE PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

La atribución a la CDFUE del mismo valor jurídico vinculante que los Tratados constituye sin duda uno de los principales «elementos» o «perfiles materialmente constitucionales», recogidos en el Tratado de Lisboa, con mayor incidencia en la construcción de un Espacio Europeo de Justicia Penal. Con respecto a su valor, es importante observar que la CDFUE, al incorporarse al Derecho originario de la UE, se ha convertido en uno de los elementos constitutivos del «bloque de constitucionalidad» (art. 6 TUE y art. 51

⁸ Entre los documentos más relevantes que se han adoptados recientemente se puede considerar la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 2009/2241(INI), publicada en el DOUE de 31 de mayo de 2011. Doc.: 2011/C 161 E/12.

CDFUE)⁹ y ha permitido a la UE dotarse de un verdadero «catálogo» vinculante de derechos fundamentales, el cual debe ser respetado por los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE)¹⁰.

La CDFUE contempla los derechos procesales básicos de los justiciables en el Capítulo VI dedicado a la Justicia, arts. 47 a 50¹¹, en los que se reconocen respectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio imparcial y los derechos de la defensa. Tales derechos constituyen el contenido esencial del «derecho procesal de la UE». De la lectura de tales disposiciones se puede observar en su formulación que se han tenido en cuenta los distintos perfiles y niveles de tutela que caracterizan el ordenamiento jurídico comunitario, las principales categorías conceptuales que integran la más amplia y poliédrica noción de derecho a la tutela judicial efectiva y la reiterada jurisprudencia pronunciada por el TJUE y el TEDH.

La CDFUE ofrece un catálogo bastante completo del conjunto de «derechos básicos» y «garantías jurisdiccionales» que integran el derecho a la tutela judicial efectiva. La primera de las disposiciones en materia de Justicia recogidas en la Carta, la disposición contenida en el art. 47 CDFUE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial, deja entrever la complejidad estructural de este derecho, al ser integrado a su vez por una pluralidad de derechos, los cuales requieren el respaldo de garantías específicas al disponer, en palabras de Pedro Cruz Villalón, Abogado General del Tribunal de Justicia, que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva frente a violaciones de sus «derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión», en condiciones que permitan que «su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley», pudiendo hacerse aconsejar,

⁹ Díez PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 608. ROLLA, G., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: su contribución a la formación de una jurisdicción constitucional de los derechos y las libertades», *Revista europea de derechos fundamentales*, Núm. 15, 2010, pp. 15-39. GAMBINO, S. (traducido del italiano por FAGGIANI, V.), «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales», *ReDCE*, Núm. 13, 2010, pp. 83-120. También disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/04Gambino.pdf>> (última consulta: 10.10.2012). ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «Los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal», *Revista Vasca de Administración Pública (Ejemplar dedicado a: La tutela multinivel de los Derechos Fundamentales)*, Núm. 82, 2008, pp. 103-164.

¹⁰ Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CDFUE no tenía formalmente eficacia jurídica vinculante, aunque sustancialmente los jueces tanto los nacionales como el TJ y los Abogados Generales en sus conclusiones habían empezado a considerarla como parámetro de referencia.

¹¹ En este sentido, entre las muchas sentencias, vid.: la STJCE Johnston, de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84; la STJCE Heylens, de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, y la STJCE Borelli, de 3 de diciembre de 1992, asunto C-97/91.

defender y representar (apartado 2), y disfrutando, en su caso, de asistencia jurídica gratuita (apartado 3)¹². A continuación, el art. 48 CDFUE se limita a enunciar el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa.

En este sentido, se puede observar que el art. 47 CDFUE hace referencia a los derechos y a las garantías de carácter propiamente «orgánico», es decir el derecho a un juez independiente e imparcial, establecido previamente por ley y a los derechos y garantías propiamente procesales que caracterizan todo tipo de proceso, civil o penal, según; en cambio, el art. 48 CDFUE procede a reconocer, aunque sin especificarlos ni definirlos, los derechos de la defensa, los cuales caracterizan exclusivamente el proceso penal¹³.

Para comprender el alcance del art. 47 CDFUE es necesario proceder mediante dos sucesivas operaciones hermenéuticas. La primera consiste en acudir a una interpretación sistemática del artículo 6, apartado 1, párrafo tercero del TUE, con el artículo 52 CDFUE, apartado tercero, y las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales elaboradas inicialmente por el Presidium de la Convención, que deberán ser tenidas debidamente en cuenta, puesto que indican las fuentes de tales disposiciones. Las Explicaciones, mediante el reenvío al CEDH, vuelven a confirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye «un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH».

Desde tal perspectiva, usando el criterio del Abogado Cruz Villalón, al que se hace referencia también en el importante Auto 86/2011 TC, de 9 de junio de 2011, mediante el cual el Tribunal Constitucional español interpuso

¹² Sobre este punto, se reenvía a las Conclusiones del Abogado General del TJUE, Pedro Cruz Villalón, presentadas el 1 de marzo de 2011, en el Asunto C-69/10, Brahim Samba Diouf contra Ministro de Trabajo, Empleo e Inmigración, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo del Gran Ducado de Luxemburgo, punto 37.

¹³ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO M^a. P. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (Coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 173-238. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Los derechos de la defensa. Una visión crítica de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea», en DE LA OLIVA SANTOS, A./AGUILERA MORALES, M. y CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2008, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, pp. 81-116. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 739-758. En el texto referido se recomienda también la lectura de los siguientes comentarios a las disposiciones de la Carta, elaborados por el mismo autor: «Presunción de inocencia y derechos de la defensa», pp. 759-776; «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas», pp. 777-790; «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», pp. 791-808.

el primer reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, a través de la incorporación del derecho a la tutela judicial efectiva, que es un principio general del Derecho de la UE, a la CDFUE, tal derecho viene a ser de esta manera «objeto de positivización»; y es precisamente desde esta sede desde la «que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia»¹⁴.

Dicho de otra forma, la positivización en la Carta de tales derechos les da concreción, otorgándoles un status «materialmente constitucional» y un contenido que les es propio, el cual a la vez se alimenta de las tendencias y tensiones procedentes del nivel internacional, en primer lugar del CEDH y de su interpretación por el TEDH, y de las influencias de los Estados de la UE.¹⁵

En particular, con respecto a las relaciones entre la CDFUE y el CEDH, de la interpretación del art. 6.1 TUE con el art. 52.3 CDFUE se deduce que, en la medida en que la Carta contenga derechos que sean garantizados también por el CEDH, su «sentido y alcance» serán iguales al nivel que les confiere este último, el cual les otorga una protección «necesaria» y «subsidiaria»,¹⁶ sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda concederles una protección más extensa¹⁷.

Todo ello comporta que si un derecho está previsto tanto en el Convenio como en la Carta, su interpretación deberá ser conforme, con arreglo a dicha «cláusula de remisión», a lo previsto en el Convenio. En la eventualidad de un conflicto entre los dos textos, la Carta reconocerá la primacía del CEDH con la salvedad del supuesto en que la CDFUE concediera una garantía mayor. De ahí la necesidad de coherencia entre el CEDH y la CDFUE y del diálogo entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE.

Sin embargo, para comprender plenamente el significado de los derechos contemplados en las disposiciones de la CDFUE en materia de Justicia es necesario trascender la mera interpretación sistemática de los artículos 47 y 48

¹⁴ Sobre este punto, vid. el Auto del Pleno del TC núm. 86/2011, de 9 de junio de 2011, punto d, el cual hace reenvío a las Conclusiones presentadas en el asunto Prigge, C-447-09, de 19 de mayo de 2011, punto 26.

¹⁵ En este sentido, vid. la STJUE, de 22 de diciembre de 2010, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH, C-279/09, apartado 35.

¹⁶ Sobre este punto, vid.: GARCÍA ROCA, F. J. y VIDAL ZAPATERO, J. M., «El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia», en GARCÍA ROCA, F. J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 365-407. GARCÍA ROCA, F. J., «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 5, 2006, pp. 139-182. En este estudio F. J. García Roca observa que el CEDH otorga a los derechos fundamentales una protección necesaria y subsidiaria, reconociendo una protección de mínimos que debe ser normalmente desplazada por una protección constitucional e interna más intensa. Al respecto, vid. p. 147.

¹⁷ Sobre el punto, véase el Auto del Pleno del TC 86/2011, el cual reenvía a la STJUE, de 5 de octubre de 2010, McB, C-400/10 PPU, apartado 53.

CDFUE con los artículos 6 y 13 CEDH y ser conscientes de que, mediante su proclamación en la CDFUE, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial y los derechos de la defensa adquieren «una entidad y sustantividad propias» y un carácter autónomo¹⁸. De tal planteamiento se deduce que, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa enunciados en los artículos 47 y 48 CDFUE se definirán atendiendo al «sentido» y «alcance» que les otorga el CEDH (artículo 52.3 CDFUE), pero, una vez configurado su ámbito de aplicación, dicho contenido tendrá que ser conformado con arreglo a lo dispuesto en la CDFUE, es decir, en el respeto a los «derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión»¹⁹.

El respeto a los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión en línea con la teoría de la pluralidad de los espacios constitucionales²⁰ y desde una perspectiva de protección de los derechos fundamentales «multinivel», de acuerdo con el art. 53 CDFUE comporta que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros». Dicha interpretación deberá llevarse a cabo en el respeto de la estructura y de los objetivos que la UE se ha propuesto,²¹ entre los que se encuentra la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Tales intereses específicos permiten graduar el nivel de

¹⁸ En este sentido, se reenvía a las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de 1 de marzo de 2011, en el asunto Brahim Samba Diouf contra Ministro de Trabajo.

¹⁹ Vid. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de 1 de marzo de 2011, en el asunto Brahim Samba Diouf contra Ministro de Trabajo, Empleo e Inmigración, C-69/10, punto 42.

²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitucionalismo Multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-158. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *REDCE*, Núm. 7, 2007, pp. 327-375. También disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/14FranciscoBALAGUER.pdf>> (última consulta: 10.10.2012). BALAGUER CALLEJÓN, F., «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista española de derecho constitucional (Ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución (I))* Núm. 69, 2003, pp. 181-213.

²¹ Vid. las Conclusiones del Abogado Sr. Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012, asunto C-399/11, Procedimiento penal contra Stefano Melloni con respecto a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español mediante el auto 86/2011, op. cit., apartado 107, la cual reenvía al respecto a la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, apartado 4.

protección de los derechos fundamentales en función de los distintos intereses en juego.

Por otra parte, desde el punto de vista competencial hay que tener en cuenta que las disposiciones de la Carta no crean, ni ampliarán, ni modificarán en absoluto las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Sus disposiciones están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos tendrán que respetar los derechos procesales básicos reconocidos, tendrán que observar los principios correspondientes y promover su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias (art. 51 CDFUE).

También, es interesante señalar que los derechos de la defensa recogidos en la CDFUE no se configuran como derechos «absolutos» sino que son «derechos de configuración legal», porque requieren de la intervención del poder legislativo, tanto europeo como nacional, para no quedarse en un plano meramente programático y de principio y adquirir efectividad. Desde tal premisa, los artículos 47 y 48 CDFUE se pueden considerar como «base sustantivo-constitucional» de tales derechos y el art. 82 del TFUE como base jurídica para su desarrollo que legitima a la UE a adoptar normas en materia de derechos procesales, estableciendo un marco normativo mínimo común y facilitando la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros de la UE.

El ejercicio de los derechos y libertades establecidos por la Carta podrá ser sometido a limitaciones solo por ley, las cuales deberán ser proporcionales, respetar su «contenido esencial», ser necesarias y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1 CDFUE)²².

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha dotado la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados, determina un avance significativo en el proceso de desarrollo de un sistema de derechos fundamentales propiamente europeo. Por un lado, su reconocimiento en un texto dotado de un valor «materialmente constitucional» les otorga una mayor fuerza y seguridad jurídica, puesto que son los derechos procesales los que permiten la aplicación efectiva de los demás derechos fundamentales. Por otro lado, su carácter de derechos de configuración legal supone la necesidad y oportunidad de una intervención por parte del legislador europeo para la elaboración de normas mínimas que afecten al procedimiento y de camino garanticen plenamente los derechos fundamentales que la UE confiere a los justiciables.

²² En esta línea, el art. 54 CDFUE, sobre el abuso de derecho dispone que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta».

3. EL ART. 82 TFUE Y LA PROGRESIVA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS JUSTICIABLES EN LA UE

En Lisboa, los Estados miembros de la UE tomaron conciencia de que, «la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, considerado la piedra angular de la cooperación judicial desde el Consejo Europeo de Tampere», estaba «lejos de ser satisfactoria» y debía de «acompañarse de un conjunto uniforme de garantías y salvaguardias procesales» que permitieran consolidar «una cultura judicial europea»²³ y reforzar la confianza mutua entre los distintos sistemas judiciales de la UE.

En particular, en lo que concierne a la garantía de los derechos fundamentales de los justiciables, era evidente la necesidad de proceder a la armonización de las legislaciones penales de los Estados Miembros mediante la adopción de normas mínimas relativas a las condiciones y revisión de la detención, a los derechos de los detenidos y a la existencia de vías accesibles para obtener indemnización, de reforzar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo y de garantizar la efectividad de tales derechos en el plano jurisdiccional.

Para dar concreción a tales objetivos los Estados han de tener en cuenta, por un lado, que aunque en el nivel nacional existan disposiciones jurídicas que regulan los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales, sin embargo en la práctica su respeto depende en la mayoría de los casos de la existencia de mecanismos de actuación procesal y administrativo-institucional; y, por otra parte, que aunque todos los Estados Miembros se hayan adherido al CEDH, las normas, las prácticas y la forma de entender los derechos fundamentales de carácter procesal difieren (en muchos casos sustancialmente) entre los Estados Miembros. Por tal razón, es necesario verificar en qué nivel los Estados reconocen y sobre todo respetan los estándares mínimos predispuestos por el CEDH, condición previa e ineludible esta, para la efectiva institución de un ELSJ basado en la confianza mutua en los sistemas y tradiciones judiciales de los Estados de la UE y en el reconocimiento mutuo.

²³ Sobre la necesidad de consolidar una «cultura judicial europea» se reenvía al siguiente documento: PARLAMENTO EUROPEO (Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior), *Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre el desarrollo de un espacio de justicia penal en la UE*, de 8 de abril de 2009 (2009/2012(INI)). En particular, con respecto a este punto, vid. el considerando I, K. Asimismo se recomienda la lectura, entre otros, de los siguientes estudios: PISANI, M., «Il processo penale europeo»: problema e prospettive», *Rivista di Diritto Processuale*, Núm. 3, CEDAM, Padua, 2004, pp. 653-678. BERNARDI, A., «Il Diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali», *Politica del Diritto*, Núm. 2, junio 2005, pp. 243-280. BERNARDI, A., «La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive», *Diritto penale contemporaneo*, octubre 2011. También disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Bernardi.pdf>> (última consulta: 10.10.2012).

Para dar progresivamente actuación a tales objetivos, a fin de garantizar una protección jurisdiccional uniforme y efectiva de los derechos fundamentales en todos los Estados Miembros de la Unión, el Tratado de Lisboa ha reconocido una «base jurídica explícita» para la adopción, acudiendo al procedimiento legislativo ordinario de codecisión, de directivas que establezcan normas mínimas comunes en tales ámbitos, permitiendo de tal forma asegurar la aplicación efectiva de las políticas de la UE en materia penal que han sido objeto de armonización.

A este propósito, el art. 82.1 TFUE dispone que: «La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» en asuntos penales con dimensión transfronteriza. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

- a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
- c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones».

Por lo tanto, el referido artículo 82 TFUE, en el primer apartado, procede a aclarar la relación de instrumentalidad entre la efectividad del principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones penales, sustantivas y procesales, en el marco de la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza.

Tales principios, que mediante su recepción en el Tratado de Lisboa han adquirido un valor «materialmente constitucional» actúan en dos niveles distintos, puesto que la aplicación efectiva del principio del reconocimiento mutuo parece depender de la existencia de un cierto grado de armonización de las legislaciones penales, materiales y procesales de la UE.

Desde este punto de vista, el primero, el principio del reconocimiento mutuo implica que las sentencias y las resoluciones judiciales de carácter penal adoptadas por cualquier órgano jurisdiccional integrante del poder judicial en uno de los Estados Miembros de la Unión serán reconocidas automáticamente y, por lo tanto, tendrán validez y eficacia en todo el territorio de la Unión Europea. Eso significa que los Estados de la Unión deberán aceptar en virtud de la existencia de una confianza recíproca y de un conjunto de valores e ideales comunes sobre los que la UE se asienta, el contenido de las re-

soluciones dictadas por los demás Estados Miembros, sin necesidad de someterlas a un control previo, por ejemplo, respecto de la doble incriminación del supuesto delictivo. Pero precisamente para evitar problemas de legitimidad constitucional, como había ocurrido en el caso de la orden de detención europea²⁴, el reconocimiento mutuo requiere la previa armonización de las legislaciones penales, sustantivas y procesales en la UE, a través de la adopción de un marco mínimo común.

A continuación, en el segundo apartado, el art. 82 TFUE indica algunos de los ámbitos de carácter estrictamente procesal en los que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, cuando se estime necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, las cuales deberán tener en cuenta «las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados Miembros»²⁵.

Estas normas mínimas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;
- b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;
- c) los derechos de las víctimas de los delitos;
- d) los otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. En este

²⁴ Con respecto a los problemas de constitucionalidad relativos a la aplicación de la orden europea de detención en los Estados miembros de la UE, es oportuno recordar: la Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, de 27 de abril de 2005, en la que se afirma que el artículo 607t, apartado 1, del Código procesal penal es contrario al artículo 55.1 de la Constitución al permitir, sobre la base de la orden europea de detención, la entrega de un nacional polaco a otros Estados miembros de la UE; la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 8 BvR 2236/04, de 18 de julio de 2005, con la cual se anuló la ley de transposición de la Decisión marco sobre la orden, en cuanto contraria al art. 16.2 de su Constitución; la sentencia del Tribunal Supremo de Chipre, asunto 294/2005, de 7 de noviembre de 2005, que en la misma línea afirma que el art. 11 de la Constitución no prevé el supuesto de la detención para la ejecución de una euro-orden y la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa, asunto 66/04, de 3 de mayo de 2006, que ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de trasposición de la Decisión marco, por permitir la entrega de nacionales y suprimir el control de la doble incriminación. Y no hemos de olvidar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, asunto C-303/05.

²⁵ En cambio, en el supuesto de la aproximación sustantiva, ex art. 83, el TFUE no hace referencia expresa al respeto de las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados Miembros aunque no se podrá prescindir de la necesidad de individualizar un marco mínimo común respecto de los supuestos delictivos típicos, de las sanciones correspondientes y de las categorías penales principales, teniendo debidamente en cuenta también las diferencias más importantes entre los sistemas judiciales y las tradiciones penales de los Estados Miembros.

último supuesto, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Y, finalmente, desde el punto de vista del nivel de protección es importante señalar, de acuerdo con el art. 82.2 TFUE, que tales normas, cuyo objetivo es únicamente establecer estándares mínimos, no impedirán que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.

El art. 82 TFUE constituye, por lo tanto, la «base jurídica» que ha legitimado definitivamente y de forma explícita a la Unión a promulgar, mediante directivas, normas mínimas comunes, que definan el contenido, el alcance, la estructura básica y el ámbito de aplicación, entre otros aspectos, de los derechos fundamentales de las personas durante el procedimiento penal, extendiendo a la cooperación judicial en materia penal el procedimiento legislativo ordinario o de «codecisión» y el mecanismo de la mayoría cualificada, que se sustituye en la generalidad de los casos a la regla de la unanimidad.

En cambio, con respecto al ámbito penal de carácter sustantivo, el art. 83.1 TFUE, legitima a la UE para establecer mediante directivas (adoptadas por el Parlamento y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario de codecisión) normas mínimas que institucionalicen los supuestos típicos delictivos y las sanciones correlativas en ámbitos específicos, que sean de «especial gravedad», entre otros, el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, los cuales deberán tener una «dimensión transfronteriza», esto es, que afecte a dos o más Estados y derive directamente del «carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes».

En definitiva, el Tratado de Lisboa ha otorgado a la UE la competencia necesaria²⁶ para adoptar normas mínimas de alcance europeo que tengan incidencia en el ámbito penal, tanto de carácter sustantivo como procesal; competencia esta que ya no se ejerce mediante el indefinido y controvertido instrumento de las decisiones marco, sino mediante actos con forma de directiva que aunque necesiten al par del otro una transposición en el ámbito de los ordenamientos internos de los Estados miembros para producir sus efectos, no plantean los problemas que habían planteado las decisiones marco en el ámbito del tercer pilar, tanto desde el perfil de su naturaleza, como desde el perfil del carácter democrático de los procesos decisorios para su adopción y desde el perfil del control jurisdiccional por parte del TJUE. Las directivas

²⁶ JIMENO BULNES, M., «Towards common standards on rights of suspected and accused persons in criminal proceedings in the EU?», *CEPS*, de 26 de febrero de 2010, p. 22, disponible en <<http://www.ceps.eu/book/towards-common-standards-rights-suspected-and-accused-persons-criminal-proceedings-eu>> (última consulta: 10.10.2012). JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2011, 186 pp. A. BERNARDI, «La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive», op. cit.

determinan para los Estados miembros una obligación de resultado, cuyo incumplimiento por parte de los Estados Miembros de la UE podría conllevar el planteamiento de un recurso por incumplimiento y, en su caso, la condena por parte del TJUE (art. 260 TFUE).

Por lo tanto, en el nuevo Espacio Europeo de Justicia, instituido por el Tratado de Lisboa, aproximación sustancial-material y aproximación procesal, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, que es el ámbito objeto de este estudio, se complementan a fin de elaborar un marco normativo mínimo de carácter europeo para adoptar respuestas y políticas comunes y contribuir, de tal forma, a garantizar efectivamente los derechos fundamentales, que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables involucrados en un procedimiento penal, y combatir las distintas formas de criminalidad organizada transfronteriza.

Dicho planteamiento encuentra su confirmación en las demás medidas adoptadas por la UE en el ámbito procesal penal, desde el Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de las personas implicadas en un procedimiento penal en la UE, que ha sido incorporado al Programa de Estocolmo²⁷ y cuya «road map» ha sentado las bases para la adopción de Directivas europeas sobre algunos derechos fundamentales de incidencia procesal considerados básicos y de paso contribuir a la construcción de un Espacio de Justicia Penal propiamente europeo. De las medidas previstas en el «Plan de trabajo»²⁸, hasta el momento han sido adoptados únicamente los siguientes actos: la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²⁹, el Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, de 14 de junio de 2011³⁰, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales³¹. En este momento se está discutiendo

²⁷ La Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (2009/C 295/01), fue poco después incorporada al Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, aprobado por el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009 (Diario Oficial núm. C 115 de 4/5/2010).

²⁸ En el «plan de trabajo» para reforzar los derechos procesales se prevén las siguientes medidas: Medida A: Traducción e interpretación; Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos; Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita; Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables; Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional.

²⁹ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, DOUE L 280/1, 26.10.2010.

³⁰ Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, 14.6.2011, COM (2011) 327 final.

³¹ Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, DOUE L 142/01, 1.6.2012.

la Propuesta de Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención³².

La adopción, aunque a pequeños pasos, de tales medidas representa la señal tangible de que la UE se ha dado finalmente cuenta de la necesidad y de la oportunidad de llevar a cabo una acción legislativa desde un nivel de tutela supranacional, trascendente a los ordenamientos jurídicos nacionales en tiempos rápidos y mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial eficientes, el refuerzo del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones en el ámbito europeo; elementos estos que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa han adquirido un valor «materialmente constitucional».

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL ELSJ

La UE está dotada de un «poder judicial» autónomo que trasciende a los sistemas judiciales de sus Estados Miembros pero a la vez integrado en tales sistemas, cuya función es velar por el respeto del Derecho de la UE en la interpretación y aplicación de los Tratados y llevar a cabo la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los justiciables. El TJUE ha desempeñado desde los orígenes del proceso de construcción europeo un papel «materialmente constitucional», configurándose como el intérprete supremo y el creador de un sistema de protección de los derechos fundamentales propiamente europeo³³.

Con el Tratado de Lisboa cambia la denominación del sistema jurisdiccional de la Unión, aunque no varía sustancialmente su organización institucional, se amplían sus competencias y su margen de incidencia en el ELSJ y se refuerza su papel asumiendo en modo definitivo el rango de Órgano de Justicia Constitucional de la UE.

El sistema jurisdiccional de la UE en su conjunto pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea y comprende el Tribunal de Justicia,

³² Con respecto a los debates relativos a la Propuesta de Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho a comunicarse se reenvía a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención, COM (2011) 326 final 2011/0154 (COD), de 8 de junio de 2011, y al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención», de 15 de febrero de 2012 [COM(2011) 326 final-2011/0154 (COD)] (2012/C 43/11).

³³ Sobre el Tribunal de Justicia tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se reenvía, entre otros, a los siguientes estudios: RUIZ-JARABO COLOMER, D., *La justicia de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2011, 403 pp. ADINOLFI, A., «La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona», *Rivista di diritto internazionale*, Núm. 1, 2010, pp. 45-64.

el Tribunal General y los Tribunales especializados (art. 19 TUE). Hasta el momento el único Tribunal especializado establecido es el Tribunal de la Función Pública (art. 270 TFUE), cuyo cometido es ejercer en primera instancia las competencias para resolver los litigios entre la Unión y sus agentes, con la inclusión de los litigios entre cualquier órgano u organismo y su personal respecto de los cuales se haya atribuido competencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Desde el punto de vista material, el Tratado de Lisboa ha atribuido a la UE la competencia para pronunciarse en vía incidental sobre la generalidad de las cuestiones que afectan al ELSJ, entre otros, los visados, la regulación del asilo, la inmigración y las otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, el estatuto del inmigrante, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, la criminalidad transfronteriza y, en general, todo el conjunto de medidas que integran la cooperación judicial, tanto civil como penal³⁴. Competencia que ya no es condicionada como antes se preveía a una declaración de cada Estado Miembro en la que se procedía a su reconocimiento y se indicaban los órganos jurisdiccionales nacionales habilitados para someterle el asunto. De tal forma, la competencia material del TJUE en este ámbito ha adquirido un valor automático, generalizado y obligatorio, salvo que los Tratados dispongan otra cosa³⁵.

A este propósito y a pesar de todas las relevantes y positivas aportaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, si bien el concepto de pilar ha desaparecido en virtud del Título V del TFUE, es importante señalar que siguen existiendo algunos ámbitos sometidos a normas particulares y procedimientos específicos y excluidos del control jurisdiccional del TJUE, esto es el caso de la generalidad de las medidas adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común de la UE (art. 275 TFUE)³⁶ y las medidas en el ámbito de la cooperación judicial penal y de la cooperación policial con respecto a la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros

³⁴ La referida extensión del ámbito material de competencia del TJUE ha sido posible a través de la derogación de los arts. 35 TUE y 68 TCE, que establecían restricciones a la jurisdicción del TJUE en el ámbito de la cooperación judicial penal, que ha determinado la supresión formal de los pilares comunitarios y la consiguiente «comunitarización» de la cooperación judicial en materia penal.

³⁵ Art. 19 TUE y 267 TFUE.

³⁶ Es importante precisar que el Tribunal de Justicia podrá controlar las disposiciones adoptadas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común y los actos correspondientes únicamente en dos supuestos, cuando se refieran a la delimitación de las competencias de la UE y de la PESC, cuya ejecución no debe afectar al ejercicio de las competencias de la Unión ni a las atribuciones de las instituciones para el ejercicio de las competencias exclusivas y compartidas de la Unión; y en el supuesto de los recursos de anulación interpuestos contra las decisiones adoptadas por el Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas, por ejemplo en el marco de la lucha al terrorismo (art. 275 TFUE).

servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro y para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276 TFUE).

Otra criticable limitación está contemplada en el art. 10 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias, con arreglo al cual se prevé que el Tribunal de Justicia no podrá ejercer una competencia plena en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal hasta que no hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es decir a partir del 2014. Mientras tanto, las atribuciones del Tribunal de Justicia en tales ámbitos seguirán siendo las mismas en lo que respecta a los actos adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Por otra parte, desde el punto de vista del procedimiento, la «comunitarización» del tercer pilar ha convertido el reenvío prejudicial en el principal instrumento del dialogo y cooperación leal entre los Tribunales nacionales, en todas sus articulaciones, y al Tribunal de Justicia en una de las principales fuentes de armonización de los derechos y garantías procesales en la Unión Europea, puesto que ahora todos los órganos jurisdiccionales nacionales, y no sólo los órganos jurisdiccionales superiores de última instancia, pueden interponer el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia, cuando se plantee «una duda de constitucionalidad» sobre la interpretación de los Tratados y la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión en el marco del ELSJ,³⁷ si lo consideran necesario para resolver el supuesto del que estén conociendo (art. 267 TFUE).

Además junto a la extensión del mecanismo del reenvío prejudicial a la generalidad del ELSJ, se prevé la posibilidad de plantear al TJUE una cuestión prejudicial de urgencia para las cuestiones inherentes al ELSJ, cuando la persona implicada en el procedimiento es privada de la libertad³⁸.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia no se limita a establecer solo si un acto normativo con respecto a un determinado caso concreto es conforme o no al Derecho de la UE y por lo tanto aplicable o inaplicable, en su caso, de conformidad con los principios de primacía, equivalencia, efectividad y efecto útil, que son los principios fundamentales del Derecho Constitucional Europeo. Sino que,

³⁷ Con respecto a la legitimación de los órganos jurisdiccionales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales, el art. 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE) prevé que: «Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». En cambio, «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

³⁸ Vid. el art. 23 *bis* del Protocolo núm. 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE 2008, C 115) y el art. 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

a la vez, mediante su jurisprudencia, contribuye a la creación de un marco mínimo común, bajo la forma de principios generales del Derecho de la UE, cuyo objetivo es unificar y armonizar los derechos y las garantías fundamentales de incidencia procesal en los Estados miembros de la Unión.

Estamos ante un proceso circular, cuyo punto de referencia constante son los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la UE, los cuales acaban pasando necesariamente por el filtro de los principios generales, de aquel «*acquis*» elaborado por el Tribunal de Justicia a partir de la recepción e interiorización de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros. Y, tras la «comunitarización» del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, dicho filtro también podrá operar a todos los efectos para enjuiciar la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión que afectan a la cooperación judicial en materia penal. Todo ello reforzará sin duda el diálogo, la cooperación y la colaboración entre los Jueces Europeos.

Una confirmación significativa de esta tendencia se observa en la actitud del mismo Tribunal Constitucional español, que mediante el Auto 86/2011, de 9 de junio³⁹, ha acordado por primera vez interponer un reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en el ámbito de un recurso de amparo contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 12 de septiembre de 2008, concerniente a la entrega de un ciudadano italiano con respecto a una orden europea de detención y entrega formulada por el Tribunal de Ferrara (Italia) para la ejecución de una condena penal dictada en ausencia del culpable por un delito de quiebra fraudulenta.

El reenvío prejudicial interpuesto por el TC español representa la manifestación tangible de su voluntad de fortalecer el «diálogo judicial europeo», mediante la colaboración y la cooperación leal con el Tribunal de Justicia a fin de garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en un sistema de protección multinivel, que reenvía a un orden jurídico, a una «Comunidad de Derecho» integrada por una pluralidad de espacios constitucionales «parciales», autónomos y distintos aunque profundamente interrelacionados⁴⁰.

Por todo ello y al margen de algunos elementos que no pueden ser exentos de críticas, como la exclusión de la competencia del TJUE con respecto a las medidas adoptadas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común de la UE y de las operaciones realizadas en el ámbito de la cooperación en materia policial y penal, no se puede no reconocer la relevancia de las aportaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, las cuales permitirán al TJUE desarrollar de forma plena y efectiva, por un lado, el control del derecho procesal interno, poniéndole, en su caso, límites, como si fuera un «legislador negativo»; y por otro lado, contribuirán a reforzar su papel de «legislador po-

³⁹ Auto del Pleno del TC núm. 86/2011, de 9 de junio de 2011.

⁴⁰ Al respecto, se reenvía al voto particular del Magistrado D. Pablo Pérez Tremps al Auto dictado en el recurso de amparo núm. 6922-2008.

sitivo», incentivando el proceso de armonización y consolidación de un derecho procesal europeo y de camino de un Espacio de Justicia propiamente europeo que abarque también el ámbito penal, tanto sustantivo-material como el ámbito estrictamente procesal.

5. ¿HACIA UNA PLURALIDAD DE ESPACIOS JURÍDICOS FRAGMENTADOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL RIESGO DE UNA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL ASIMÉTRICA?

El Tratado de Lisboa, a pesar de su carácter innovador y de su importancia en el proceso de construcción europeo recoge algunos aspectos «controvertidos» y «contradictorios» que podrían crear obstáculos, hasta llegar en algunos casos a paralizar la creación de un espacio de justicia armonizado. En efecto, junto al «régimen general común» del ELSJ coexisten también otros regímenes y espacios «especiales» en función del nivel de integración de los Estados⁴¹. Tales regímenes son el fruto de los procesos de negociación para obtener el consenso de algunos Estados que veían con recelo y escepticismo que el ejercicio del *ius puniendi*, que ha pertenecido tradicionalmente al núcleo duro de la soberanía ya no era una competencia exclusiva de los Estados.

Entre los elementos más controvertidos del Tratado de Lisboa, calificados por la doctrina de «concesiones» o elementos de fractura y fragmentación cabe destacar: el mecanismo de los «frenos de emergencia», la cooperación reforzada, el «régimen de *opt-out/opt-ing*» reservado al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y el «régimen especial» concedido al Reino Unido y Polonia con respecto a la aplicación de la CDFUE. Tales regímenes podrían poner seriamente en peligro la construcción del ELSJ.

La primera contradicción que se puede individualizar en la regulación del ELSJ es el mecanismo de los «frenos de emergencia», el cual, con arreglo a los art. 82.3 y 83.3 TFUE, debe ser leído en relación y en contraposición

⁴¹ APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, Milán, 2009, p. 314. APRILE, E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padua: Cedam, 2007, pp. XIV-278. LIROLA DELGADO, I., «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un posible proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 16, 2008, 25 pp. JIMENO BULNES, M., «Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal», en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., pp. 30-70. FONSECA MORILLO, F. J., «Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., pp. 19-27. CARRERA, S. y GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 29, 2008, pp. 133-162.

con el mecanismo de la cooperación reforzada. Según tales artículos, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva con el que se pretende aproximar las legislaciones penales sustantivas o procesales, a través de la adopción de normas mínimas que afecten a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que dicho asunto se remita al Consejo Europeo, que procederá a suspender el procedimiento legislativo ordinario y lo podrá reactivar, previa deliberación y en el caso de que se alcance el consenso, en el plazo de cuatro meses de dicha suspensión, devolviendo el proyecto al Consejo. Sin embargo es interesante apuntar que el Tratado de Lisboa nada dice respecto de cuáles serían los aspectos fundamentales del sistema de justicia penal.

Si no hubiese acuerdo dentro de ese mismo plazo y al menos nueve Estados miembros quisieran establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de la directiva en cuestión, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada ex art. 20.2 TUE y 329.1 TFUE se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada, la cual estará abierta a todos los Estados miembros en cualquier momento, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización.

Por lo tanto, si por un lado el mecanismo de los «frenos de emergencia» en determinadas circunstancias podría equilibrar la introducción del voto por mayoría cualificada, protegiendo de tal forma los intereses particulares de los Estados miembros y las cooperaciones reforzadas podrían desbloquear la adopción de normas en determinados ámbitos, dando flexibilidad al sistema; por otro lado, sin embargo, tales mecanismos podrían perjudicar la efectiva aproximación de las normas penales, sustantivas y procesales, en el ámbito de la Unión, conllevando el riesgo de dar vida a una Europa a «dos velocidades», fragmentada jurídicamente, en el caso de que uno o más Estados no quisieran participar en la adopción de tales medidas, obstaculizando la consolidación de la confianza mutua entre los Estados y, de ahí, la operatividad del principio del reconocimiento mutuo en materia penal y de los procesos decisorios, que estarían sometidos a retrasos y bloqueos.

Otro aspecto discutido y discutible, concierne al régimen especial concedido al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, mediante el mecanismo de *opt-in/opt-outs*, sistema que ya se había regulado en el Tratado de Ámsterdam en relación con el Título IV relativo a la cooperación judicial en materia civil y a las medidas relativas a la inmigración, visados, asilo y control de las fronteras. En el Tratado de Lisboa tales regímenes particulares se extienden también a la cooperación judicial en materia penal, contribuyendo a comprometer la unidad del sistema jurídico.

De acuerdo con lo dispuesto en los Protocolos núm. 21 y 22, anexos al Tratado de Lisboa, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en principio, no participarán en la adopción de medidas o disposiciones relativas a la cooperación

judicial en materia penal. A este propósito, no hemos de olvidar que el Reino Unido y Dinamarca ni siquiera se han adherido a la «Euro-zona».

La «autoexclusión» de tales Países del «régimen general» implica que todo acto o medida adoptada en dicho marco o resolución dictada por el Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas no serán vinculantes ni aplicables a tales Estados.

Sin embargo, es importante hacer algunas precisiones puesto que en lo que se refiere al Reino Unido e Irlanda se establece un régimen de «*opt-out*» con posibilidad de «*opting-in*», que les permite participar en la adopción y aplicación de medidas en materia de cooperación judicial penal⁴². En cambio, con respecto a Dinamarca se prevé un régimen de «*opt-out*» que podría calificarse de pleno, con posibilidad de «*opt-in*» mediante la adopción de acuerdos internacionales con la Unión Europea⁴³ o mediante modificación del Protocolo núm. 22. En el segundo caso Dinamarca apostaría por un sistema parecido al del Reino Unido e Irlanda⁴⁴. Y por último, mientras que en el caso de Dinamarca e Irlanda se prevé la posibilidad de incorporarse, en cualquier momento, al «régimen general», así no se prevé en forma explícita para el caso del Reino Unido.

Dichos «régimen particulares» o «zonas de auto-exclusión», tendrán una incidencia importante también con respecto a los ámbitos materiales de los que el TJ podrá conocer, puesto que el «*opt-out*» incluye también las sentencias, resoluciones y la jurisprudencia del TJUE, que por lo tanto no podría conocer de los asuntos que afectan al ELSJ salvo que el Reino Unido e Irlanda ejerzan su derecho al «*opting-in*» y Dinamarca adopte acuerdos internacionales con la UE o opte por un sistema parecido al «régimen británico-irlandés».

Otro «régimen particular» que podría contribuir a la fragmentación político-jurídico de la UE es representado por el régimen establecido por el Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la UE a Polonia y Reino Unido⁴⁵. El Protocolo núm. 30 aunque no pretende excluir a Polonia y al Reino Unido de la aplicación de la CDFUE sino precisar la aplicación de determinadas disposiciones de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa de estos dos Estados y la posibilidad de

⁴² Art. 3 y 4 del Protocolo núm. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁴³ Art. 4 del Protocolo núm. 22.

⁴⁴ De tal forma, así dispone el art. 8 del Protocolo núm. 22: [...] «la totalidad del acervo de Schengen y las medidas adoptadas para desarrollar dicho acervo que hasta ese momento hayan vinculado a Dinamarca en calidad de obligaciones de Derecho internacional serán vinculantes para Dinamarca en calidad de Derecho de la Unión».

⁴⁵ Sobre el Protocolo núm. 30, vid.: AMADEO, S., «Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela «asimmetrica» dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione», *Il Diritto dell'Unione Europea*, Núm. 3, 2009, pp. 720-741.

acogerse a ella ante sus tribunales, sustancialmente determina una «integración diferenciada» en los distintos ámbitos, con el riesgo potencial de desarrollar una «tutela asimétrica» de los derechos fundamentales⁴⁶.

También se pueden calificar de elementos contradictorios las denominadas «cláusulas pasarelas», en virtud de las cuales el Consejo Europeo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento, puede autorizar la aplicación del procedimiento legislativo ordinario en sustitución del procedimiento legislativo especial, cuando sea necesario para la adopción de medidas que desarrollen las políticas de la Unión Europea, siempre y cuando ningún parlamento nacional notifique su oposición en el plazo de seis meses; la posición prioritaria del Consejo Europeo cuyo mandato es definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el ELSJ (art. 68 TFUE) y el papel activo asumido por los Parlamentos nacionales cuya intervención en los procesos decisorios de la Unión, podría conducir, cuando la materia de que se trate afecte a aspectos particularmente delicados, esto es sin duda el caso de la adopción de normas que afecten al ámbito de la justicia penal, a retrasos indebidos o incluso a una parálisis de la acción de la Unión Europea. Y por último, no hemos de olvidar incluir los límites puestos al ejercicio de la jurisdicción del TJUE en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, de la cooperación policial y de la política exterior y de seguridad común, tratados en el epígrafe anterior.

Sin embargo, al margen de los perfiles negativos de las mencionadas «reminiscencias intergubernamentales», que todavía afectan al ELSJ, es importante resaltar que tales contradicciones y concesiones, fruto de los procesos de negociación, son parte integrante del sistema, una necesidad para poder avanzar contando con un consenso amplio y generalizado en el camino de construcción europeo.

6. CONCLUSIONES

El Tratado de Lisboa ha marcado un hito en el proceso de construcción de un Espacio de Justicia propiamente Europeo en el que se garantiza de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso

⁴⁶ El Protocolo núm. 30 reafirma que la Carta no amplía la facultad del Tribunal de Justicia o de cualquier órgano jurisdiccional de Polonia y del Reino Unido para estimar que las leyes, reglamentos o disposiciones, prácticas o actos administrativos son incompatibles con los derechos o principios fundamentales que la propia Carta reafirma (art. 1). Y a continuación se establece que nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta, relativo a los derechos sociales crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional (art. 2). Por otra parte, los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron extender dicha excepción también a la República Checa; sin embargo se está esperando todavía la modificación en tal sentido del Protocolo núm. 30.

con todas las garantías, introduciendo importantes elementos «materialmente constitucionales» de carácter tanto sustantivo como procesal que han innovado el marco jurídico de la Unión.

La incorporación sustancial en el Tratado de Lisboa de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la previsión de la adhesión de la UE al CEDH y la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia penal, que, mediante la supresión formal de los pilares comunitarios, ha otorgado a la UE una competencia expresa y autónoma para adoptar normas mínimas con incidencia en el ámbito penal, sustantivo y procesal, y ha atribuido al TJUE una competencia prejudicial automática, generalizada y obligatoria sobre los asuntos que afectan al ELSJ, convirtiéndolo en la principal fuente de armonización de los derechos y garantías procesales en la UE, son las aportaciones más novedosas de su nueva arquitectura.

En particular, la incorporación sustancial de la CDFUE, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha adquirido valor jurídicamente vinculante, otorga al derecho a la tutela judicial efectiva y a los derechos de la defensa (en virtud de su recepción formal en los arts. 47 y 48) un «status materialmente constitucional» y un contenido que le es propio. Contenido este que a la vez se alimenta de las tendencias y tensiones procedentes del nivel internacional, en primer lugar del CEDH, de su interpretación por parte del TEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados de la UE.

Por todo ello, las disposiciones contenidas en la CDFUE en materia de Justicia se pueden definir como la base sustantivo-constitucional de tales derechos y el art. 82 TFUE, que otorga a la Unión la competencia necesaria para adoptar normas mínimas, bajo la forma de directiva, que afecten, entre otros ámbitos, a los derechos de las personas involucradas en un procedimiento penal, como la base jurídica que legitima a la UE para desarrollar tales derechos, estableciendo un marco normativo mínimo común y facilitando la aproximación de las legislaciones procesales de los Estados Miembros de la UE.

Tales elementos «materialmente constitucionales» contribuirán a dar una mayor seguridad jurídica, reforzarán la confianza mutua entre los Estados, eliminarán o al menos reducirán las diferencias existentes entre los sistemas judiciales y las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros de la UE, favorecerán el proceso de armonización legislativa y jurisprudencial de los derechos humanos y el diálogo entre los «Jueces europeos».

La construcción del Espacio Europeo de Justicia que ampare los derechos que la UE otorga a los justiciables dependerá por lo tanto de la recíproca interacción entre los mencionados «elementos materialmente constitucionales» en materia de Justicia, reconocidos en el Tratado de Lisboa, y de la voluntad política de los Estados miembros de seguir en este camino.

El arte del *consensus* en Europa: ¿es aplicable la gobernanza de la Unión Europea universalmente?

Yolanda Gamarra Chopo*

Profesora Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales
Universidad de Zaragoza

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen. Este estudio trata de la experiencia constitucional de la Unión Europea (UE) desde una perspectiva global recurriendo al «modelo de gobernanza» de la política exterior europea. Dos cuestiones centrales articulan el estudio: 1) si el «modelo de gobernanza» de la UE es aplicable universalmente, y 2) si la experiencia constitucional de la UE resulta eficaz desde una perspectiva global. Para alcanzar tales objetivos el estudio se divide en tres partes. Una primera, trata del «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE como poder normativo. Una segunda, evalúa la evolución de la política exterior de la UE desde su creación en la década de los años cincuenta. Y una tercera, explora, a través de tres ilustraciones, la aplicación del «modelo de gobernanza» de la UE, y su eficacia. El estudio concluye que el carácter distintivo de la UE, como actor global, no es tanto por la promoción de objetivos, principios y valores y/o intereses, o el recurso al derecho blando –soft-law– frente al derecho duro –hard-law–, sino más bien por el «modelo de gobernanza» de la política exterior que promueve. En este contexto afloran dos cuestiones conexas: 1) si el modelo de gobernanza de la UE en su política exterior es más eficaz cuando se enfrenta a problemas colectivos que el promovido por otros actores, y 2) si el «modelo de gobernanza» que aplica y promueve la UE es realmente colectivo y participatorio, o se trata más bien de un instrumento que utiliza la UE para exportar sus reglas sustantivas y promover sus intereses particulares, sin tener en cuenta las particularidades de los otros actores.

Palabras Claves: Gobernanza Global, Política Exterior de la Unión Europea, Soberanía, Derecho Global, Constitucionalismo, Pluralismo.

Abstract. *This study addresses the constitutional experience of the European Union (EU) from a global perspective with respect to the «model of governance» of European foreign policy. Two principle issues are discussed: 1) whether the «model of governance» of the EU is universally applicable and 2) whether the constitutional experience of the EU is effective from a global viewpoint. The study is divided into three parts. The first deals with the «model of governance» of EU foreign policy as a*

* *Visiting Researcher* at the Institute for Global Law and Policy, Harvard Law School, Harvard University, Boston, Mass., y *Fellow* at the Royal Complutense College at Harvard University, 2012. Esta actividad se enmarca en el programa de movilidad de investigación del profesorado del Ministerio de Educación (BOE, 12 de enero de 2012), y del Gobierno de Aragón (BOA, 1 de diciembre de 2011), y del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón (S 102), «Nuevas vías de participación política en democracias avanzadas». Gracias a Sandra Vicente e Ignacio de la Rasilla por su constante apoyo en la tarea investigadora.

«normative power». The second assesses the evolution of EU foreign policy from its beginnings in the 1950s. The third explores, by means of three illustrations, the application of the EU «model of governance» and its effectiveness. The study concludes that the distinctive character of the EU as a global actor is not defined so much by its promotion of objectives, principles, and values and/or interests, or its recourse to soft law as opposed to hard law, as by the «model of governance» of its foreign policy. This gives rise to two related questions: 1) whether the «model of governance» of the EU in its foreign policy is more effective when faced with collective problems than that developed by other actors and 2) whether the «model of governance» developed and applied by the EU is truly collective and participatory, or an instrument used by the EU to export its substantive laws and to promote its own particular interests without taking into account the particular interests of other actors.

Key Words. *Global Governance, European Union Foreign Policy, Sovereignty, Global Law, Constitutionalism, Pluralism.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Distinguiendo el modelo de gobernanza europea como “poder normativo”.—3. De 1951 a 2007: una aproximación a la política exterior de la UE.—4. Explorando el «modelo de gobernanza» de la UE en sus relaciones internacionales en tres ilustraciones.—4.1. La cooperación UE-América Latina.—4.2. La política de la UE hacia la Corte Penal Internacional.—4.3. El marco cooperativo de la UE en materia de seguridad y defensa.—5. Conclusiones.

«Europe is not an actor in International affairs nor does it seem likely to become one. The Europe with which I am concerned is the actual one of state governments in which a minor role is placed, chiefly as instruments of cooperation between governments, by various committees, assemblies and secretariats bearing the designation European, including those of the European Community amongst others» (H. Bull «Civilian power Europe: A Contradiction in Terms», *Journal of Common Market Studies*, 1982, vol. 21, p. 151)

1. INTRODUCCIÓN

De entre las discusiones existentes en torno a la problemática de la gobernanza mundial, una de las escuelas de pensamiento defiende la idea de un cambio en las lógicas interestatales clásicas en cuanto a una sustitución del poder de elección monopolística e irreversible del Estado-nación (propia de la visión de Estados Unidos de Norteamérica), por la norma estable, colectiva y negociada, y soberanías compartidas (desarrollada por los Estados europeos en el marco de la UE)¹. La lógica europea pretende, a través de las lógicas de gobernanza mundial, reducir la estructura «anárquica» del sistema interna-

¹ WEILER, J., «European Neo-Constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order», BELLAMY, R. y CASTIGLIONE, D., *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 105-121.

cional. Esta filosofía de las normas tiene por objeto crear un escenario donde los protagonistas del sistema internacional estén encuadrados en una malla normativa a la vez densa y, si es posible, coercitiva. Esto es posible, en el caso de la UE, por el poder y el lugar que ocupa el TJUE como garante del sistema.

Los pilares de la renovación del constitucionalismo internacional o mundial son variados e incluyen el auge del proceso de constitucionalismo europeo y su modelo de «constitucionalismo a múltiples niveles»², así como el efecto que éste último tiene con otros procesos de integración regional, la extensión y revitalización del modelo constitucional liberal doméstico tras el final de la Guerra Fría y el consecuente desarrollo de un mayor interés por el constitucionalismo internacional comparado³ y, aún, como corolario, por el Derecho internacional comparado⁴.

El diálogo entre tribunales es una realidad global que va más allá de las fronteras del sistema constitucional comunitario. Los juristas nacionales recurren cada vez con mayor asiduidad al derecho comparado para resolver problemas que se plantean en el interior de sus ordenamientos. La sociedad global es una constante fuente de exigencias por la creciente movilidad de las personas, y por los constantes incrementos de los intercambios económicos. De la misma manera que la redacción de cartas de derechos humanos regionales e internacionales, y la progresiva articulación de legislaciones comerciales vinculadas con la liberalización de las economías y la expansión del derecho internacional privado ha propiciado la emergencia de un acervo jurídico global a disposición de las diversas cortes constitucionales. Las políticas exteriores y de seguridad de los Estados, en el contexto de la UE, se asientan en principios cada vez más convergentes. Y la moneda colectiva europea, el euro, con sus propias ambivalencias, es ya una moneda de referencia global⁵.

Este estudio revisita, como punto de partida, una cuestión familiar como es la naturaleza de la «política exterior» de la UE. El estudio comienza con el análisis de las posiciones existentes en cuanto a la naturaleza de la UE como actor internacional, y si ésta se fundamenta en un conjunto

² PERNICE, I., «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, 2009/3, vol. 15, pp. 349-407.

³ TUSHNET, M., «Comparative Constitutional Law», REIMANN, M. y ZIMMERMAN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of International Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 1225-1257.

⁴ KOSKENNIEMI, M., «The Case for Comparative International Law», *Finnish Yearbook of International Law*, 2011, pp. 3 *et seq.*

⁵ GAMARRA, Y., «Efectos de las crisis globales sobre el sistema monetario internacional: ¿una moneda de reserva alternativa al dólar?», MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales. XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales –AEPDIRI– celebradas en La Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de La Rioja, 2010, pp. 611-622.

de valores, principios y normas, y/o en sus propios intereses⁶. Dejando a un lado la distinción entre la promoción de valores y/o consecución de intereses de la UE, el análisis se centra en el «modelo de gobernanza»⁷ de la política exterior desde una posición no europea, sobre todo su tendencia a actuar colectivamente más que unilateralmente, y a establecer e institucionalizar el modelo de gobernanza en un amplio espectro de materias. La primera parte trata del modelo de gobernanza de la política exterior de la UE. La segunda de la evolución de la política exterior. La tercera propone una serie de ejemplos de «modelo de gobernanza» en las relaciones internacionales de la UE. El estudio termina con la exposición de una serie de cuestiones sobre el impacto del «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE.

2. DISTINGUIENDO EL MODELO DE GOBERNANZA EUROPEA COMO «PODER NORMATIVO»

Hay una variada y rica literatura de las relaciones internacionales de la UE como actor global⁸. Esta literatura de diferente manera se pregunta por el carácter del poder externo y político de la UE, frecuentemente distinguiéndola de la política exterior de los Estados, y algunas veces se compara, implícita o explícitamente, con el funcionamiento de Estados Unidos de Norteamérica. Una de las tesis más populares es la de considerar a la UE como «poder normativo». No obstante, la noción de poder normativo en sí misma es contestada, esto es, es utilizada para referirse ampliamente a la “promoción de normas en un sentido normativo” de la UE, por ejemplo, en la promoción del multilateralismo y de valores como el respeto del derecho internacional, los derechos humanos y la democracia, a través de métodos no coercitivos⁹. Un

⁶ KEOHANE, R., «Governance in a Partially Globalized World», *American Political Science Review*, 2001, 95, pp. 113. Sobre la necesaria coexistencia de normas y valores con las instituciones de gobernanza. En cuanto a la posición del Tribunal de Justicia de la UE en relación con la vinculación de la UE a los valores recogido en el artículo 3(5) TEU, *vid.* C366/10, *ATAA v Secretary of State for Climate Change*, Judgment of 21 December 2011, par. 101.

⁷ En el sentido expuesto por BÚRCA, G. DE, «EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy», BLOCKMANS, S. et al., *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU*, Oxford University Press, 2012.

⁸ En buena medida esa literatura está escrita por europeos, entre otros, GERRITS, A. (ed), *Normative Power Europe in a Changing World: A Discussion*, 2009, disponible en: <http://www.clingendael.nl/publications/2009/20091200_cesp_paper_gerrits.pdf> (última consulta: 05.10.2012), y SICURELLI, D., *The EU's Africa Policy: Norms, Interests and Impact*, 2010, y LUCARELLI, S. y FIORAMONTI, L. (eds), *External Perceptions of the European Union as a Global Actor*, 2009.

⁹ MANNERS, I., «Normative power Europe: a contradiction in terms?», *Journal of Common Market Studies*, 2002, vol. 40, n° 2, pp. 235-258; SJURSEN, H., «The EU as a normative power: How can this be?», *Journal of European Public Policy*, 2006, vol. 13,

término utilizado para describir el papel externo de la UE es el de poder *soft*¹⁰, así como poder estructural que influye en estructuras y normas globales¹¹.

La UE es considerada, a su vez, como un poder civil, en oposición al poder militar¹², mientras otros han enfatizado su poder *civilizador*, en una adaptación de la idea sociológica de Norbert Elias del proceso civilizador¹³. La UE también ha sido considerada como poder global¹⁴, sistema de seguridad¹⁵, imperio¹⁶, imperio normativo¹⁷ y *hegemon* normativo regional¹⁸.

Cada una de estas aproximaciones, diferentes pero relacionadas entre sí, tratan del carácter diferenciador de la política exterior de la UE, enfatizando

pp. 235-251, y una posición crítica. en Díez, T., «Constructing the Self and Changing Others: Reconsidering Normative Power Europe», *Millenium Journal of International Studies*, vol. 33, 2005, pp. 613-636. Así como, el estudio de WHITMAN, R. (ed), *Normative Power Europe: Empirical and Theoretical Perspectives*, Palgrave, 2011. Una reciente defensa del término como un modelo ideal en FORSBERG, T., «Normative Power Europe, Once Again: A Conceptual Analysis of an Idealtpe», *Journal of Common Market Studies*, 2011, vol. 49, pp. 1183-1204.

¹⁰ NYE, J., *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, 2004. Del mismo autor, *The Future of Power*, Public Affairs, 2011, en el que define el poder «suave» (*smart power*) como una habilidad para combinar el poder «duro» (*hard power*) y el poder «blando» (*soft power*) en una estrategia efectiva. También, KAGAN, R., *Of Paradise and Power, America and Europe in the New World Order*, Knopf, 2003.

¹¹ BARNETT, M. y DUVAL, R., *Power and Global Governance*, CUP, 2004, Capítulo 1, y KEUKELEIRE, S. y MACNAUGHTAN, J., *The Foreign Policy of the European Union*, Palgrave, Macmillan, Londres, 2008.

¹² DUCHÊNE, F., «The European Community and the uncertainties of interdependence», KOHNSTAMM, M. y HAGER, W. (eds) *A Nation Write Large? Foreign Policy Problems before the European Community*, Macmillan, Basingstoke 1973, y TÊLO, M., *Europe: A Civilian Power?*, Palgrave, Macmillan, 2006. Una aproximación crítica al debate europeo sobre el poder «civil» y «normativo» en ORBIE, J., «Current Debates», *Cooperation and Conflict*, 2006, vol. 40, p. 123 *et seq.*

¹³ LINKLATER, A., «A European Civilizing Process», HILL, C. y SMITH, M., *International Relations and the European Union*, OUP, 2005.

¹⁴ BRETHERTON, C. y VOGLER, J., *The European Union as a Global Actor*, Routledge, 2nd ed, 2006, y ROGERS, J., «From Civilian Power to Global Power: Explicating the EU's Grand Strategy through the use of Discourse Theory» *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, 2009, pp. 831-862. Un interesante debate focalizado en la política ética de la UE como elemento distintivo en HOWSE, R. y NICOLAIDIS, K., «This is my EUtopia», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, pp. 767-792.

¹⁵ CHARILLON, F., «The EU as a Security Regime», *European Foreign Affairs Review*, 10, 2005, pp. 517-533.

¹⁶ ZIELONKA, J., *Europe as Empire: The Nature of the Enlarged European Union*, OUP, 2006.

¹⁷ LAIDI, Z., «The Unintended Consequences of European Power», *Les Cahiers européens de Sciences Po*, No. 5/2007.

¹⁸ HAUKKALA, H., «The EU as a Regional Normative Hegemon, The Case of European Neighborhood Policy», WHITMAN, R. G. (ed.), *Normative Power Europe: Empirical and Theoretical Perspectives*, Palgrave Macmillan, Basingstoke & New York, 2011, p. 4564.

sus recursos, sus objetivos, los medios para alcanzar sus objetivos, o la combinación de los tres. El argumento que pretendo articular comparte premisas de esta literatura, pero prestando especial atención al carácter de las relaciones internacionales de la UE que difiere de la existente consideración normativa o civil. A la hora de describir a la UE como «modelo de gobernanza» de la política exterior, los temas en los que me centro afectan: primero, a la preferencia de la UE por la cooperación estable e institucionalizada con Estados y otras organizaciones internacionales, y segundo, al uso frecuente de marcos reguladores que afectan a objetivos comunes, y a la coordinación de la política exterior como si fuera política interna. Esta preferencia parece ser parte de un producto de externalización de las prácticas de la UE, las cuales son desarrolladas internamente como parte de su proyecto original de integración transnacional europeo. No obstante, la elección de la estrategia externa de la UE es consecuencia del entorno global en el que actúa y proyecta sus valores e intereses¹⁹.

Definir con mayor precisión el «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE requiere tener en consideración que la UE persigue una política exterior liberal, en términos generales. Sin duda, la UE conduce sus relaciones exteriores de una manera particular en relación a cómo las articulan otros actores internacionales, al mismo tiempo que busca un elemento diferenciador. En esta senda, dos ejes articulan el estudio: primero, ¿qué objetivos son perseguidos? y, segundo, ¿de qué modo son perseguidos? Los diferentes objetivos perseguidos por la UE en su política exterior se asienta en dos premisas. La primera consiste en demostrar cómo la UE, en la búsqueda de sus objetivos, actúa, en general, colectivamente –algunas veces multilateralmente, si bien no siempre–, más que unilateralmente²⁰. Ese modo de actuar abarca tanto los medios como los objetivos.

La segunda trata de demostrar cómo la normativa de la UE, en la búsqueda de los objetivos por medios colectivos, externaliza el «modelo de gobernanza» desarrollado en sus políticas internas. Así, la UE trata de crear e institucionalizar relaciones con otros Estados y órganos, y establecer un marco regulador transnacional y amplio para coordinar y gobernar varias áreas temáticas, a menudo enfatizando objetivos, a largo más que a corto plazo, y persiguiendo estrategias proactivas y/o preventivas más que reactivas. Mientras los tradicionales o típicos instrumentos de las relaciones exteriores provienen de la práctica diplomática, bien a través del recurso a incentivos o sanciones económicas y políticas de variado tipo, bien por el uso del poder militar y la fuerza, el «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE se centra en el establecimiento de una red de relaciones estables, institucionalizadas con otros Estados, órganos, regiones,

¹⁹ DUNOF J. L. y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009.

²⁰ La preferencia por la aproximación colectiva es recogida en el artículo 3 par. 5 del TUE, así como en documentos de la propia estrategia de la UE.

las cuales llegan a crear otras instituciones de *policy-making*, *norm-generating*, coordinación y control, y que, en buena medida, son el reflejo del sistema normativo interno desarrollado por la UE. Más aún, mientras la política exterior convencional ha sido considerada como una política autónoma formulada y desarrollada por actores estatales con el fin de perseguir intereses nacionales asentada en específicas más que difusas maneras de reciprocidad, el «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE promueve la intensificación de la interdependencia e institucionalización, y se asienta en el establecimiento de una difusa, más que específica, forma de reciprocidad²¹. Finalmente, los compromisos alcanzados en marcos en los que se ha puesto en práctica la gobernanza externa de la UE frecuentemente persiguen múltiples objetivos, combinando e/o integrando diferentes objetivos e intereses.

La evolución de las relaciones exteriores de la Comunidad Europea y de la UE en el tiempo pueden ofrecernos un número elevado de razones para el desarrollo del carácter distintivo del «modelo de gobernanza» de la política exterior. Este recorrido quizás nos ayude a entender la especificidad del «modelo de gobernanza» de la UE, en el caso particular de la política exterior. De ello tratamos en el siguiente epígrafe.

3. DE 1951 A 2007: UNA APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA UE

En las dos últimas décadas, la UE ha reforzado su papel de actor global y ha incrementado su presencia y visibilidad en la esfera internacional²². En la década de los ochenta, Hedley Bull escribió: no hay una comunidad supranacional en el occidente europeo, tan sólo un grupo de estados-nación²³. En estos momentos, hay incluso cierto debate, con menor insistencia que el provocado por H. Bull hace treinta años, acerca de si realmente existe la «política exterior» de la UE²⁴. De un lado, se encuentran aquellos que ven a la UE como poco más que una mera correa de transmisión de la política exterior de los Estados más fuertes²⁵. De otro, aquellos que ven a la UE como una su-

²¹KEOHANE, R., «Governance in a Partially Globalized World», *American Political Science Review*, *cit.*, p. 4.

²²CREMONA, M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Cambridge University Press, 2008.

²³BULL, H., «Civilian Power Europe: A Contradiction in Terms?», *Journal of Common Market Studies*, 1982, vol. 21, p. 151.

²⁴PETERSON, J., «Trade Policy as Foreign Policy», *The European Union Studies Association (EUSA)*, Montreal, 2007, y WHITE, B. *Understanding EU Foreign Policy*, Palgrave, 2001, pp. 36-37.

²⁵TORREBLANCA, J. I., «Sarkozy's Foreign Policy: Where do European Interests and Values Stand?», *European Council on Foreign Relations*, Febrero de 2008, disponible en www.ecfr.eu/page/documents/Torreblanca_SarkozyForeignPolicy.pdf (última consulta: 25.09.2012).

perpotencia global emergente por sí misma²⁶. En una posición intermedia, diferentes visiones afloran acerca de la naturaleza y carácter de la UE como actor global y su conducta en las relaciones internacionales²⁷.

Sin embargo, resulta indudable que desde la creación de la UE con la instauración del segundo pilar de la «política exterior y de seguridad común» en el Tratado de la UE, coloquialmente conocido como Tratado de Maastricht (1992), la UE y sus Estados miembros han tomado conciencia de la necesidad de adoptar una serie de pasos para formalizar e institucionalizar las relaciones internacionales. El más reciente de los pasos dados se encuentra en el Tratado de Lisboa, de 2007, en adelante, TUE (2007), al crear una serie de instituciones de política exterior con el propósito de visibilizar y dotar de coherencia a las relaciones internacionales de la UE²⁸. En otras palabras, la UE y sus Estados miembros al revisar los tratados están constantemente reforzando su perfil internacional y potenciando su carácter de actor global.

La UE (anteriormente, la CE) mantuvo relaciones internacionales desde el momento de su creación en los años cincuenta, en particular, en el desarrollo de relaciones comerciales y de cooperación. El comercio internacional –la política comercial común– fue una de las pocas áreas de competencia externa explícita reconocida en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), de 1957. De otro lado, el desarrollo de la política exterior emergió a través de los acuerdos de «cooperación» y «asociación» con un amplio grupo de países, en particular con las antiguas colonias de los Estados miembros, más concretamente se articuló por medio de los Acuerdos de Yaoundé, Lomé y Cotonou con los Estados Africanos, Caribeños y del Pacífico (Países ACP). Las relaciones externas de la CEE también afectaron a otras áreas como el transporte²⁹, pesquerías, y política medioambiental³⁰.

En esta senda, el término «relaciones exteriores» viene a tener un específico significado en el marco de la UE. El término es usado para identificar distintas actividades en el campo del comercio, ayuda a la cooperación, y un número de áreas sectoriales de la CEE, en contraste con la específica dimensión política de la «política exterior» de la UE. «Relaciones Exteriores» abarca

²⁶ MCCORMICK, J., *The European Superpower*, Palgrave, Macmillan 2006, y MORAVCSIK, A., “Europe: Quietly Rising Superpower in a Bipolar World” (estudio sin publicar), 2009.

²⁷ WHITE, B., «Foreign Policy Analysis and European Foreign Policy», TONRA, B. y CHRISTIANSEN, T. (eds) *Rethinking European Union Foreign Policy*. Un análisis anterior en Zielonka, J. (ed), *Paradoxes of European Foreign Policy*, Kluwer, 1998.

²⁸ BÚRCA, G. DE, «EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy», *cit. supra* nota 6.

²⁹ MACLEOD, I., HENDRY, I. D. y HYETT, S., *The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice*, OUP, 1996, Cap. 11, y MENCİK VAN ZEBINSKY, A., *External Relations in Air Transport*, Kluwer, 1996.

³⁰ MASTELLONE, C., «The External Relations of the EEC in the Field of Environmental Protection», *ICLQ*, 1981, vol. 30, pp. 104-117.

áreas llamadas de «*low politics*» en las que la UE es propensa a comprometerse, mientras las materias de «*high politics*» afectan a los asuntos tratados en foros intergubernamentales por los Jefes de Estado y de Gobierno en el marco de la Cooperación Política Europea (CPE), desde los años setenta. El artículo 30 del Acta Única Europea (1986) formalizó la CPE, y más tarde sirvió de asidero a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Desde el Tratado de la UE (1992) hasta la actualidad ha habido avances cuantitativos y cualitativos hasta llegar a las provisiones del TUE (2007).

El TUE (2007) ha creado una serie de nuevas instituciones con la pretensión de dirigir a la UE en sus relaciones internacionales. Con el TUE (2007), los objetivos de la construcción europea resultan actualizados siendo necesario contribuir desde sus responsabilidades crecientes a la gestión de los problemas comunes de la globalización. El TUE facilita el liderazgo de la UE en la esfera internacional a través de la profundización de su propio modelo. Como también, por primera vez, se formula un marco normativo para la definición de la política exterior europea, la política de responsabilidad basada en la ética, en la opción por la regulación internacional, el refuerzo de las instituciones internacionales y el multilateralismo. Se crean, además, nuevas instituciones e instrumentos para una mayor presencia internacional, entre los que destacan el Alto Representante de la Unión para los Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad (al mismo tiempo que Vicepresidente de la Comisión), y establece el servicio diplomático (el Servicio Europeo de Acción Exterior), así como innovaciones en una Política de Defensa propia de una potencia civil³¹. El propósito de estos y otros cambios parecen responder a una más coherente y unificada política de relaciones internacionales de la UE.

Incluso, antes de los cambios institucionales del TUE (2007), varios movimientos dotaron de mayor coherencia a la UE en sus relaciones internacionales. El marco para las relaciones internacionales de la UE ha sido complejo y fragmentado en diferentes caminos, y no sólo en la separación *de facto* entre las supuestas políticas de alta o baja intensidad, sino más bien como resultado de la separación de esferas de la política de pilares de la UE introducida en el Tratado de Maastricht (1992), y compartiendo competencias entre la UE y los Estados miembros en distintos campos que tiene como resultado la noción de competencias «compartidas». La UE, empero, ha comenzado, de un lado, a desarrollar y utilizar una serie de estrategias, instrumentos y políticas para evitar las complejidades legales e institucionales de su cuarteado marco de relaciones internacionales, y de otro, ha avanzado en un modelo integrado. Tres ejemplos de esa estrategia integrada, instrumentos y políticas son, primero, la estrategia de ampliación y pre-adhesión que la UE desarrolló desde comienzos de 1999 con los países de la Europa Central y Oriental (PECO's);

³¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a J., *La adaptación al tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*, 2010.

segundo, la política de vecindad que fue lanzada en 2003, y tercero la política de interregionalismo perseguida por la UE en sus relaciones con otros grupos regionales³².

En suma, mientras la UE se mueve hacia un marco formalizado e integrado en sus relaciones exteriores, tanto en el campo de la política de seguridad y defensa, como en otros campos de la política exterior recogidos en el TUE (2007), la UE ha desarrollado una gobernanza de las relaciones internacionales en varias esferas, institucionalizando sus relaciones con otros Estados y entes, creando marcos específicos y procesos reguladores para alcanzar sus objetivos y buscando establecer una presencia particular en la escena internacional. Esta aproximación a la gobernanza parece construirse sobre los cimientos de la trayectoria de años de actividades desarrolladas por las instituciones de la CEE.

Hay una importante literatura que considera que la política exterior de los Estados está contagiada por las estructuras domésticas o política interna. La UE no es un Estado, no tiene una autoridad centralizada, ni instituciones similares a las de un Estado, en cambio, la gobernanza de la política exterior es, en parte, reflejo o extensión de su manera de operar internamente. Resulta llamativo que la relación entre los modos internos de gobernar desarrollados por la UE y su emergente identidad de política internacional ha sido objeto reciente de interés por un creciente número de autores de la UE³³.

³² Sobre este particular resulta de interés el estudio de SÖDERBAUM, F. y LANGENHOV, L., «The EU as a Global Actor and The Role of Interregionalism: A Comparative Analysis», *Journal of European Integration*, 2005, Volume 27, nº 3, pp. 249-262. Así como ALEÇU DE FLERS, N. y REGELSBERGER, E., «The EU and Interregional Cooperation», HILL, C. y SMITH, M. (eds.), *International Relations and the EU*, Routledge, Londres/Nueva York, 2005, pp. 317-342; HETTNE, B. y SÖDERBAUM, F., «Civilian Power or Soft Imperialism? The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism», *European Foreign Affairs Review*, 2005, vol. 10 pp. 535-552; HARDACRE, A. y SMITH, M., «The EU and the Diplomacy of Complex Interregionalism», *Hague Journal of Diplomacy*, 2009, nº 4, p. 197, y AGGERWAL, V., «Explaining Trends in EU Interregionalism», AGGARWAL, V. y FOGARTY, E. (eds.), *European Union Trade Strategies: Between Globalism and Regionalism*, Palgrave, Londres, 2004.

³³ FARRELL, M., «EU External Relations: Exporting the EU Model of Governance?», *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, 2005, pp. 451-462. Así como, los estudios de SCHIMMELPFENNIG, F. y WAGNER, W., «External governance in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 11, 2004, pp. 657-660; LAVENEX, S., «EU External Governance in Wider Europe», *JEPP*, vol. 11, 2004, pp. 680-700; ROSAMUND, B., «The EU model of governance in world politics», *EFAR*, vol. 10, 2005, pp. 463-478; WARLEIGH, A., «Learning from Europe: EU Studies and the Rethinking of International Relations» *European Journal of International Relations*, nº 21, 2006, pp. 31-51; MYRJOR, A., «Governance Beyond the Union: EU Boundaries in the Barents EuroArctic Region», *European Foreign Affairs Review*, vol. 8, 2003, pp. 239-257; FILTENBORG, M. S., GÄNZLE, S. y JOHANNSEN, E., «An Alternative Theoretical Approach to EU Foreign Policy: «Network Governance» and

La gobernanza de la UE puede ser explicada al menos por dos razones. Primero, su identidad: la UE es un actor *sui generis* basado en su historia, evolución, y su modo de operar internamente, que tiende a proyectar –esa identidad y modelo de operar– en sus relaciones exteriores. Segundo, obedece a una cuestión instrumental. La UE ha gozado de éxito (hasta el estallido de la crisis de identidad por la crisis financiera y económica, crisis soberana de 2007) como sistema económico y político regional, y ha encontrado caminos de gobernar sus problemas internos reconciliando la soberanía de los Estados miembros y los objetivos comunes gestionando bien la interdependencia creciente en la esfera internacional.

Ese «modelo de gobernanza» se proyecta en las relaciones con otros actores para estrechar la cooperación entre otros sistemas regionales³⁴. La gobernanza interna se reproduce en las relaciones internacionales que mantiene con diferentes Estados y actores internacionales. La gobernanza de la UE también está condicionada por el marco global, y por los intereses de nuevos actores globales emergentes³⁵.

4. EXPLORANDO EL «MODELO DE GOBERNANZA» DE LA UE EN SUS RELACIONES INTERNACIONALES EN TRES ILUSTRACIONES

4.1. La cooperación UE-América Latina

La cooperación desarrollada entre la UE y América Latina, todavía escasa, es uno de los supuestos en los que hay que detenerse para estudiar si el «modelo de gobernanza» de la UE es aplicable universalmente. La VI Cumbre UE-América Latina y el Caribe, celebrada en mayo de 2010, a pesar de las dudas despertadas acerca de su alcance, supuso un paso cualitativo y cuantitativo en la consolidación de las relaciones de la UE con la región latinoamericana y caribeña.

the Case of the Northern Dimension Initiative», *Cooperation and Conflict*, vol. 37, 2002, p. 387; Díez, T., «The Imposition of Governance: Transforming Foreign Policy Through EU Enlargement», *Copenhagen Peace Research Institute Working Paper*, (2000), y KEUKELEIRE, S. y SCHUNZ, S., *Foreign Policy, Globalization and Global Governance: The European Union's Structural Foreign Policy*, 2008, disponible en <<http://www.jhubc.it/ecpr-riga/virtualpaperroom/102.pdf>> (última consulta: 24.09.2012).

³⁴ DE LOMBAERDE, P., SÖDERBAUM, F., LANGENHOVE, L. VAN y BAERT, F., «The Problem of Comparison in Comparative Regionalism», University of Florida-*Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*, Vol. 9, N° 7, 2009, pp. 1-22.

³⁵ ROSAMOND, B., «The EU model of governance in world politics», *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, 2005, pp. 463-478, ha defendido que «there is no single EU mode of governance and, therefore, that the external projection of the EU's governance identity is far from straightforward. Moreover, in terms of governance models, the EU does not simply practice a weird, internally generated, path dependent mode, but rather its governance practice is part of a broader global exchange of governance methodologies».

Los cambios en Europa y América Latina han alterado radicalmente, en la primera década del siglo XXI, el mapa de las relaciones interregionales, así como las prioridades de las dos regiones³⁶. Un factor que no ha ayudado en las relaciones entre ambos bloques regionales es que América Latina no avanza en la integración, ni siquiera en el espacio latinoamericano, a pesar de la acumulación de nuevas instituciones. La superposición de iniciativas concurrentes no permite ni un proyecto, ni una interlocución válida con América Latina como región. A pesar de todo ello, existe un incremento del nacimiento de Sudamérica como actor internacional, liderado por Brasil. En realidad, América Latina no avanza en su dinamismo exterior, y Europa sí.

En las relaciones UE-América Latina, los intereses, y cada vez más las relaciones comerciales han distanciado a los bloques regionales, mientras que los valores y objetivos comunes las han acercado. La pérdida de competitividad de las economías de los Estados de la UE, y la fortaleza de los BRIC's son factores que ayudan a entender ese alejamiento. La VI Cumbre, en cambio, resolvió y encauzó gran parte del estancamiento en torno a la cooperación económica y comercial con los siguientes avances. En primer lugar, hay que citar la conclusión de las negociaciones para un acuerdo de Asociación con Centroamérica, como también, la conclusión del acuerdo comercial a varias bandas con Colombia y Perú. Asimismo, avanza el diálogo político y estratégico con Brasil (III Cumbre) y México (V Cumbre) y el bilateral con Chile (IV Cumbre). Se ha iniciado un diálogo político regional con el CARIFORUM, y quizás la gran noticia sea la reanudación de las negociaciones para un acuerdo comercial con MERCOSUR, que no sabemos en qué desembocará dadas las dificultades de esta organización, y la resistencia francesa por la cuestión agrícola.

La gran novedad de esta Cumbre residió en el refuerzo de ambas regiones como socios globales, esto es, una voluntad de entenderse para fijar posiciones comunes y crear sinergias en las instituciones internacionales con el objeto de abordar conjuntamente los problemas de la agenda internacional. Llama la atención, cuando menos, la coincidencia de los distintos socios en el diseño de una agenda común que incluye asuntos tales como la moratoria de la pena de muerte, el deseo de reforzar y ampliar la participación en la Corte Penal Internacional, la voluntad de regulación y supervisión económica y financiera internacional, en materia de cooperación para el desarrollo con la asunción de los compromisos de Monterrey, la necesidad de poner en marcha un diálogo global y nuevos acuerdos sobre cambio climático y biodiversidad,

³⁶ GRISANTI, L. X., *El nuevo interregionalismo transatlántico: la asociación estratégica Unión Europea-América Latina*, Documento de Divulgación IECI-04, BID, Buenos Aires, 2004.

e incluso, de tratar de impulsar la reforma de los órganos de las Naciones Unidas, entre otros asuntos³⁷.

En todos estos temas se tiene una visión común que a pesar de la densidad de la cooperación no se comparte con Estados Unidos de Norteamérica por su particular manera de entender y enfocar su papel en el mundo³⁸. A partir de esta percepción común sobre la necesidad de profundizar en la gobernanza global a través de un multilateralismo eficaz, coloca a estos sesenta Estados en una posición privilegiada para incidir en las transformaciones necesarias de la sociedad internacional. La Asociación «UE-América Latina» la conforman un grupo de Estados que no sólo tiene una visión común sino que la articulan a través de una agenda operativa con el objetivo de alcanzar las transformaciones necesarias.

Además, para que la UE llegue a ser un actor mundial eficiente y dinámico, también tiene que situar la solidaridad en el centro del proyecto europeo. La solidaridad no es un derecho sin condiciones: depende de la responsabilidad tanto individual como colectiva. Como tal puede y debe conformar la toma de medidas y las relaciones de la UE en todos los niveles, entre individuos y organizaciones, y entre entes locales, regiones y Estados miembros. Así, podrá proyectar la idea de solidaridad europea a escala global y desarrollar con otros bloques regionales su «modelo de gobernanza» con el fin de demostrar su responsabilidad en la gestión de asuntos que afectan a todos por igual.

4.2. La política de la UE hacia la Corte Penal Internacional

La UE apoyó desde un primer momento el establecimiento y procedimiento de la Corte Penal Internacional (CPI), así como la creación y funcionamiento de otros tribunales internacionales tales como los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda³⁹.

La UE ha promovido y apoyado, incluso financieramente, a la CPI desde el mismo momento de su creación⁴⁰. La UE adoptó una posición común y un Plan de Acción sobre las relaciones con la CPI y su política hacia la CPI in-

³⁷ GARCÍA CASAS, F., «Bicentenarios: en los umbrales de una nueva sociedad», GAMARRA, Y. (coord.), *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XX*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 2010, pp. 125 *et seq.*

³⁸ FABBRINI, S. (ed.), *The United States Contested. American Unilateralism and European Discounted*, Routledge, Londres, 2006.

³⁹ AOUN, E., «The European Union and International Criminal Justice: Living up to its Normative Preferences», *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, nº 1, 2012, pp. 21-36.

⁴⁰ Una evaluación de la consistencia y eficacia del apoyo de la UE a la CPI en MERTENS, M., «The International Criminal Court: A European Success Story?», *LeCollege d'Europe*, EU Diplomacy Papers 1/2011.

ternamente coherente⁴¹. La UE ha utilizado una variedad de instrumentos para apoyar a la CPI, como presión diplomática sobre los Estados, asistencia técnica, económica y financiera a los Estados y ONG, e incluso ha llegado a incluir una cláusula en los acuerdos de comercio y cooperación⁴². El apoyo a la CPI es un buen ejemplo para justificar cómo la UE persigue los objetivos de estabilidad y paz internacionales por medio de la creación y funcionamiento de un régimen y una institución multilateral, y de cómo integra como suyos asuntos propios de la política internacional.

La posición de la UE hacia la CPI es utilizada, muy frecuentemente, para contrastarla con la política de Estados Unidos de Norteamérica, quien se opuso a la creación de la CPI y llegó a tejer una red de acuerdos bilaterales para evitar la entrega de ciudadanos norteamericanos ante la CPI⁴³. Mientras Estados Unidos de Norteamérica condiciona su apoyo a la CPI a la evaluación positiva de su Secretario de Estado, la UE prefiere la intervención de una institución internacional independiente. La relación del Consejo de Seguridad con la CPI explica, en buena medida, la política hostil de Estados Unidos de Norteamérica hacia la CPI. Antes y durante la Conferencia de Roma, la Administración Clinton pretendió establecer un control político sobre las actividades de la CPI, en especial cuando sus nacionales se viesan involucrados en investigaciones o enjuiciamientos ante la CPI⁴⁴. En todo momento, esta Administración defendió que las actuaciones de la CPI requerían la aprobación del Consejo de Seguridad en relación con una situación englobada en el Capítulo VII de la Carta –al contar con el poder del veto–, así como la obligación de reconocer la competencia de la CPI antes de que ésta pueda iniciar algún tipo de acción⁴⁵. Tales pretensiones no progresaron en las negociaciones con-

⁴¹ Posición Común del Consejo 2003/444/CFSP, de 16 de junio de 2003. Así como una reciente decisión del Consejo 2011/168/CFSP de 21 de marzo de 2011 sobre la CPI. También, el acuerdo entre la UE y la CPI de 2006 para la asistencia y cooperación entre ambas organizaciones: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/05/st14/st14298.en05.pdf> (última consulta: 2.09.2012).

⁴² El ejemplo estandar es el artículo 11 del Acuerdo de Cotonu: «–In promoting the strengthening of peace and international justice, the Parties reaffirm their determination to: share experience in the adoption of legal adjustments required to allow for the ratification and implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court; and ... fight against international crime in accordance with international law, giving due regard to the Rome Statute. The Parties shall seek to take steps towards ratifying and implementing the Rome Statute and related instruments.»

⁴³ Sobre esta política de USA hacia la CPI en GAMARRA, Y., «La política hostil de Estados Unidos de Norteamérica contra la Corte Penal Internacional: los acuerdos bilaterales del artículo 98 (2) o la búsqueda de la impunidad», *REDI*, 2005, pp. 145-169.

⁴⁴ Acerca del papel de Estados Unidos en la Conferencia de Roma *vid.*, SCHEFFER, D., «The United States and the International Criminal Court», *AJIL*, 1999, vol. 93, pp. 19 a 21.

⁴⁵ La defensa del necesario control sobre la CPI se infiere de las palabras de R. Wedgwood, «(s)ome countries have instead supposed that the ICC and its Assembly of States Parties are entitled to mimic Security Council authority, unilaterally imploding

virtiéndose en una de las primeras «deficiencias» del Estatuto denunciadas por las sucesivas Administraciones. Lejos de reconocerse la potestad exclusiva del Consejo de Seguridad para decidir en qué casos –incluidos en el Capítulo VII de la Carta–, la CPI puede iniciar investigaciones, la nueva CPI goza de *carta blanca* para actuar en las distintas situaciones⁴⁶. No se necesita, así las cosas, la determinación previa por el Consejo de Seguridad para comenzar las investigaciones, por ejemplo, por agresión armada. No obstante, el Consejo de Seguridad está habilitado, primero y de acuerdo con el artículo 16 del Estatuto, para suspender las investigaciones o enjuiciamientos durante un año con posibilidad de renovación⁴⁷ y, segundo y como contempla el artículo 13 párrafo b del Estatuto, para remitir una situación a la Fiscalía de la CPI⁴⁸. Para la Administración de Estados Unidos de Norteamérica esa independencia de la CPI, así como su carácter permanente se tornan en factores impeditivos de la aceptación del Estatuto de Roma.

La independencia de la CPI es interpretada como un debilitamiento del Consejo de Seguridad en sus funciones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁴⁹. Pese a esta pesimista e interesada construcción por parte de Estados Unidos de Norteamérica, buen número de observadores acreditados en la Conferencia de Roma coincidieron en asegurar que sobre el Consejo de Seguridad recae la potestad de determinar la existencia de una amenaza a la paz, de la misma manera que el artículo 5 párrafo 2 del Estatuto hace referencia a su compatibilidad con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas⁵⁰. Esta visión del debilitamiento del máximo órgano garante de la paz y

the nationals of states that have declined to join the Court. Washington sees this as a usurpation of the Security Council's established position in international law and in the architecture of the UN Charter. Under the Charter, the permanent members of the Security Council must concur in any UN enforcement decisions», WEDGWOOD, R., «The United States and the International Criminal Court: The Irresolution of Rome», *Law and Contemporary Problems*, 2001, pp. 198 y 199.

⁴⁶ Limitadas a las condiciones establecidas en el Estatuto. Una visión crítica en GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad», *ADI*, 2002, pp. 60 y ss.

⁴⁷ Como se presentó en las polémicas resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

⁴⁸ Caso de los crímenes cometidos en Sudán (Darfur) recogido en la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo, KIRGIS, F. L., «UN Commission's Report on Violations of International Humanitarian Law in Darfur Security Council Referral to the International Criminal Court», *ASIL Insight*, 5 de abril de 2005, disponible en <<http://www.asil.org/insights/2005/02/insight050204a.html>> (última consulta: 24.09.2012).

⁴⁹ *Statement of the United States Delegation to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, March 23, 1998, y WELLER, M. «Undoing the global constitution: UN Security Council action on the International Criminal Court», *International Affairs*, vol. 78/4, 2002, pp. 703 y 704.

⁵⁰ SADAT, L. N. y CARDEN, S. R., «The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution», *The Georgetown Law Journal*, vol. 88, 2000, p. 450.

seguridad internacionales fue confirmada años más tarde por el representante de la Administración Bush ante el Consejo de Seguridad al afirmar que «no ceden a ningún país su liderazgo en la lucha por la justicia internacional y la rendición de cuentas en materia de crímenes de guerra. Al fin y al cabo, los Estados Unidos fueron el primer país en codificar el derecho de la guerra y el derecho internacional humanitario (...) Han sido y seguirán siendo enérgicos defensores de los tribunales establecidos bajo la égida del Consejo de Seguridad. No obstante, a diferencia de la CPI, esos tribunales deben rendir cuentas al Consejo de Seguridad»⁵¹. La rendición de cuentas de la CPI es después de todo lo que buscó y busca la Administración de Estados Unidos de Norteamérica. Cualquier supervisión independiente de sus acciones (o de las de sus oficiales y soldados) entrañaría demasiado riesgo; riesgo de decisiones políticas que podrían ser incorrectas o injustas, pero también riesgo de decisiones correctas y justificables que, por el contrario, chocarían con el percibido interés político o geopolítico de Estados Unidos de Norteamérica en un momento dado.

La UE y sus Estados miembros apostaron por una CPI sólida y eficaz en la acción de prevenir la impunidad⁵². La UE es el actor de la esfera internacional con el poder político, instrumentos jurídicos y medios financieros para materializar este proyecto, junto con Estados afines, y otros actores internacionales.

4.3. El marco cooperativo de la UE en materia de seguridad y defensa

Las primeras experiencias de las fuerzas operativas militares europeas con la alianza transatlántica tuvieron lugar dentro del marco cooperativo de la UEO y la OTAN⁵³. No obstante, la Cumbre de Washington de 1999, junto con las conclusiones del Consejo Europeo de Niza del año 2000, así como con la declaración conjunta de diciembre de 2002, prepararon el camino para una estructura cooperativa militar sostenible entre la UE y la OTAN⁵⁴. Los

⁵¹ Actas de la sesión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a propósito de la resolución 1487 (2003), 12 de junio. Doc. S/PV. 4772, p. 25.

⁵² Idea en la que insiste ORENTLICHER, D. F., «Unilateral Multilateralism: United States Policy Toward the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, 2004, p. 431.

⁵³ La primera misión militar de la UEO en Europa fue la misión de vigilancia en el Mar Adriático. También hubo cooperación en las operaciones posteriores de la UEO (operación de aplicación del embargo en el Danubio, apoyo a la administración de la ciudad de Mostar).

⁵⁴ Durante el Consejo Europeo de Sevilla de 2002, la diplomacia española intensificó sus esfuerzos para desbloquear las relaciones UE-OTAN, por cierto, por aquel entonces en crisis, y que constituyeron una gran contribución al hito histórico que supuso la Declaración conjunta sobre la asociación estratégica de ambas organizaciones. Estas acciones permitieron que unos meses más tarde, en marzo de 2003, se cerrara el acuerdo entre la OTAN y la UE.

trabajos culminaron en los acuerdos *Berlín Plus* firmados el 17 de marzo del 2003, que constituyen un marco de colaboración permanente entre las dos organizaciones, y permitieron el acceso de la UE a medios y capacidades de la OTAN para el desempeño de sus operaciones de gestión de crisis.

Los acuerdos *Berlín Plus* pretendieron sincronizar las actividades de las dos organizaciones y evitar duplicidades en el ámbito estratégico militar. En particular, se acordaron temas relativos a los esquemas de consulta en épocas de crisis, mecanismos de desarrollo de capacidades, acceso a capacidades de planeamiento de la OTAN, acceso a medios y capacidades militares pre-identificados de la OTAN, determinación de una serie de opciones de mando OTAN (Cuarteles Generales), susceptibles de ser utilizados por la UE, así como la adaptación del sistema de planeamiento OTAN para contemplar las fuerzas disponibles para operaciones de la UE. Un elemento importante de los acuerdos *Berlín Plus* consistió en la integración de los Estados no miembros de la UE, pero miembros de la OTAN en las operaciones estratégicas de la UE. De esta manera, cuando la UE actúa sin el apoyo de la OTAN, los Estados no miembros de la UE pueden participar en las operaciones europeas si la UE aprueba su participación, mientras que en las operaciones que se desarrollan con la participación de la OTAN, los Estados no miembros de la UE pueden participar sin restricción alguna, si así lo desean.

De otro lado, los primeros lazos institucionales entre la UE y Naciones Unidas tuvieron lugar en el Consejo Europeo de Luxemburgo del año 2001, con la conclusión del Consejo sobre la cooperación UE-Naciones Unidas en materia de prevención de conflictos y gestión de crisis⁵⁵. El Consejo Europeo convino los ámbitos específicos que constituirán el eje de los esfuerzos de la UE para intensificar la interrelación con Naciones Unidas: prevención de conflictos; aspectos civiles y militares de la gestión de crisis, y problemas regionales concretos⁵⁶. No obstante, las modalidades de la cooperación entre la UE y Naciones Unidas se redujeron en el documento a meras reuniones regulares (semestrales) entre altos representantes de Naciones Unidas (Secretario General y Secretario General Adjunto) y de la UE (Consejo de la Unión y Comisión).

La Declaración Conjunta del 24 de septiembre de 2003 sobre Cooperación entre Naciones Unidas y la UE en la gestión de crisis constituyó la base para la concentración de esfuerzos en apoyo a Naciones Unidas mediante la utilización de elementos civiles y militares de la PESD, así como mediante medidas conjuntas de formación⁵⁷. Casi un año después de esta fecha, el Con-

⁵⁵ «Cooperación UE-Naciones Unidas en materia de prevención de conflictos y gestión de crisis-Conclusiones del Consejo», Consejo de Asuntos Generales, Luxemburgo, 11 y 12 de junio de 2001.

⁵⁶ Los Balcanes occidentales, Oriente Medio y África, en especial la región de los Grandes Lagos, el Cuerno de África y el África occidental.

⁵⁷ September 24, 2003: Joint Declaration on UN-EU Co-operation in Crisis Management (New York).

sejo de la Unión publicó un Programa de Desarrollo de la Declaración Conjunta en el que se diseñaron posibles modelos de cooperación entre Naciones Unidas y la PESD que en esencia se redujeron a dos opciones: a) provisión de capacidades militares nacionales dentro del marco cooperativo con la ONU, y b) una operación de la UE como respuesta a una solicitud de la ONU⁵⁸.

5. CONCLUSIONES

El análisis realizado en este estudio sobre el «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE es, ante todo, conceptual y descriptivo. El carácter distintivo de la «política exterior» de la UE con respecto a otros actores reside, como apunta la mayoría de la doctrina especializada, en que se trata de un actor internacional más fuerte y visible que el resto, y depende tanto de su limitada capacidad militar –en fase de construcción, hoy ralentizada–, como de sus principios y valores, e intereses. Desde luego, ambos elementos, valores, principios e intereses no se pueden disociar al analizar la política exterior de la UE. Quizás, y después del estudio realizado, uno de los elementos distintivos de la política exterior de la UE, como defiende Gráinne de Búrca⁵⁹, sea la aproximación a la gobernanza seguida por la UE. Ese modelo de gobernanza trata de ser estable, duradero en el tiempo, institucionalizado, y desarrollado en marcos jurídicos multilaterales en los que confluyen intereses y una amplia participación de actores para coordinar y regular la política externa.

En este punto, no hay que dejar de preguntarse si, de un lado, la política exterior de la UE es eficaz y, de otro, si es aplicable universalmente. En cuanto a la primera cuestión, es ampliamente aceptado y obvio que la UE es más eficaz globalmente como actor comercial y económico, que en el ámbito político. La UE alcanza mayor visibilidad como actor global cuando trata de alcanzar intereses materiales (comerciales, financieros, económicos, migratorios, e incluso, de seguridad), que cuando persigue objetivos más difusos, y eficaz cuando promueve el «modelo de gobernanza» en marcos colectivos. Evaluar la eficacia del «modelo de gobernanza» de la UE requiere, en todo caso, de tiempo, sobre todo para identificar en qué campos ofrecería mejores resultados, de ser el caso.

En cuanto a la segunda cuestión, si es exportable el modelo de normas y principios de la UE, y en respuesta al análisis inductivo realizado en este estudio, el modelo de gobernanza de la UE está funcionando en diversos planos: América Latina, crisis financiera (FMI), seguridad y defensa, entre otros.

⁵⁸ EU-UN Co-operation in Military Crisis Management Operations Elements of Implementation of the EU-UN Joint Declaration Adopted by the European Council (17-18 June 2004).

⁵⁹ BÚRCA, G. DE, «EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy», *cit. supra* nota 27.

El carácter distintivo de la UE, como actor global, no es tanto por la promoción de principios y valores, y menos de intereses, o el recurso al derecho «blando» (*soft-law*) frente al derecho «duro» (*hard-law*), sino más bien por el «modelo de gobernanza» de la política exterior que promueve fundamentada en el consenso, y que es una suma de valores, principios, intereses, instrumentos, y mecanismos. En este contexto afloran, al menos, dos cuestiones más: de un lado, si el «modelo de gobernanza» de la política exterior de la UE es más eficaz cuando se enfrenta a problemas colectivos a nivel global que el promovido por otros actores (como es el caso de las negociaciones sobre el cambio climático), y de otro, si el «modelo de gobernanza» que aplica y promueve la UE es realmente colectivo y participatorio, o un instrumento que utiliza la UE para exportar sus reglas sustantivas y promover sus intereses particulares sin tener en cuenta las particularidades de los otros participantes. Bien podríamos encontrarnos con situaciones en las que la UE utiliza ambos extremos.

En todo caso, el TUE (2007) permite desarrollar la dimensión exterior del modelo europeo proponiendo y permitiendo que la UE impulse instituciones políticas a nivel global para la gestión multilateral de los problemas internacionales. El modelo a seguir por estas instituciones bien podría ser el europeo que ha experimentado con éxito las soberanías compartidas apoyada en los valores de la democracia, el pluralismo y el respeto a la diversidad. El TUE (2007) trata de contribuir a hacer gobernable la misteriosa globalización⁶⁰, a regularla y a distribuir entre todos (al menos en ciertos supuestos), los beneficios de la misma, superando la doctrina de la suma de intereses nacionales y adoptando una política de responsabilidad en la gestión de los asuntos globales.

⁶⁰ KENNEDY, D., «The Mystery of Global Governance», *Ohio N.U.L. Rev.*, vol. 38, 2008, pp. 827-860.

La crisis de la Unión Europea, ¿una oportunidad para la constitucionalización de la Unión? El papel de los Estados miembros

Irene Correas Sosa

Profesor Colaborador Doctor

Departamento de Derecho Constitucional. Universidad San Pablo CEU

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: La Unión Europea se encuentra hoy en un momento de crisis que nos ofrece una extraordinaria oportunidad para replantear, redefinir y sentar las bases que definan los siguientes pasos de la construcción europea, que hoy parecen conducir a la definitiva constitucionalización, o metaconstitucionalización, como ha sido definida por algunos autores, de la Unión, enfrentándose a retos como la consecución de una ciudadanía europea, o la definición del papel de los Estados Miembros en una futura y definitiva unión política.

Palabras clave: Crisis, Unión Europea, Constitucionalización, ciudadanía, Estados Miembros.

Abstract: The European Union faces a crisis which offers a great opportunity to rethink, redefine and set the new basis for further steps of the European development. This seems to lead to a definitive constitutionalization, or metaconstitutionalization, as some authors had already defined it. It is facing challenges such as the achievement of an European citizenship, or the definition of the Member States role in a future political union.

Key words: Crisis, European Union, Constitutionalization, citizenship, Member States.

Sumario: 1. Introducción.—2. La crisis europea. ¿Crecimiento o estancamiento?—3. El papel de los Estados en el proceso constitucional y el logro de la unión política.—4. ¿Realmente es imprescindible una Constitución europea?—5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Las crisis ofrecen habitualmente escenarios propicios para proceder a un replanteamiento de las estructuras, en ocasiones incluso a una redefinición de las mismas. De hecho, a lo largo de la historia ha sido frecuente que tras momentos de crisis se haya procedido a grandes, y en muchas ocasiones, no siempre, beneficiosos cambios. La Unión Europea no es ajena a esta circunstancia, de hecho podemos decir que su propio nacimiento vino de una crisis y de la necesidad no sólo de buscarle solución sino de evitar posteriores conflictos entre los países europeos, de construir un entorno de paz en un contexto de

postguerra¹. Así se expresaba Schumman en su conocida Declaración Schumman de 9 de mayo de 1950 «la paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan. La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de unas relaciones pacíficas. Francia, defensora desde hace más de veinte años de una Europa unida, ha tenido siempre como objetivo esencial servir a la paz. Europa no se construyó y hubo la guerra. 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. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada (...)»².

En los sesenta años que han pasado desde su constitución podemos afirmar sin temor a equivocarnos que de hecho han sido las crisis las que han provocado avances en la Unión, cuando, tras momentos de estancamiento o incluso de aparente retroceso, se producía un nuevo avance.

Hablar actualmente de la crisis de la Unión Europea exige plantearse en primer lugar de cuál de las crisis hablamos. En nuestro grave contexto actual hablar de crisis puede llevarnos a pensar en crisis económica o financiera, que evidentemente afecta a la Unión Europea, como hemos visto muy especialmente desde el último verano. Pero debemos plantearnos que la crisis económica no es sino un elemento más del actual proceso de crisis, o de cambio, en que se encuentra la Unión.

Difícil sería acertar con exactitud qué ocurrirá tras estos años en que nos encontramos, pero no creo que nos equivoquemos si afirmamos con cierta rotundidad que asistimos a un profundo cambio que parece afectar no sólo *ad intra* sino incluso al papel de la Unión en el contexto internacional. En gran medida ese cambio tiene que ver con un reforzamiento del papel de la Unión como paraguas protector de los hoy debilitados Estados Miembros, de ahí que nos planteemos el proceso de constitucionalización de la Unión.

No tomamos como punto de partida el hecho de la existencia, o la necesidad de ella, de un texto positivo que, como las Constituciones de los Estados miembros contenga los principios y reglas básicas de conducta política y organización estatal de una realidad estatal o cuasiestatal. Por el contrario, partimos de la consideración de que las evoluciones en la Unión han dado lugar a proceso cuasiconstitucional o metaconstitucional.

En este sentido, consideramos irrelevante que exista o no, al menos a priori, un texto constitucional europeo, por cuanto estimamos, como veremos en páginas siguientes, que el proceso no se puede realizar desde la creación de una constitución y desde allí amoldar los ordenamientos nacionales, sino

¹ Sobre los orígenes de la Unión podemos remitirnos, por todos, a SIDJANSKY D., *El futuro federalista de Europa*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 9 y ss.

² Puede consultarse el texto en http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm

justo al contrario, ha de surgir, como de hecho viene surgiendo, y aún cuando el proceso pueda resultar más lento, desde los ordenamientos nacionales.

Ello ocasiona, como de hecho hemos comprobado ya, que intentar dar forma a la unión política con una constitución, lejos de seguir su curso natural, y forzando, desde nuestro punto de vista, un proceso que se estaba produciendo *de facto*, terminó ocasionando su estancamiento.

Siendo ésta la situación en que nos encontramos, procede considerar si existen vías de solución. Para ello partiremos de lo que nosotros consideramos que son los actuales problemas que dificultan la unión política: la soberanía estatal, el papel de los Estados en la Unión, la existencia o no de una auténtica ciudadanía europea y el alejamiento de la Unión de los individuos, la necesidad de partir de principios comunes y convergentes que han de ser tenidos también en cuenta en futuros procesos de adhesión.

2. LA CRISIS EUROPEA. ¿CRECIMIENTO O ESTANCAMIENTO?

Los intentos de positivizar el proceso constitucional europeo han puesto de manifiesto no sólo el hecho de que es imposible imponer una realidad, en este caso la propia Unión Europea como comunidad de Estados, sin que ese realidad derive de los propios ciudadanos que la configuran y le dan forma y sentido. De esta manera coincidimos con BALAGUER CALLEJÓN cuando afirma que «esta conformación del Derecho constitucional europeo sobre las base de las tradiciones constitucionales comunes tanto por lo que se refiere a sus posibilidades de desarrollo cuanto por lo que se refiere a sus límites, pone en cuestión las pretensiones de una evolución diferente hacia nuevas formas de organización, desconocidas hasta ahora en el constitucionalismo y que se basan en la profundización en el carácter supranacional de las instituciones y los procedimientos de la Unión Europea»³.

Quizás no debemos trasponer las formas de construcción nacional a la Unión, pero no cabe duda de que existen determinados elementos que hacen en cierta forma inevitable buscar el paralelismo y, en la medida de lo posible, no imitar pero sí asimilar a una realidad que funciona⁴. No obstante, como

³ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», Puede consultarse el texto en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/12franciscobalaguercallejon.htm>

⁴ A pesar de que no sean extrapolables las categorías puras estatales sí es cierto que estamos ante una realidad paraestatal a la que le pudieran ser aplicables los elementos tradicionales de un Estado, o debieran de serle aplicables ya que nos encontramos con una primera dificultad a la hora de definir el territorio de la Unión si tenemos en cuenta solicitudes de adhesión de territorios no europeos a Europa. Para poder trasladar en puridad, aún asumiendo que no estamos ante una realidad igual, consideramos que lo primero que debería definirse claramente es el territorio. En concreto me refiero a la adhesión de Turquía, que si bien no nos cabe duda de que no comparte principios comunes a los países europeos, su posible adhesión supone distintos intereses.

Puede consultarse al respecto, BENEYTO, J. M. (Dir.), ARGUERAY, P., (Coord.) *El impacto de la adhesión de Turquía en la Unión Europea*, Instituto Universitario de Estudios

decíamos, ello no puede suponer desconocer que es imprescindible tener en cuenta que lo que estamos intentando integrar son Estados soberanos con distintas realidades sociológicas, económicas e incluso políticas.

Precisamente porque nos encontramos ante distintas realidades es preciso tener al menos ciertos elementos en cuenta a la hora de valorar este proceso con fin ahora incierto, en el que nos encontramos.

No dudamos que la situación actual de la Unión Europea es de una crisis que podemos denominar global, lo que nos hace plantearnos que, asumiendo que efectivamente ha crecido y evolucionado tras sus sucesivas crisis, estamos ante un nuevo punto de inflexión hacia un nuevo desarrollo. Caso contrario, nos encontraríamos ante un nuevo estancamiento tras lo sucedido con el Tratado de Lisboa.

En este momento actual no podemos ignorar la importancia que juegan los Estados Miembros para reconducir la situación, de ahí que sea necesario interrogarse qué papel han de jugar y cómo pueden contribuir a ayudar a que la Unión afronte la crisis y salga de ella reforzada; de otra forma parece abocada, si no a desaparecer, sí a estancarse en su situación actual. Y, en cualquier caso, de una forma distinta de la que ha entrado en ella.

Con independencia de cuál sea nuestra postura sobre la Unión Europea, no podemos negar la importancia que reviste, lo que además hemos podido comprobar en estos momentos de debilidad estatal. No obstante, ello no debe cegarnos ante ciertos problemas de funcionamiento interno, que también se han puesto de manifiesto en la situación actual, en la que, ante la urgencia en la toma de decisiones éstas han sido tomadas por determinados Estados asumiendo como comunitarias lo que no eran sino decisiones movidas por intereses nacionales, aún cuando los comunitarios se vieran también beneficiados por ellas.

Esto nos conduce a uno de los problemas que hoy más se ponen de manifiesto, y es la crisis de legitimidad de la Unión que ha hecho tambalear lo que parecían unos cimientos sólidos, hasta que han tenido que enfrentarse a turbulencias y se han revelado como débilmente anclados, a pesar del consenso general que existe en su importancia⁵.

Europeos, Universidad CEU San Pablo, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, en particular BARROSO VILLAESCUSA, A., TORREBLANCA, J. I., «El impacto de una eventual adhesión turca sobre las instituciones comunitarias, la política exterior y el espacio de libertad, seguridad y justicia», pág. 41 y ss. Puede consultarse el texto en http://www.uned.es/dcpa/Profesores/126JIgnacioTorreblanca/126Publicaciones/Torreblanca_y_%20Barroso_Turquia2008.pdf

⁵ Sobre la crisis de legitimidad. Puede consultarse SCHMITTER, P. C., «¿Puede la gobernanza legitimar la Unión Europea?», *European Journal of Legal Studies*, puede consultarse el texto en <http://www.ejls.eu/1/8ES.pdf>, o BUSCH, K., HIRSCH, D., «Europa en la encrucijada. Propuestas para salir de la crisis», *Tribuna global*, puede consultarse en http://www.nuso.org/upload/articulos/3796_1.pdf

Sobre la legitimidad, o la doble legitimidad política de la Unión escribe CAMPINS ERITJA, M., en *La constitución europea: entre lo intergubernamental y lo supranacional*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005, pág. 46 y ss.

Es habitual que cuando nos planteamos el futuro de la Unión hablemos con frecuencia, como una dirección positiva hacia la que se ha de tender, de la aún lejana unión política, y como manifestación de ello, cómo lograr una Constitución para Europa. Pero realmente, parece como si no nos hubiéramos parado a preguntarnos si tenemos el sustrato sobre el que construirla y hacerla funcionar. La importancia que tiene saber contestar y poder además contrarrestar esta aparente crisis de legitimidad de la Unión nos preocupa, a efectos de estudio, porque el caso contrario debilita los cimientos de la Unión, lo que dificulta aún más cualquier proceso constitucional, ya que, por sí mismo, es mucho más complicado en estados débiles desde el punto de vista económico, sociológico y sobre todo político, por carecer de una unidad y unas directrices claras. Pero además, periodos de convulsiones y crisis internas, incluso en el seno comunitario, no favorecen que se conduzca el proceso hacia la creación de un núcleo estable que le de unidad y coherencia interna, por carecer fundamentalmente de un acuerdo sobre quién y cómo ha de concluirse el proceso.

Precisamente por la necesidad de tener un corpus que de unidad a la futura unión política, cuando hablamos de este futuro se considera con frecuencia como una dirección positiva hacia la que se ha de tender la de la aún ansiada unión política, y como manifestación de ello, cómo lograr una Constitución para Europa. En este sentido, considera ALDECOA LUZÁRRAGA que «el riesgo de dilución de la integración que pudiera derivarse de las diferencias crecientes entre los Estados miembros de una Unión ampliada sólo puede combatirse con el pegamento de la Constitución Europea, cimiento del proyecto político compartido»⁶.

No vamos a negar nosotros el debate ni su importancia, de hecho es a dónde queremos llegar, pero quizás si sea conveniente que aún cuando podamos plantearnos la necesidad de articular el proceso sobre la base de un texto constitucional, consideramos que es quizás más relevante considerar qué hacerse que cómo ha de hacerse. Si no somos capaces de responder a la primera de las preguntas es imposible responder de forma definitiva a la segunda, por cuanto una depende de la otra, al ser la segunda, o al menos debiera ser así, un instrumento para articular la primera.

De esta forma si nos preocupamos más del cómo que del qué, como parece haber hecho la Unión hasta ahora, debilitamos innecesariamente la Unión si fracasamos en un proyecto como el de dotar de una Constitución para Europa, cuando, por la vía de los hechos, puede lograrse lo mismo y, una vez asentada en la población proceder a la articulación jurídica, a dar forma a lo que en realidad es un hecho. De esta forma, el principal problema que le vemos al proceso, tal y como se ha ido desarrollando hasta ahora, es el hecho de que no existe una conciencia europea en la ciudadanía, es más, según

⁶ ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «Construcción y constitución europea», *Documentación Social, Madrid*, núm. 134, 2004, pág. 20.

hemos ido avanzando han ido apareciendo más voces euroescépticas o anti-europeas, lo que quizás alguno pueda interpretarse como un signo de la propia consecución de los objetivos, pero, considerando que el proceso estaba gestándose, desde nuestro punto de vista reflejan precisamente la falta de un objeto común ante el que se alzan, con anterioridad a su finalización, los que ven inconvenientes en la misma⁷.

Hemos de tener en cuenta que coincidimos con quiénes estiman que no hemos de proceder a la unión política asimilando la Unión a lo que fue la construcción de los estados nacionales, como ya hemos avanzado, dónde, sobre una base al menos mayoritariamente homogénea, se construían realidades estatales que se articulaban en base a la redacción de un texto constitucional; sino que estamos ante un proceso de construcción propio y distinto⁸.

Aquí no sólo partimos de una entidad diferente, ya que son esos estados que se constituyeron con el paso al estado liberal los que deciden integrarse en una realidad distinta, *sui generis*, a la que están dispuestos a ceder parte de su esencia, pero sin renunciar a dejar de ser Estados que conforman la realidad. Por otro lado, se suma una dificultad adicional que no se dio de igual forma en los procesos de formación de los estados liberales, que es la identidad propia de los individuos que pertenecen al Estado. Nos resulta sumamente importante tener en cuenta el papel de los ciudadanos en la Unión, no sólo por el hecho –que en sí mismo ya es lo suficientemente importante y desde

⁷ Considerando el estadio actual de la Unión nos parece un poco pronto para el surgimiento de estos movimientos. No obstante, los consideramos una prueba de la debilidad de la Unión que no ha sabido crear una identidad común. Ciertamente este tipo de movimiento son casi naturales pero lama la atención que antes siquiera de haber finalizado el proceso ya surjan fuerzas centrífugas, máxime cuando la idea de la Unión es la unidad de Europa frente a los desastres que había conllevado la contienda mundial.

Puede leerse al respecto VEIGA COPO, A., «Mito o realidad: de actor local a global», en DE TOMÁS MORALES, D., VAQUERO LAFUENTE, M. E. (Coords.), *El día de Europa: la Europa de los 25*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, en particular, pág. 36 y ss.

Cuestionado sobre el euroescepticismo, DAVARA, F. opinaba en un sentido al que nos referiremos en páginas siguientes. Así, consideraba que era un asunto complicado de lidiar desde las Instituciones, por tanto, «se debería trabajar en las universidades y escuelas para enseñar lo que significa realmente Europa. El ciudadano debería tener más información sobre lo que significa Europa y que esta idea europea, fundamentada en creencias, no fuera sólo patrimonio de los políticos, sino algo que fuera aceptado y entendido». BENEDICTO SOLSONA, M. A., ANGOSO GARCÍA, R., *Europa a debate. Veinte años después (1986-2006)*, Plaza y Valdés, Barcelona, 2006, pág. 93.

También sobre el euroescepticismo comenta NEGRI, si bien para luego admitir, que, siempre desde su punto de vista, Europa importa y sobre todo al proletariado, que «el euroescepticismo no es una enfermedad de los débiles, sino una toma de posición realista de quién ha sabido observar el desarrollo actual». NEGRI, A., *Europa y el imperio: Reflexiones sobre un proceso constituyente*, Akal, Madrid, 2005, pág. 80.

⁸ Al respecto, por todos, ROSAMOD, B., *Theories of European Integration*, MacMillan Press, Nueva York, 2000, pág. 21.

nuestro punto de vista el nuclear— de que los ciudadanos son o han de ser el auténtico centro de la Unión, lo que no se cumple a pesar de lo dispuesto por los Tratados, si es que de verdad queremos conseguir una unión política; sino por la importancia que supone como factor aglutinador con independencia del entorno (Estado) al que pertenezca o residan. Así, la dificultad principal, desde nuestro punto de vista, es la falta de una identidad, de una asimilación o identificación e interiorización del proyecto europeo.

Igual que no podemos decir a un ciudadano que ha de sentirse parte de un Estado si él no se siente parte de él, lo que debiéramos haber aprendido de la radicalidad nacionalista instalada en varios Estados Europeos⁹ por lo que a nuestro ámbito de acción se refiere, menos aún podemos obligar por la vía de una Constitución a los ciudadanos de los Estados a sentirse europeos. Desde nuestro punto de vista el sentimiento de pertenencia a la Unión se logra con el paso del tiempo, creando identidades comunes, haciendo a los ciudadanos partícipes del proceso, lo que implica entre otros factores que comentaremos seguidamente, hacer al ciudadano partícipe, lo que es mucho más que solicitarle un voto cada seis años. Es imprescindible acercar la Unión a los ciudadanos. Mientras ello no ocurra podemos incluso haber conseguido la articulación constitucional, pero nos atrevemos a decir que nunca tendremos una Unión fuerte, y por tanto, la estabilidad de una Europa cohesionada.

Consideramos que hoy podemos ir más allá de la idea de la Unión como un espacio para la cohesión de los Estados miembros, como un espacio de armonía y entendimiento mutuo tras las contiendas del siglo XX, y profundizar en un debate serio y sobre todo sosegado acerca de dónde nos dirigimos y cómo queremos hacerlo.

El principal problema que muchos de nosotros encontramos para ello, y por tanto para el avance de la unión, dejando por un momento de lado la actual situación económica, parece seguir siendo hacia dónde vamos. En el momento en que aceptamos la Europa a distintas velocidades¹⁰, que de hecho significa más una Europa a la carta, dimos quizás un primer paso, quizás incluso sin saberlo, a la situación actual. Rompimos el consenso sobre cómo y dónde ir, para dejar que cada uno fuese y llegase según le conviniese, y en ello seguimos.

Desde el punto de vista económico podemos decir que existen objetivos claros —a pesar de lo que podemos denominar ciertas disfuncionalidades que

⁹ En este sentido se puede decir que los nacionalistas igual que no tienen el sentimiento de pertenencia a un estado sí parecen tenerlo la unión. El proceso es paradójico aunque puede ser explicable considerando que la Unión anula parte de la soberanía del Estado.

¹⁰ A esta Europa a distintas velocidades se refiere DE CUETO NOGUERAS, C., «La ampliación oriental de la Unión Europea: Un proceso inacabado de revisión institucional» en FLORES JUBERIAS, C. (Ed.), *Estudios sobre la Europa Oriental*, Universidad de Valencia, Valencia, 2002, pág. 397 y ss., y en general, la Quinta parte de estos estudios «Desafíos de la integración Europea», págs. 371 a 450.

ha mostrado la crisis actual—, que han derivado no sólo a establecer la unión como una unidad, sino a darle un sólido papel como agente económico, pero también un agente protector de los estados miembros en la actual crisis económica, muchos de los cuales hubieran afrontado seguramente incluso peor situación que la ya de por sí calamitosa situación en que se encuentran, si no hubieran estado bajo el paraguas comunitario, como la de Grecia, Italia, Portugal, España o incluso Francia.

La claridad de fines en lo económico, buscando consolidar un agente fuerte y poderoso que pudiera competir en igualdad con otras economías potentes, no sólo los Estados Unidos sino las emergentes economías asiáticas, tiene su más clara manifestación en el Euro. El Euro se ha convertido en un símbolo de la unión económica deseada y de alguna manera conseguida, pero de alguna manera también se ha buscado con él, infructuosamente, que fuera un elemento que contribuyese a la cohesión ciudadana y al logro de su sentimiento europeo¹¹.

Lo que la Unión Europea no acertó a prever es que el sentimiento de pertenencia no existía por igual en todos los Estados, y que tampoco se iba a asentar por haber creado un símbolo sobre el que construir la Unión Europea y hacerla avanzar. De esta manera, hoy el euro no es más, ni menos, que una moneda. Pero una moneda que ninguno quiere dejar caer¹², a pesar del coste que supone, y de hecho está suponiendo, político y económico¹³, no sólo porque ello supondría una seria vuelta atrás, de alguna manera quizás irreversible en el proceso de la unión económica de los Estados miembros —de hecho el único *breakthrough* de la Unión Europea— pero posiblemente, conduciría a

¹¹ Esta idea del Euro como elemento de unión y de cohesión, y el error en ello, fue bien expresada por SCHWARTZ en un artículo publicado en Actualidad Económica en el 2011 que puede consultarse en <http://www.pedroschwartz.com/dynamicdata/flash/Esperanzas-de-futuro.pdf>.

¹² En este sentido se puede decir que la crisis ha hecho cambiar la posición al respecto. Si bien en sus primeros momentos se aceptó la idea de que todos los países del *eurogrupo* actuarían con unidad y se ayudaría a los débiles y no se dejaría perecer la moneda, hoy parece más probable la idea, frente a la posibilidad de que sea la moneda la que muera, que sean los países que no pueden permanecer los que salgan del Euro. En este punto es preciso dejar constancia de que esto ha puesto de manifiesto una de las muchas circunstancias no previstas cuando se llevó a cabo la unión económica y que deben hacernos reflexionar antes de proceder a una unión política que, al igual que la económica pueda resultar irrevocable una vez que se produzca. En el caso de la unión económica lo no previsto fue qué hacer si un país decidía salir del Euro o, qué hacer si un país no podía cumplir los criterios de convergencia. La solución a lo segundo parece más fácil y es la que muchos sugieren se tomará con Grecia, a pesar del alto coste que eso va a suponer en particular para algunos Estados Miembros que a su vez se encuentran en dificultades, como Francia.

¹³ Sobre las consecuencias políticas quizás el ejemplo más claro sea el declive que se está produciendo en los Länder que han celebrado elecciones en el último año, cuyos resultados revelan una progresiva debilidad de A. Merkel, frente a su posición en Europa, cada vez más sólida y más euroentusiasta.

un declinar de la Unión Europea, si el símbolo en que se ha hecho descansar la frágil arquitectura política de la Unión cae.

Quizás en este punto si podemos intentar ver un paralelismo con el proceso de creación política. La tan ansiada, desde los padres fundadores, creación de los Estados Unidos de Europa, como lo denominó Churchill, no parecía poder quedar en la configuración de una moneda única. Moneda que ha servido de alguna manera como punto, artificioso si queremos, en base al que poder construir una identidad nacional. Pero si bien podemos considerar que la unión económica terminaría necesariamente conduciendo a la unión política, y de ahí que considerásemos acertado comenzar por la creación del mercado único, no podemos decir lo mismo de los intentos por forzar esta unión política desde la creación de un corpus constitucional que sirviese de marco común de organización de la Unión.

La principal resistencia que se encontraban estos intentos ha venido desde el seno de la propia Unión, como vimos ocurrió con Niza y sobre todo con Lisboa. Se ha demostrado, una vez más, que no puede crearse el sentimiento o el deseo de pertenencia. Cuando surgieron los Estados liberales se puso de manifiesto que uno de las fortalezas de los nuevos estados fue la creación, y en el caso de aquéllos, articulación en torno a unas características comunes, que jurídicamente decidieron ordenarla bajo un texto constitucional. El proceso se produjo de alguna manera de forma inductiva, desde dentro, en cambio el proceso constitucional europeo se ha intentado realizar desde fuera, encontrando principalmente resistencias en los propios Estados, algunos de los cuales, como Inglaterra, ni siquiera decidieron sumarse a la moneda única. Es por tanto necesario preguntarse, y debieran hacerlo las autoridades comunitarias, si es verdaderamente un deseo de los Estados avanzar ya hacia la unión política o sólo está ello en el seno de la Unión, que necesita legitimarse y fortalecerse como órgano de toma de decisiones pero también dotarse de un auténtico poder, más allá de la representación de Van Rompuy y Ashton, más institucional que de auténtico poder y con una, al menos, cierta carencia de legitimidad, si bien han sido aún escasas las voces al respecto que se oyen en el seno de la Unión.

3. EL PAPEL DE LOS ESTADOS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y EL LOGRO DE LA UNIÓN POLÍTICA

Los Estados están necesariamente llamados a jugar un importante papel en la creación de la unión política. Pero no negamos, como no puede ser de otra manera y así lo venimos mencionando, el fundamental papel que le corresponde a los individuos, ya que al igual que son quiénes dan sentido a los Estados necesariamente han de terminar dando sentido a la Unión, a una unión que ha de ser más la Europa de los ciudadanos y menos la Europa de los pueblos.

En este sentido, comenta SÁNCHEZ MECA que «para poder hablar de una Europa como espacio democrático de acción política, hay que determinar las condiciones capaces de hacer posible la convergencia de las voluntades y la participación efectiva de los ciudadanos en sus órganos e instituciones. Dicho

en otras palabras, hay que ponerse de acuerdo, ante todo, sobre qué bases los europeos podrían formar un conjunto cohesionado de ciudadanos capaces de darse democráticamente leyes a sí mismos; qué conciencia europea tienen o sobre qué identidad común se podría legitimar esa composición de Europa como entidad política supranacional»¹⁴.

Si bien ese momento es el deseable hemos de ser conscientes de que como instancia intermedia entre la Unión y los ciudadanos, debido a cómo se ha configurado la Unión, a los Estados les ha sido asignado un papel nuclear en la construcción de esa aún utópica unión política.

Podemos identificar dos aspectos en los que sería deseable la implicación gubernamental en la coyuntura actual de crisis de la Unión. Por un lado, realizar una labor que podríamos denominar pedagógica para transmitir a los ciudadanos comunitarios qué implica, y qué importancia tiene, pertenecer a la unión y ser, por tanto, ciudadanos comunitarios. Evidentemente, ello no supone, como comentaremos seguidamente, que se tenga que imponer a los ciudadanos ningún tipo de opción, ésta ha de ser alcanzada por ellos mismos, de ahí que denominemos esta labor pedagógica y no instructora.

Por otro lado, aún cuando no defendemos la necesidad, al menos de momento, de que tenga que existir una constitución en el sentido ortodoxo, sí es precisa su implicación en un proceso que se puede denominar *metaconstitucional*, implicándose en la definición no sólo de los principios que han de dar soporte a la unión, los recogidos en el artículo 6 del TUE, sino también de los límites, incluso geográficos, de la Unión.

Retomando el primero de los aspectos apuntados. Avanzar hacia una futura unión política requiere, inexorablemente, al menos desde nuestro punto de vista, implicar activamente a los individuos en el desarrollo comunitario. A esta idea ya nos hemos referido, pero no hemos de olvidar otra que no hemos mencionado y que consideramos igualmente importante, y es que, de nada sirve que los ciudadanos sean europeos si los Estados no son también europeos¹⁵.

¹⁴ SÁNCHEZ MECA, D., «El sueño de una Europa de los pueblos: el dilema entre identidad y diversidad», págs. 71 y 72 Puede consultarse el texto en http://www.fundacionfaes.org/record_file/filename/623/00084-02_-_el_sue_o_de_una_europa_de_los_pueblos.pdf

¹⁵ Con ello queremos decir que los Estados tienen que hacer suyo también ese sentimiento de pertenencia. Esta circunstancia se observa mejor en los países de la Europa oriental que se sienten profundamente europeos, en los de la Europa occidental Alemania es quizás de los países que más interiorizado tiene su sentimiento europeo, lo que no es extraño teniendo en cuenta el papel que le corresponde y su propia historia. Como muestra de la importancia de ser europeos antes que nacionales merece la pena citarse un discurso de A. Merkel en el parlamento alemán el pasado mes de septiembre mientras se debatían los presupuestos, en el que hacía una defensa encendida del Euro como unidad al tiempo que proponía modificar los tratados para hacer avanzar la Europa. Ante ello, mencionar, que Cameron, por ejemplo, respondía (en parte, podemos decir, antes la necesidad de reforzarse por las voces euroescépticas surgidas en su propio partido) diciendo que aprovecharía la reforma de los tratados para hacer avanzar sus intereses nacionales.

La Unión Europea es vista hoy por una amplia mayoría de ciudadanos como una realidad extraña de nulos efectos sobre sus vidas, y en la cual poco pueden intervenir o participar. Resulta, a ojos del ciudadano un organismo internacional en el periódicamente participan en las elecciones al Parlamento, cuya composición es también desconocida para ellos, y en las que además se da la circunstancia de que en la mayor parte de los Estados, incluido España, son vistas más como un plebiscito nacional que como elecciones comunitarias¹⁶.

Desde nuestro punto de vista es absolutamente imprescindible conseguir la implicación de los individuos en la construcción de la Unión, lo que no ocurre con el sistema actual. Alcanzar un verdadero proyecto de integración europea requiere como condición *sine qua non*, tal y como comentábamos hace unas líneas, que los ciudadanos se sientan pertenecientes a Europa, no en un sentido geográfico, sino en un sentido similar a como se sienten ciudadanos de sus respectivos Estados. Esta circunstancia es la que llevará a que sean capaces de pensar y considerar la Unión Europea, pero ninguna de estas metas puede conseguirse con el modelo actual.

En este sentido coincidimos con JÁUREGUI cuando comenta que «no es posible avanzar en la integración Europea si los gobiernos nacionales y, sobre todo, si los pueblos europeos no llegan a la conciencia de esta necesidad imperiosa de ser algo más que el cinco por ciento de la población del mundo que representa Europa»¹⁷.

No obstante, avanzar en esta consideración requiere un paso más que da CRUZ VILLALÓN y en el que no nos detenemos por escapar a nuestras reflexiones, pero que sin duda ha de ser objeto de estudio, y es la existencia o no de un pueblo europeo, una auténtica ciudadanía europea en nuestras palabras. Así, CRUZ VILLALÓN dice que «en cuanto sujeto de Constitución, Europa-el pueblo o los pueblos europeos. Plantea el problema elemental y básico de su misma existencia. Y ello tanto en un hipotético momento constituyente como en cuanto pueblo constituido. ¿Dispone Europa de un demos, es decir, de un pueblo formado directamente por ciudadanos, o por el contrario, sólo dispone de «ciudadanos colectivos» a modo de un «superleviatán» integrado por leviantes menores?»¹⁸. Desde nuestro punto de vista, como ya hemos dicho, es clara la respuesta negativa: carecemos de un conjunto de ciudadanos europeos como tales.

¹⁶ Sobre la lectura en clave nacional: podemos remitirnos, entre otros muchos, a MAIZ, R. (Ed.), *Construcción de Europa, democracia y globalización*, Vol. 1., Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, o el estudio de ZUGASTI, R., LA-FUENTE, P., sobre la cobertura de las elecciones de 2009, que puede consultarse en http://mhcej.es/2011/08/20/zugasti_lafuente/

¹⁷ JAUREGUI, R., Prólogo a TAJADURA TEJADA, J., *Luces y sombras del Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, pág. XVIII.

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 37.

Ciertamente el cambio es complicado, ya que supone, de alguna manera, cambiar una forma de pensar y relacionarse con unas instituciones. Por ello es complicado, por no decir prácticamente imposible, dar una única respuesta a cómo hacerlo. A la propia dificultad de responder a esta pregunta, que se adivina por su propio planteamiento, sumamos otra derivada del propio ámbito sobre el que la formulamos. Las realidades de cada Estado miembro son diferentes, también lo son sus ciudadanos¹⁹, a pesar de que existen características comunes a la mayor parte de ellos. Debido a estas realidades sociológicas distintas, e incluso a su forma de comprender la Unión, es difícil establecer una forma similar de hacerlo en todos los países.

Parte de esta dificultad y de esta distinta forma de ver la Unión deviene de la propia complejidad interna de aquélla. Así, es vista por la mayor parte de ciudadanos como un complejo y burocrático entramado de instituciones que, lejos de haberse simplificado por los recientes cambios en los Tratados se ha complicado aún más²⁰.

No es fácil lograr de repente que los ciudadanos sean conscientes de la importancia de la Unión Europea, pero es importante acercarla a los ciudadanos, lo que implica que se sientan partícipes de lo que ocurre en Europa y de su participación en la toma de decisiones de importancia. A menudo se ha acusado a la Unión de un déficit democrático. No podemos sino coincidir con dichas críticas, ya que el papel reservado al ámbito de decisión de los ciudadanos es tan reducido que resulta aparentemente inexistente como venimos comentando.

Hemos trazado en varios momentos una leve analogía entre lo que supuso la creación de los estados liberales con lo que supone la Unión, como procesos en los que la segunda pudo haber imitado lo que verdaderamente hace que el primero aún perviva. Si consideramos en este punto la participación ciudadana, no podemos hablar de un auténtico estado democrático, en el que los ciudadanos participen, si ellos no toman parte en las decisiones. Al igual que ocurre en los estados nacionales, dónde ningún ciudadano ignora que lo que ocurre a nivel gubernamental y parlamentario les afecta, lo mismo debiera ocurrir con la Unión²¹, y no circunscribirse a los asuntos económicos, para los que nadie duda que existen determinadas decisiones que se toman a nivel

¹⁹ Podemos decir que es un claro ejemplo de esto el nivel de participación e implicación en las elecciones europeas, lo que es sólo una manifestación, y quizás no la más importante, aunque sí visual, de la falta de interés en los asuntos comunitarios.

²⁰ Evidentemente a esta consideración escapan los expertos, que no son la mayoría. Por el contrario sí lo son aquéllos que no entienden su funcionamiento, sus funciones o su importancia.

²¹ En este sentido, quizás podríamos destacar, lo que merecería un mayor análisis la visibilidad de la Unión, refiriéndonos con esto al papel que ocupa en los medios de comunicación por ejemplo, aceptando como tesis que, como decía SARTORI, G. en el *Homo videns*, lo que no sale en los medios no existe. Esta falta de visibilidad de la Unión no contribuye a que los ciudadanos sean conscientes de ella.

comunitario y que entran en juego cuando suben o bajan los tipos de interés, y, en los últimos meses, con la subida de la prima de riesgo, pero quizás sí ignoran que todo lo que ocurre en Europa nos afecta porque en la mayor parte de las ocasiones, y desde luego en más de las que sería deseable, legisla, limita e interviene en nuestros asuntos internos.

Conseguir una auténtica Europa de los ciudadanos que nos conduzca a la unión política no sólo supone una pedagogía interna a la que nos hemos referido, ha de venir fundamentalmente de parte de la Unión que ha de conseguir trasladar su centro de los Estados a los ciudadanos. En los modernos estados el territorio parece haber desplazado al ciudadano como centro, lo que nunca debió haber ocurrido, y eso parece mantenerse en el seno de la Unión, donde incluso se habla de intereses particulares de un determinado estado en lugar de hablarse de los intereses de los ciudadanos de dichos estados. El cambio tiene que venir evidentemente desde la propia Unión, de otra forma, se seguirá viendo más como un lugar para los Estados que para los ciudadanos.

Así, se da la curiosa circunstancia de que en la Unión Europea ocurre, *ab initio*, lo que ha ocurrido con el nacionalismo en muchos estados europeos, que ha colocado al territorio como centro desplazando al ciudadano. En la Unión Europea ello ocurre desde el principio, y, salvando la configuración del Parlamento, en el resto de las Instituciones pesan más los Estados nacionales que los ciudadanos. Ello supone enfrentarnos a un proceso complicado que levanta suspicacias, algunas de las cuales son intrínsecas a la propia configuración de la Unión, como la cesión de soberanía.

En este sentido, si el centro parecen ser los Estados en lugar de los ciudadanos, y además carecemos de ningún tipo de representatividad directa de los ciudadanos, más allá de la europarlamentaria, nos encontramos en la situación de que ceder soberanía a la Unión resulta de alguna manera, como cederla a los Estados *más fuertes* en ella²². No obstante, ello no implica negar que los Estados tengan que seguir manteniendo un importante papel, máxime cuando tal y como está constituida hoy la Unión y el contenido de los Tratados, los Estados tienen el papel principal en la configuración europea, y actualmente, son una parte fundamental para sobrellevar no sólo la crisis económica, que les exige medidas de ámbito interno, sino en particular para solucionar la parálisis institucional en que se encuentra ahora la Unión y que deriva de lo ocurrido con el fallido intento de constitución tras lo ocurrido con el Tratado de Lisboa y la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 2009.

²² Se puede citar como ejemplo la situación actual, en la que es evidente que en gran medida la política europea actual es marcada por Alemania, lo que supone, sin entrar en otras consideraciones que pudiéramos realizar, que existe una supeditación de los estados miembros a Alemania, que ha ocupado un papel preeminente basado fundamentalmente en su indiscutible hegemonía económica en la Unión.

4. ¿REALMENTE ES IMPRESCINDIBLE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA?

En este punto procede considerar cómo avanzamos y si para ello es necesario o no contar con un texto constitucional. Como ya hemos indicado anteriormente partimos de que quizás no sea necesario contar con un texto constitucional en el sentido ortodoxo. Así, coincidimos con GARCÍA GESTOSO ya que, en sus palabras «un estudio del fenómeno comunitario, consciente de sus verdaderas limitaciones, debe comenzar por reconocer la insuficiencia del aparato categorial que, en principio, debe permitir explicarlo, sin renunciar, no obstante, por ello a emplearlo»²³.

Esta circunstancia supone en primer lugar que es preciso definir, como ya hemos comentado, hacia dónde se dirige la Unión. De hecho, qué es la Unión Europea, no sólo en términos de valores y principios –que podemos encontrar claramente definidos en los Tratados y en la propia Declaración de Copenhague–, sino de estructura, lo que implica considerar aspectos territoriales.

Es transcendental tener en cuenta que sólo conociendo qué nos une como europeos, qué nos define, y a dónde queremos ir y por qué, podremos decidir sobre unas bases sólidas y duraderas no tanto nuestra propia pertenencia sino nuestro futuro en la Unión. Así, sólo tras una plena conciencia y consideración de todos los elementos podremos embarcarnos o no en el proyecto europeo con la libertad que proporciona el conocimiento sobre lo que decidimos, y, en el caso que decidiéramos hacerlo con reservas, servirá para conocer en base a qué es preciso repensar Europa. Lo que carece de sentido y no ayuda en el proceso de construcción europea es la redefinición constante de las reglas del juego y la excesiva flexibilización europea para dar cabida a los Estados que se suman a este proyecto.

Definir los principios y valores que nos guían es la tarea más fácil y a la vez la más difícil que hemos de afrontar en este proceso constitucional en que nos encontramos. Es fácil considerando no sólo que muchos de ellos ya están de hecho en los Tratados y forman parte del acervo comunitario, sino que podemos decir que todos los países miembros de la Unión tienen raíces políticas y constitucionales similares. La mayoría de los países que se unieron con posterioridad, incluso en épocas más recientes, a aquéllos que iniciaron sus procesos constitucionales con posterioridad a la II Guerra Mundial, han adoptado constituciones similares a aquéllas que existían en otros estados, basadas, fundamentalmente, en los principios del Estado de Derecho.

Pero a la vez, no puede ser ignorado que existen distintas circunstancias nacionales que no pueden dejar de ser tenidas en cuenta en este proceso constitucional. Quizás pasado un tiempo puedan ser mitigadas, pueden incluso

²³ GARCÍA GESTOSO, N., *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 20.

desaparecer, pero no pueden ignorarse por la vía de la asimilación. Así, tal y como señala CRUZ VILLALÓN «los ordenamientos nacionales no sólo están llamados a converger sino también a divergir; en realidad, deberían hacer ambas cosas. Las constituciones contendrían así tanto un programa armonizador como un programa singularizador. Las constituciones contendrían al menos potencialmente un propio programa de asimetría, lo que nos llevaría a plantear la idea de la asimetría como bien constitucional. La categoría ideal de Constitución operará tanto fundando unidad como fundando singularidad»²⁴.

Es importante que este proceso sea liderado por los gobiernos nacionales, aprendiendo de sus propios éxitos y fracasos nacionales, lo que supone evitar repetir los grandes fracasos que se han cometido en los estados nacionales en la Unión. Esto implica además evitar uno de los mayores errores, desde nuestro punto de vista, de la actual Unión Europea, también de los Estados, y que puede conducir a su colapso, como ha conducido al de algunos estados y a otros los está conduciendo. El excesivo control e intervencionismo, particularmente en aspectos económicos, y el paternalismo estatal, como el que resulta de los estados sociales que aún no han acometido las reformas necesarias para modernizarlos, como el español, sólo resulta en una superestructura internacional que negaría la libertad del individuo.

Una vez que hayamos definido no sólo los principios sino los valores podemos avanzar hacia el siguiente paso, y preguntarnos entonces si hemos de regular y positivizar, y cómo, este marco en forma de Constitución.

Aunque somos muy conscientes de la importancia del movimiento constitucional, no consideramos esencial para la consecución de la unión política la promulgación de un texto constitucional. Ello no implica que ignoremos que para lograr la unión política hemos de superar categorías establecidas y arraigadas en las naciones y pensar y definir otras categorías supraestatales que definan mucho mejor el proceso que tratamos de acometer. Eso no significa abstraerse del todo de las categorías que ya conocemos, ya que, como no podía ser de otra manera, no dejan de ser el sustrato del proceso de configuración europea, pero, es necesario superar categorías que pueden resultar insuficientes y asumir las especificidades propias de este proceso e incluso definir sus propias categorías.

Quizás sea irrelevante decir, o incluso considerar, que el proceso de globalización en que nos encontramos necesariamente nos va a conducir a nuevas formas de relacionarnos en un plano internacional, de hecho ya lo estamos viendo, lo que afecta no sólo desde un punto de vista económico, circunstancia que ya hoy damos como natural, sino que afecta también a otros aspectos.

Si pensamos desde una perspectiva política, que es lo que ha de llevarnos a avanzar en nuestras consideraciones, es que hoy afrontamos no sólo nuevas

²⁴ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 47.

realidades internacionales sino nuevas realidades internacionales en las que confluyen nuevos agentes internacionales, de todo tipo, y esto es lo que ha de llevarnos a reconsiderar qué sentido tienen los estados nacionales como entidades autónomas e independientes en un escenario político global.

Desde nuestro punto de vista aquí es dónde se ha de insertar el cambio en la Unión, lo que tendrá que suponer una transformación radical de sus estructuras, lo que conducirá a su transformación, suponemos que fortaleciendo su postura, caso contrario podría conducir a su estancamiento.

Evidentemente este cambio no tiene por qué articularse irremediablemente en una Constitución. Consideramos que lo sustancial si queremos avanzar hacia la unión política es crear la estructura para que efectivamente pueda producirse ese tránsito y avanzar verdaderamente a una unión de estados en el viejo continente. El hecho de dotar a esta nueva estructura de un texto jurídico que la articule lo consideramos únicamente una cuestión de forma no de fondo, por cuanto, de hecho, la Unión ya se encuentra desde hace años inserta en un *sui generis* proceso constitucional.

En este sentido, es preciso relativizar el concepto de Constitución, como nos enseñaba SCHMITT, puesto que el hecho de contar con un texto constitucional del modo que lo concebimos cuando pensamos en él no es constitutivo del hecho de contar con un Estado constitucional²⁵. Si observamos el proceso que ha seguido la Unión y como se ha construido normativamente, desde las decisiones jurisprudenciales pasando por las Conferencias Intergubernamentales hasta el actual proceso de las Convenciones, vemos un continuum que ha ido dando lugar al proceso actual. Es cierto que consideramos que esta última fase se ha intentado hacer por la vía de la imposición, lo que se ha encontrado con el rechazo frontal de los Estados, pero ello no ha de suponer que consideremos que el proceso está agotado y llamado a perecer.

Lo que sí podemos avanzar, antes de concluir, es que si bien el propio texto constitucional lo consideramos irrelevante, y quizás incluso inapropiado en estos momentos, no cabe duda de que nos encontramos ante un proceso que terminará derivando en la articulación normativa del mismo.

5. CONCLUSIONES

La realidad de la crisis económica ha puesto de manifiesto ciertas debilidades en el seno de la Unión que hacen que se tenga que hacer frente, en un corto espacio de tiempo a una crisis de legitimidad si verdaderamente quiere producirse un avance y no caer víctima de la actual situación.

En este contexto nosotros hemos considerado que es preciso abrir los horizontes y no considerar que la crisis actual es sólo una crisis económica, sino una crisis global, a todos los niveles y en todas las estructuras, que supondrá

²⁵ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pág. 45 y ss.

un replanteamiento de muchas realidades tal y como las conocemos actualmente, y desde nuestro punto de vista, la Unión Europea no es ajena.

Es aquí donde vemos la oportunidad para la Unión Europea. Estimamos que en estos momentos la Unión se encuentra en un proceso de estancamiento institucional que trae causa en el fallido intento de la Constitución para Europa, por simbolizar en ella el fracaso constituyente europeo, que se ha visto además aún más lastrada por una crisis en su seno que, si bien la económica es su más cruel manifestación, afecta a todos sus ámbitos. En este punto es dónde se encuentra a la vez la amenaza y la gran oportunidad para la Unión.

Consideramos que el proceso actual es sólo una fase más en el proceso de configuración comunitaria que ha sabido crecer mejor a través de sus crisis que de sus periodos de expansión, y esta crisis no tiene por qué ser menos. El replanteamiento del papel de la Unión, su inserción como un actor más y de gran relevancia en el contexto internacional, la relación con los ciudadanos y con otros Estados, son procesos que ya estamos viendo y que conducen a la transformación de esta organización.

No estamos concibiendo por tanto el hecho de que la Unión no se vea obligada a cambiar, sino todo lo contrario, ya que, de no producirse este cambio parecería víctima de su propio anquilosamiento. Así, igual que la caída del absolutismo dio lugar a un replanteamiento de las formas de ejercicio del poder, el nuevo orden internacional y la variedad y multiplicidad de actores en el mundo actual ha cambiado radicalmente la forma en que los estados se relacionan entre ellos y con los individuos y organizaciones de todo tipo.

No consideramos que sea aventurado decir en este punto que nos encontramos en un periodo preconstituyente y que consideramos que, con anterioridad a entrar plenamente en el periodo constituyente se han de explicitar ciertas bases e incluso poner límites a la Unión, caso contrario se corre el riesgo de decaer víctima de un exceso de ambición.

La Unión Europea no puede ser una organización internacional más y por tanto, como no es una institución igual que las que conocemos es indispensable que se determine como primer paso los límites territoriales y materiales de la Unión para, desde ahí, empezar a conjugar los papeles que se le piden a los distintos actores para terminar consiguiendo la total implicación ciudadana, sin la cual la futura unión política se nos antoja imposible.

De esta forma, estamos convencidos de que este periodo de crisis servirá para alumbrar la Unión Europea del futuro y no hemos de desaprovecharlo, pero a la vez, hemos de tener en cuenta la experiencia que hemos adquirido ya para evitar procesos fallidos y debilitar con ello a la Unión.

En este sentido además, y teniendo en cuenta hacia donde ha derivado la Unión, procede decir que de nuestra historia hemos aprendido que es necesario, indispensable, poner límites al ejercicio del poder y la injerencia estatal en la libertad de los individuos. Esta señal no se debe dejar de tener presente en el proceso de construcción europea y los estados nacionales no han de perder la oportunidad de liderar este cambio.

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA GLOBAL

Democracias fragmentadas, control del poder y principio de responsabilidad. Un nuevo constitucionalismo en la era del mercado global*

Jordi Jaria i Manzano

Profesor agregado interino de Derecho constitucional
Universitat Rovira i Virgili

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: El poder político está experimentando una reorganización en los últimos decenios, de manera paralela al proceso de integración global de los mercados. El estado-nación se ha visto superado en este nuevo marco, lo que plantea nuevas exigencias al constitucionalismo a la hora de responder a los retos tradicionales que se había planteado en relación con la limitación del poder y la garantía del status de los ciudadanos. Ante ello, es necesario pensar en un marco constitucional global, basado en la fragmentación, el pluralismo y la responsabilidad.

Palabras clave: democracia, control del poder, principio de responsabilidad.

Abstract: *Political power is experiencing a deep reorganisation in last decades, parallel to process of global integration of markets. Nation-state is somehow superseded within this new scenario. That implies new challenges to constitutionalism in order to design updated tools to guarantee the limitation of power and the status of citizens. For this reason it is required to think about a new global constitutional framework, based in fragmentation, pluralism and responsibility.*

Key words: *democracy, control of the public power, principle of responsibility.*

Sumario: 1. Introducción: la fase global del proceso de acumulación capitalista.–2. El (¿nuevo?) papel del estado-nación como estructura institucional del proceso de acumulación capitalista.–3. Tecnología, velocidad y fragmentación. Una nueva división de poderes–4. De democracias fragmentadas e instrumentos de control global.–5. Rompiendo con el progreso: adaptación al medio y responsabilidad en un nuevo constitucionalismo.–6. Conclusión.

* Esta comunicación forma parte del trabajo del autor en el marco del proyecto de investigación *Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estados de Autonomía*, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia para el período 2009-2012 (DER2009-12921/ subprograma JURI), y coordinado por el Prof. Josep M. Castellà Andreu.

1. INTRODUCCIÓN: LA FASE GLOBAL DEL PROCESO DE ACUMULACIÓN CAPITALISTA

No puede desconocerse la vinculación entre la aparición del estado moderno y la construcción de los respectivos mercados interiores. Como ya he defendido en otra parte, el estado supone la estructura institucional de la civilización moderna, que se despliega en el proceso de acumulación capitalista –que constituye su forma de metabolismo social–, con la tecnociencia como forma de organización de la experiencia y de estar en el mundo, y que se construye alrededor de la idea cartesiana de sujeto abstracto y racional¹. Efectivamente, en este contexto, el estado se presenta como condición de posibilidad institucional para el despliegue del proceso de acumulación capitalista, garantizando un espacio normativo homogéneo y seguro –articulado entorno a la idea de seguridad jurídica–, así como la movilidad de las personas y los recursos².

Debe notarse que el mercado, como espacio homogéneo e integrado en el que se produce el proceso de acumulación capitalista, tiende hacia la unidad³. Sin embargo, en las fases previas del proceso de acumulación capitalista,

¹ Vid. JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 17 ss.

² El estado de Derecho, en sus dimensiones formal y material, supone, justamente, el aseguramiento de ambas dimensiones. La importancia de la predicibilidad del Derecho en la construcción de la propia idea de estado de Derecho en sentido formal es subrayada, por ejemplo, por HÄFELIN, U., y HALLER, W., en *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Schultess, Zürich, 2001, p. 52. En cuanto a la idea de los derechos como esfera para el despliegue del proyecto de vida propio de los individuos en un marco abierto de relaciones sociales –por oposición a la sociedad estamental general–, se corresponde con la propia idea de sujeto, central en la comprensión del mundo propia de la modernidad europea, que se proyecta en el contractualismo como fundamento del poder político. El contractualismo aparece ya en los primeros tiempos de la Edad moderna –así, por ejemplo Althusius (vid. STOLLEIS, M., *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, PUF, Paris, 1998, pp. 154 ss.–, aunque encuentra su formulación clásica en Hobbes (vid., en particular, HOBBS, T., *Leviatán*, Alianza, Madrid, 1989, p. 144) y Locke (vid. LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, pp. 36 ss.).

³ Es cierto que ha habido modos alternativos al mercado en el despliegue del proceso de acumulación capitalista, verbigracia el caso de la planificación centralizada de tipo soviético. Debe notarse, en primer lugar que, efectivamente, se trata de un modelo de acumulación capitalista. Hablaríamos, en este caso, de capitalismo de estado, donde este dirige la transformación de la naturaleza en capital, con la diferencia de que los resultados de dicha operación no se distribuyen a través del mercado, sino que el reparto se efectúa de modo dirigido y planificado. Se podría hablar, en este sentido, «acumulación socialista de capital», como lo hace WALLERSTEIN, I., en *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós, Barcelona, 2007, p. 127. En el mismo sentido, subrayando su impacto sobre los recursos naturales, vid. GÖRZ, A., «Ecología y libertad», en *Crítica de la razón productivista*, Libros de la Catarata, Madrid, 2008, p. 73; y MARTÍNEZ ALIER, J., «Conflictos ecológicos y justicia ambiental», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* n. 103, 2008, p. 13. En segundo lugar, lo cierto es que es un modelo históricamente superado a partir de la Caída

no nos hallamos ante un espacio global plenamente integrado, sino ante la existencia de «mercados nacionales», por una combinación de razones de tipo geopolítico y, sobre todo, tecnológico. Dichos mercados nacionales, a partir del siglo XIX, devienen «mercados imperiales», con la expansión de los estados europeos en todo el mundo, que se integrarán en un mercado global en la compleja fase histórica que se despliega a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, en que la hegemonía económica mundial pasa, definitivamente, a los Estados Unidos⁴.

En cualquier caso, debe notarse que el estado y el mercado son realidades paralelas que aparecen en Europa al final de la Edad media y que se despliegan a nivel global en el marco de lo que ha dado en llamar el sistema-mundo capitalista. En este contexto, se produce una separación de lo público (el poder) y lo privado (los derechos), que constituye la matriz del constitucionalismo como tradición política emergente en el marco de dicho proceso histórico⁵. Sin embargo, a partir de que las posibilidades tecnológicas –nuevas tecnologías de la información y la comunicación– y geopolíticas –constelación imperial de estados bajo hegemonía norteamericana, que se consolida entre el final de la Segunda Guerra Mundial y el fin de la Guerra Fría–, el mercado y el estado dejan de estar en sintonía, generándose estructuras de poder más allá del estado basadas en las posibilidades abiertas por la nueva fase del proceso de acumulación capitalista⁶.

Así, a partir del impulso generado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (velocidad) y la inercia del proceso de acumulación capitalista (cantidad), los mercados tienden hacia la integración global, mientras que el espacio político teórico continúa determinado por el estado-

del Muro, en 1989, cuando se inicia la fase final del período de integración global de los mercados, una vez derrotado el socialismo real.

⁴ Para una visión panorámica de este proceso, es de consulta obligada desde su aparición el trabajo magno de FONTANA, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, Pasado&Presente, Barcelona, 2011.

⁵ Así, a partir de la separación de los individuos –presupuesto de la comunidad política– y la estructura de poder, que se basa en una concepción individualista y abstracta del ser humano –«*the most important artefact of European history, fundamental for self-understanding of most individuals in the Western world*», según VON BOGDANDY, A., «Constitutional Principles for Europe», en RIEDEL, E., y WOLFRUM, R. (Eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2006, p. 7–, se produce la separación entre lo público y lo privado, en la que el mercado y el estado se reparten los papeles en el despliegue de la vida social.

⁶ Así, las transacciones y las conexiones organizativas que se despliegan más allá de las fronteras de los estados van cobrando importancia, determinando la generación de nuevas estructuras de poder en red de alcance global y definiendo el proceso que se ha dado en llamar ‘globalización’. Vid., en este sentido, EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 43.

nación—donde se supone que se continúan tomando, a partir de una base democrática, las decisiones que permiten el despliegue de la vida de los ciudadanos—⁷. Se produce una desvinculación entre territorio, poder y mercado, de manera que el acceso al capital y a la tecnología, que permiten el despliegue de las funciones tradicionales del estado, ya no dependen tanto del control de una determinada porción de territorio como de las sinergias con quienes controlan las redes globales de producción de bienes y distribución de capitales⁸.

Efectivamente, «en un mundo “cableado” toda perturbación se transmite rápidamente a otros mercados y sociedades, ramificando los efectos del cambio», las posibilidades de la política en el sentido en que se ha entendido en los últimos siglos en Occidente son ciertamente limitadas⁹. Progresivamente, la gramática del poder transita desde la legitimidad democrática anclada en la comunidad política en que se funda el estado-nación hacia la legitimidad posesiva—en términos monetarios—en que se traduce la disponibilidad de recursos en el proceso de acumulación capitalista¹⁰.

⁷ Parto de la asunción de que, desde el punto de vista de la fundamentación del poder en el estado moderno constitucional que acompaña las fases anteriores del proceso de acumulación capitalista, existe una conexión fundamental entre la idea de individuo autónomo, fundamento de la comunidad política, y la idea de participación de democrática. En este sentido, por ejemplo, vid. CHEVALLIER, J., «Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique», *Revue de Droit Public* n. 3, 1998, p. 667. Ello se ve claramente en el famoso discurso de Gettysburg, pronunciado por Abraham Lincoln el 19 de noviembre de 1863, que termina con las palabras siguientes: «*and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*». Así, aunque muchos estados no funcionan realmente como regímenes democráticos—de hecho, algunos ni tan siquiera funcionan como auténticos estados—, lo cierto es que la legitimación democrática es el fundamento de la justificación del estado como tal. En este sentido, hay quién considera, incluso, que el futuro de «las instituciones democráticas que hoy conocemos» dependerá de que sobreviva el estado (vid. SOTELO, I., «La crisis del Estado», en ALCINA FRANCH, J., y CALÉS BOURDET, M. (Eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal, Tres Cantos, 2000, p. 229).

⁸ Vid. EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización», *cit.*, p. 44.

⁹ Vid. HELD, D., «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 78.

¹⁰ En este sentido, (las dificultades para) el acceso al capital por parte de los estados determinan las decisiones políticas internas, de modo que la legitimidad democrática de las decisiones queda gravemente erosionada. Un síntoma claro de ello es, en el caso de España, la reciente Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE, de 30 de abril de 2012), y, en particular, su artículo 14, en el que se prioriza el servicio de la deuda en el conjunto del gasto público. Así, los mercados condicionan las políticas públicas a través de instrumentos de presión distintos del voto democrático—la cotización de la moneda, el acceso al capital—, poniendo de manifiesto una nueva gramática del poder diferente de la que se sostiene formalmente—el fundamento democrático del poder—, basada en la disponibilidad de dinero, la forma abstracta del capital. Vid., en este sentido, EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización» *cit.*, pág. 46. Sobre la naturaleza del dinero como

Dicho proceso se articula, en la actualidad, a través de redes globales de comunicación que permiten el movimiento instantáneo de capital, sin que las fronteras de los estados puedan ponerle coto. Así, una masa de capital, que se autoalimenta, se halla en movimiento en la red global de los mercados, adquiriendo unas dimensiones que impiden que ninguna autoridad constituida de acuerdo con los parámetros clásicos del constitucionalismo –esto es, basada, directa o indirectamente, en el estado-nación– pueda contrarrestarla¹¹.

Por otra parte, asimismo, las posibilidades tecnológicas permiten la fabricación de productos en múltiples espacios «nacionales», de modo que, también aquí, el proceso escapa, en parte, a las posibilidades de los estados, que se ven condicionados por la existencia de esta estructura global a la hora de articular sus políticas públicas¹². En este sentido, la cohesión de la comunidad política depende de decisiones que toman actores privados en dicha estructura reticular, las cuales determinan tanto el acceso al capital que debe financiarla, como la inclusión en las redes globales de producción que permiten a la población adquirir bienes y servicios en el mercado global¹³. Los inversores devienen, en este contexto, los nuevos votantes, determinando más allá del principio «un hombre, un voto», la realización de políticas en todos los niveles de la estructura reticular del poder global, que trasciende el *locus* tradicional del poder político¹⁴.

2. EL (¿NUEVO?) PAPEL DEL ESTADO-NACIÓN COMO ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL PROCESO DE ACUMULACIÓN CAPITALISTA

En el contexto descrito de desajuste entre el poder delimitado de los estados-nación y el flujo de recursos del mercado global, tienden a aparecer es-

expresión simbólica de la capacidad de consumo de bienes y servicios –medida de bienestar y de poder–, continua siendo interesante el análisis de Georg Simmel (1858-1918) en su *Philosophie des Geldes*. Para la aproximación de Simmel a esta cuestión, vid. FRISBY, D., *Fragments de la modernidad. Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamin*, Visor, Madrid, 1992, pp. 162 ss.

¹¹ Vid. REVELLI, M., «La ideología de la globalización y su realidad», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 126. Así, puede considerarse que «el Estado ha perdido poder frente a mutadas instituciones privadas que le estaban subordinadas», como señala JARA GÓMEZ, A. M., en «Agentes transnacionales y eficacia horizontal de los derechos humanos. Una reflexión entorno a la demanda de Hazel Tau contra Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim», *Teoría y Derecho* n. 3, 2008, p. 328.

¹² Debe destacarse la existencia de redes de *hardware*, que permiten el despliegue de la fábrica global y la llamada «deslocalización de la producción». Vid., en relación con ello, BARREDA, A., «Geopolítica, recursos estratégicos y multinacionales», *Pueblos. Revista de información y debate*, 2005, <<http://www.revistapueblos.org/spip.php?article311>> (última consulta realizada el 29 de mayo de 2012).

¹³ Vid. EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización» *cit.*, p. 44.

¹⁴ Vid. HELD, D., «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política» *cit.*, p. 78.

estructuras de poder informales y opacas, que dirigen, de algún modo, los procesos que determinan la circulación de los capitales y la generación de bienes y servicios, de los que depende, en última instancia, la vida de los seres humanos en todo el planeta, sin que se hayan generado procedimientos de control y limitación de dichos poderes, ni se haya alineado la exposición al poder global con una ciudadanía global. En este contexto, las personas son vulnerables ante diferentes amenazas –algunas que habían sido exorcizadas en la tradición constitucional, otras completamente nuevas–.

Sin embargo, el estado-nación, a pesar de todo, no ha desaparecido, sino que, como he de intentar mostrar en este apartado, continúa siendo un elemento esencial en la estructura reticular del poder en la que se despliega el mercado global, a pesar del discurso en relación con su superación que parece ir aparejado a la ideología del llamado consenso de Washington, en el marco del proceso de integración de los mercados que genera la situación actual de desajuste entre poder y control¹⁵. Efectivamente, el sistema interestatal es la pieza esencial de la infraestructura económica, que permite la existencia de los soportes físicos para el despliegue de las redes globales, así como asegurar el intercambio de bienes, servicios y capitales, tanto desde el punto de vista jurídico –el Derecho privado y el Derecho penal que garantizan la fiabilidad de las transacciones, así como el aparato judicial que constituye su apoyo último–, como desde el punto de vista estrictamente físico –las estructuras policiales y militares que defienden las estructuras globales de dominación–¹⁶.

¹⁵ Sobre el Consenso de Washington, vid. WILLIAMSON, J., «A Short History of the Washington Consensus», ponencia presentada en el Congreso *From the Washington Consensus towards a new Global Governance*, que tuvo lugar en Barcelona, los días 24 y 25 de septiembre de 2004, <<http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>> (última consulta realizada el 29 de mayo de 2012).

¹⁶ En cuanto a lo primero, vid., una vez más, EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización» *cit.*, pp. 45 y 52. En cuanto a lo segundo, es evidente que los estados constituyen la estructura básica a partir de la que se llevan a cabo las acciones armadas destinadas a garantizar el flujo de recursos a nivel global en el marco de la estructura global de dominación derivada de la integración de los mercados. El caso más claro es la llamada ‘Guerra contra el Terror’, en que los perdedores del sistema son combatidos por los aparatos militares de los estados del Norte y, particularmente, de la potencia hegemónica, para asegurar, entre otras cosas el acceso a los recursos naturales que alimentan el mercado global. En este contexto, el terrorismo se presenta como una consecuencia del abismo de bienestar entre los países desarrollados y aquéllos en vías de desarrollo, tal como subraya JONAS, H., en *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, p. 294. Sobre el papel de los estados en la defensa de la estructura global del poder y del aseguramiento del flujo de los recursos hacia los centros de poder, especialmente, en el caso de África, vid. FONTANA, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945* *cit.*, pp. 707 ss. En relación con el mismo proceso en el caso del Oriente Medio, vid. FISK, R., *The Great War for Civilisation. The Conquest of the Middle East*, Harper, Londres-Nueva York-Toronto-Sidney, 2006.

En este contexto, el sistema de estados-nación deviene una estructura imperial, en que, oculto por el velo que ofrece el mito westfaliano de la soberanía y la igualdad entre los estados, se plantean unas relaciones extremadamente desiguales¹⁷. Así, unos estados ocupan el centro y aseguran el espacio para el despliegue, en condiciones más o menos seguras, del modelo de vida de los ganadores del sistema, mientras que otros se sitúan en la periferia, deviniendo sencillas estructuras parciales de dominación, dirigidas al control social de los perdedores del sistema y al aseguramiento del flujo de los recursos hacia el centro¹⁸. En este contexto, una estructura jurídica, articulada, en buena parte, al entorno de la OMC y el GATT, se impone sobre los estados determinando la permanencia del intercambio desigual de recursos y la progresiva desprotección ante las estructuras globales de poder (e intercambio) de una cantidad muy numerosa de miembros de la comunidad global¹⁹.

De este modo, los estados-nación aseguran, en su conjunto, el funcionamiento de la economía global, aunque sometidos a los flujos de capitales, bienes y servicios, que facilitan, pero no pueden controlar. En este sentido, es evidente

¹⁷ Sobre la disolución de la idea moderna de soberanía absoluta en la complejidad del mundo contemporáneo, vid. LLANO, A., *La nueva sensibilidad*, Espasa, Madrid, 1988, p. 121.

¹⁸ Sobre la idea de centro y periferia en el funcionamiento del sistema-mundo capitalista, vid. TAYLOR, P. J., y FLINT, C., *Geografía política. Economía-mundo, estado-nación y localidad*, Trama, Madrid, 2002², pp. 21 ss. Esta idea fue desarrollado en primera instancia en el ámbito de Comisión Económica para América Latina (CEPAL) por economistas como el argentino Raúl Prebisch, que publicó en 1949 el trabajo «Crecimiento, desequilibrio y disparidades: interpretación del proceso de desarrollo económico», dentro del *Estudio económico de América Latina*, editado por la citada organización. A partir de ese momento, este patrón hermenéutico de los flujos globales de recursos se consolida con aportaciones como la del sueco Gunnar Myrdal, que subraya la imposibilidad de igualación espontánea por el hecho de que el capital (recursos económicos) y el trabajo (mano de obra cualificada) son atraídos hacia los espacios donde se ha construido una ventaja inicial (el centro). En relación con ello, vid. CONTI, S., *Geografía económica. Teorie e metodi*, Turín: UTET, 1996, pp. 129 ss. En la teoría neomarxista, se subraya que el subdesarrollo (la condición de periferia) acaba siendo consustancial a la generación de la economía global, ya que, de hecho, permite superar las contradicciones en el centro a partir del aseguramiento del intercambio desigual de recursos fundado en la posición predominante de las comunidades hegemónicas. Vid., en relación con ello, *op. cit.*, pág. 166. Aunque es cierto que el carácter absoluto de la partición entre centro y periferia debe matizarse con las aportaciones de la teoría de sistemas (*op. cit.*, p. 226), lo cierto es que tiene un importante potencial explicativo en la lectura de las estructuras de poder del presente.

¹⁹ Es lo que CLARKSON, S., y WOOD, S., en *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2009, particularmente pp. 161 ss., han denominado «Supraconstitución», esto es, fundamentalmente, las reglas de la economía global que se imponen sobre las decisiones de los estados incluso a nivel constitucional, lo que es particularmente importante en los estados de la periferia. Sobre las relaciones de intercambio desigual y el drenaje de recursos de la periferia hacia el centro, vid. CONTI, S., *Geografía económica. Teorie e metodi cit.*, pp. 173 ss.

que no hay mercado sin sistema jurídico, sin aparato institucional que garantice el flujo seguro de los bienes y servicios, dentro de un determinado esquema normativo, aunque ello no disminuye la vulnerabilidad del estado a la hora de intentar perseguir una agenda interior propia ante las imposiciones de las estructuras globales de poder e intercambio²⁰. Sea como sea, las estructuras estatales son imprescindibles en el funcionamiento de la economía global, que, dado que genera un flujo desigual de recursos, está necesitada, asimismo, del ejercicio de la violencia legítima por parte de los estados para proteger la asignación de los recursos ante aquellos que la impugnan, a parte de los marcos reguladores que estos también proporcionan.

En este contexto, los estados-nación cumplen sus funciones de acuerdo con el lugar que ocupan en el sistema-mundo capitalista, esto es, el centro o la periferia. En el primer caso, realizan funciones características del estado-nación tradicional en relación con la garantía de la seguridad (jurídica y física) interior, que se proyecta sobre la vida cotidiana de los que habitan dentro de sus fronteras²¹. En el segundo caso, en cambio, devienen estructuras de dominación, diseñadas para permitir el acceso a los recursos a actores externos, más que para garantizar, en algún sentido, las condiciones de vida de los actores internos²².

En este sentido, es importante observar como los estados del centro actúan como garantes del funcionamiento de la economía global y el flujo desigual de recursos en dos sentidos, relacionados con las tradicionales funciones de policía que el liberalismo clásico asignaba a los poderes públicos²³. Ello

²⁰ Vid. LAPORTA, F. J., «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, pp. 213 ss.

²¹ Solo en este contexto, se entiende la afirmación del papel de los estados contemporáneos como espacios democráticos y garantes de los derechos. Vid., por ejemplo, THÜRER, D., «Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit», en THÜRER, D., AUBERT, J.-F., y MÜLLER, J. P. (Eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich, 2001, p. 55.

²² No debe perderse de vista el carácter desigual del flujo de los recursos en la economía global, lo que conduce a unas estructuras de poder reales que, de hecho, intentan asegurar la continuidad de las relaciones centro-periferia, lo que asigna un papel determinado a los estados periféricos, cuya posibilidad de articular políticas autónomas de desarrollo queda francamente comprometida. En relación con el flujo desigual de los recursos, vid. ALTVATER, E., *El precio del Bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1994, p. 188; y RIDOUX, N., *Menos es más. Introducción a la filosofía del decrecimiento*, Los libros del lince, Barcelona, 2009, p. 32. Para una recopilación de datos que muestran dicha desigualdad, vid. DAVIES, J. B., SANDSTROM, S., SHORROCKS, A., y WOLFF, E. N., *The World Distribution of Household Wealth* <<http://www.iiarw.org/papers/2006/davies.pdf>> (última consulta realizada el 29 de mayo de 2012).

²³ Efectivamente, el aseguramiento, a través de la violencia (legítima) si es necesario, de la propiedad sobre los recursos y la fiabilidad de los intercambios, es una función tradicional del Estado que, nuevamente, desempeña en el momento actual, como guardián de la economía global. Sobre la caracterización de tal función en cuanto a fundamental en el estado como institución moderna, vid. CROOK, S., PATULSKI, J., y WATERS, M., *Postmodernization. Change in Advanced Society*, Sage, Londres-Thousand Oaks-Nueva Delhi, 1992, p. 14.

puede verse en relación con el combate contra el terrorismo global, que justamente aparece como impugnación de las estructuras globales de dominación, a partir de parámetros culturales generados en el mundo islámico, que, particularmente, ofrece una alternativa significativa a los perdedores del sistema²⁴. Por otra parte, debe subrayarse el papel de los estados a la hora de asegurar la impenetrabilidad de sus fronteras. La tecnología que facilita el tránsito de los capitales y los bienes, así como el marco jurídico que lo permite, no alcanzan a las personas, que se ven impedidas de buscar oportunidades en una economía global pretendidamente abierta gracias a los controles fronterizos de los estados del centro, de modo que «cuanto más se hacen suaves y permeables al movimiento del dinero, tanto más esas mismas líneas de frontera se hacen duras e impenetrables al movimiento de los hombres»²⁵.

Las distancias físicas, efectivamente, se reducen, pero en cambio las desigualdades aumentan²⁶. En consecuencia, también lo hacen las necesidades de controlar los flujos de población, para asegurar, en última instancia, el acceso desigual a los recursos en el marco de las reglas de la economía global –conjunto complejo que agrupa normas «nacionales», el marco normativo de la OMC, las determinaciones de las instituciones financieras internacionales y la llamada *nova lex mercatoria*–. El papel de los estados-nación es determinante en este contexto, de modo que puede decirse que el «peligro no es que los Estados terminen como instituciones marginales, sino que formas más limitadas y represivas de organizar el papel del Estado sean aceptadas como la única manera de evitar el colapso de las instituciones públicas»²⁷.

En definitiva, las estructura globales de poder que garantizan el flujo de recursos y la circulación de los capitales son, en parte, opacas, y se imponen a las decisiones democráticas que afloran en el marco político-jurídico del estado-nación, que pasa a jugar un papel ancilar en relación con ellas. Ello no hace menos importante ese papel en el funcionamiento de la red global de poder, pero, en todo caso, lo sitúa en una posición subordinada y, en muchas

²⁴ De ello, probablemente, se deriva el atractivo del islamismo en África. En relación con la perspectiva alternativa que supone el Islam sobre la organización social y, en especial, sobre la cuestión de los derechos, poniendo el énfasis en la protección del bienestar, más que en la protección de la autonomía, vid. GLENN, H. P., *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford-Nueva Cork, 2007³, pp. 212 ss. Sobre la naturaleza del terrorismo de origen islamista, vid. JORDÁN, J., «Terrorismo yihadista y Estado de Derecho», *Teoría y Derecho* n. 3, 2008, pp. 20-33.

²⁵ Vid. REVELLI, M., «La ideología de la globalización y su realidad» *cit.*, p. 128. De hecho, el capital se presenta como más móvil que la población en la configuración de la economía global. Vid., en este sentido, CONTI, S., *Geografía económica. Teorie e metodi cit.*, p. 160.

²⁶ Vid. TOSCANO, R., «Interrogantes éticos sobre la globalización», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 98.

²⁷ Vid. EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización» *cit.*, pág. 27.

ocasiones, contradictoria con las finalidades que le asigna la tradición constitucional, fundamentalmente, en la periferia del sistema²⁸.

Si tomamos en serio el compromiso del constitucionalismo con el control del poder y el aseguramiento del *status* de las personas, parece clara la necesidad de una transformación, más allá del estado, que permita afrontar el nuevo (des-)equilibrio de poderes planteado por la integración de los mercados, afrontando las estructuras reales del poder global y partiendo de una idea inclusiva de ciudadanía en el marco de una sociedad globalmente integrada, pero profundamente injusta. La cuestión, por lo tanto, no es la disolución del sistema jurídico y del aparato institucional, si no más bien, la generación de un estructura institucional global que ofrezca garantías en relación con dos aspectos clave e interdependientes: el control del poder y el *status* de los miembros de la comunidad.

3. TECNOLOGÍA, VELOCIDAD Y FRAGMENTACIÓN. UNA NUEVA DIVISIÓN DE PODERES

Empecemos por el control del poder, un poder difuso y, aparentemente, inarticulado, líquido, que, utilizando el *hardware* que proporcionan, mayormente, los estados del centro –las infraestructuras que permiten la circulación de información y bienes, financiadas a través de los impuestos que aportan los ciudadanos de dichos estados–, se proyecta a nivel global, condicionando las decisiones de esos mismos estados y laminando el contenido de la democracia. En este contexto, uno de los factores más disfuncionales del proceso de acumulación capitalista en su fase actual es la velocidad de circulación de la información, que permite la especulación, desestabiliza los marcos democráticos y compromete la cohesión social²⁹.

²⁸ En cierto modo, hay quien plantea el ocaso del estado-nación, sobre todo, si nos centramos en la literatura jurídico-constitucional, desde el punto de visto, de la cesión de poderes hacia estructuras institucionales supra o infraestatales. En este sentido, CANO BUESO, J., en «Algunas cuestiones centrales del proceso de globalización», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid: 2004, p. 189, considera que el Estado-nación «se evapora hacia arriba (como sucede con la construcción de la Unión Europea) o se disuelve hacia dentro a la búsqueda de micro-espacios donde el ciudadano puede controlar y decidir su propio espacio vital, como sucede, sin ir más lejos, con la potenciación de las regiones y de las ciudades». Para una opinión algo más matizada, pero de sentido similar, vid. ARBÓS, X., y VERNET I LLOBET, J., «Los nuevos federalismos y el constitucionalismo del siglo XXI», en APARICIO, M. A. (dir.), *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 261-271. Sin embargo, por una parte, continua siendo cierto que el estado-nación juega un rol central, tanto en relación con la toma de decisiones (si bien condicionada) en el interior, como en relación con la estructura global del poder. Vid., en este sentido, CLARKSON, S., y WOOD, S., *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance cit.*, p. 222.

²⁹ Así, vid. CARBONELL, M., «Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 27.

Existe una vinculación entre la interconexión de los flujos de información, la extensión mundial de los intercambios de mercancías y deslocalización de los procesos productivos, que acaba generando estructuras de poder más allá del estado-nación poco transparentes, poco susceptibles al control y poco legitimadas desde el punto de vista democrático³⁰. En este sentido, la velocidad con la que se llevan a cabo, a través de las redes de soporte de la transmisión de la información, las operaciones de transmisión de capitales de gran escala acaba generando una gran volatilidad que se proyecta sobre la cohesión de las comunidades políticas y genera desigualdades e inseguridades en la escala global en que se producen dichos movimientos³¹.

Se plantean aquí los dos grandes problemas del funcionamiento del metabolismo social global, que se corresponde con un sistema institucional más complejo y dinámico que el estado-nación tradicional, que, sin embargo, como hemos visto, forma parte de él. En relación con el *status* de los miembros de la comunidad global, debe señalarse que el acceso a los beneficios derivados del uso de los recursos naturales aparece como claramente injusto, generándose no solo desigualdades difícilmente justificables, sino incluso situaciones manifiestas de exclusión, que, por otra parte, parecen aumentar y no disminuir a medida que se despliega con mayor plenitud la estructura de dominio correspondiente a la integración de los mercados³². La universalidad de los flujos no se corresponde, en definitiva, con el acceso equitativo al producto del metabolismo social.

En este sentido, la movilidad de los capitales a través de las nuevas redes generadas por las tecnologías de la información y la comunicación da lugar a la especulación y a una asignación de recursos ciertamente discutible a nivel global. Si la legitimidad de un mercado global que sustituyera a las estructuras tradicionales de poder se basa en una mejora de las condiciones de vida de los miembros de la comunidad global, parece que, más bien, el modelo está fracasando. De este modo, desde un punto de vista constitucional, no se proporciona una inclusión adecuada de los miembros de la comunidad global en las nuevas estructuras de poder –en términos de participación tanto como de bienestar–, ni se les protege adecuadamente ante las intromisiones de este nuevo poder global en sus vidas.

³⁰ Vid. BOVERO, M., «¿Siete globalizaciones?», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 136.

³¹ Vid. EVANS, P., «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización» *cit.*, p. 52.

³² En este sentido, Paul Krugman ha hablado de la «gran divergencia». Vid. FONTANA, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945 cit.*, p. 565. En relación con el progresivo aumento de las desigualdades entre los seres humanos y las diferentes comunidades en un contexto global, vid., asimismo, MARGALEF, R., «Lo que se llama ecología y posibles condicionantes de nuestro futuro», en ALCINA FRANCH, J. y CALÉS BOURDET, M. (Eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo cit.*, p. 330.

La misma facilidad con que circula la información y, a través de ella, los capitales, cuya permanencia en un determinado lugar, por decirlo de algún modo, puede ser fugaz, da lugar a la consolidación de poderes informales, generalmente opacos y de carácter líquido, que condicionan la vida de los miembros de la comunidad global sin que sea posible, en la mayoría de los casos, exigirles responsabilidades, así como tomar parte en sus decisiones. En este contexto, es donde aparece la necesidad de controlar y delimitar el poder, de acuerdo, por otra parte con la tradición constitucional, que debe desplegarse en un nuevo escenario.

Es pertinente aquí señalar la importancia de la separación de poderes en dicha tradición a la hora de articular procedimientos de control del poder, cuya finalidad última, en definitiva, es la garantía del *status* de los miembros de la comunidad política³³. Se impone, según mi criterio, un sistema de *checks and balances* más eficaz y transparente en el diseño de las estructuras globales de poder, que, particularmente, debe fundarse en la fragmentación y la diversidad para generar barreras jurídico-políticas al flujo de datos y, de este modo, poner al servicio de la sociedad en su conjunto los recursos generados en el sistema, evitando las tendencias destructivas implícitas en la multiplicación de las maniobras especulativas que la actual estructura desregulada de la red permite.

En relación con esto, debe subrayarse, asimismo, que la implantación del sistema-mundo capitalista a nivel global constituye una amenaza para la diversidad cultural³⁴. Ello no solo es un problema desde el punto de vista utili-

³³ En este sentido, vid., por ejemplo, TORRES DEL MORAL, A., «Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle cit.*, p. 507.

³⁴ En este sentido, es evidente que el proceso de integración de los mercados y la expansión del sistema-mundo capitalista han significado la progresiva marginación de las culturas externas a la civilización hegemónica. Vid., en este sentido, ESTERMANN, J., *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, 1998, p. 33; SÁNCHEZ, C., «Autonomía y pluralismo. Estados plurinacionales y pluriétnicos», en GONZÁLEZ, M., BURGUETE CAL Y MAYOR, A., y ORTIZ-T., P., (Eds.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, FLACSO (Sede Ecuador) / Cooperación Técnica Alemana (GTZ) / Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) / Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) / Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), Quito, 2010, p. 281; TORRES GALARZA, R., «Diversidad y globalización: los derechos en su laberinto», en LEFF, E. (Coord.), *Justicia Ambiental: Construcción y Defensa de los Nuevos Derechos Ambientales Culturales y Colectivos en América Latina*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente / Universidad Nacional Autónoma de México, México DF. 2001, p. 69; WALSH, C., «Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado», *Tabula Rasa* n. 9, 2008, p. 137. En cierto modo, puede decirse que ha habido un esfuerzo dirigido a promover la homogeneización cultural, con estrategias de banalización de la diferencia, como pone de manifiesto MORENO NAVARRO, I., en «Quiebra de los modelos de modernidad, globalización e identidades colectivas», en ALCINA FRANCH, J., y CALÉS BOURDET, M. (Eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo cit.*, p. 107.

tario de la comunidad global –empobrecimiento en relación con conocimientos y tradiciones cuya virtualidad puede ser importante en el futuro–, sino que también es manifiestamente discutible desde el punto de vista del respeto a las personas, ya que dicha amenaza se cierne sobre el proyecto de vida de una cantidad muy importante de miembros de la comunidad global, erosionando su dignidad y generando exclusión³⁵.

La diversidad cultural –como la diversidad biológica– constituye una barrera consistente ante el flujo descontrolado de información, tendiendo a generar espacios de protección y a limitar los efectos destructivos de la especulación³⁶. A partir de aquí, es imaginable un sistema institucional global donde las diferentes comunidades culturales articulan espacios normativos diversos, fragmentando territorialmente las reglas del juego y sometiendo a los flujos globales al control de estructuras democráticas locales que deben funcionar como impedimentos para la acumulación del poder, así como elementos para su fijación y la exigencia de responsabilidad en su ejercicio³⁷.

En mi opinión, antes que tender hacia un espacio normativo homogéneo que se corresponda con el mercado global –un imaginario gobierno global, parece adecuado fragmentar los espacios políticos, de modo que los centros opacos de poder encuentren límites análogos a la idea de *checks and balances* del federalismo norteamericano³⁸. Por decirlo con Roberto Toscano, no se pretende «un hipotético (y si no fuera hipotético, peligroso por lo que respecta a la diversidad y al pluralismo) «Gobierno mundial», sino más bien (...) una

³⁵ Así lo he defendido en «Circles of Consensus. The Preservation of Cultural Diversity through Political Processes», *Utrecht Law Review* n. 8-1, 2012, especialmente, pp. 94 ss.

³⁶ Sobre la analogía entre diversidad cultural y diversidad biológica, vid., por ejemplo, MORENO NAVARRO, I., «Quebra de los modelos de modernidad, globalización e identidades colectivas» *cit.*, p. 129; MOULINES, U., «Assaig d'una teoria (semi-)formal de les nacions», *Quaderns de filosofia i ciència* n. 36, 2006, p. 16; VELASCO, J. C., «El Multiculturalismo, ¿una nueva ideología? Alcance y límites de la lucha por las identidades culturales», en ALCINA FRANCH, J., y CALÉS BOURDET, M. (Eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo* *cit.*, p. 151.

³⁷ Nuevamente, vid. mi trabajo, «Circles of Consensus. The Preservation of Cultural Diversity through Political Processes» *cit.*, p. 97 ss.

³⁸ En este sentido, debo remitirme al texto clásico de James Madison en los *Federalist Papers*. He utilizado la edición catalana: MADISON, J., HAMILTON, A., y JAY, J., *El Federalista*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2009, pp. 430 ss. La idea de la separación de poderes como garantía del *status* de los ciudadanos se desarrolla junto con la propia tradición constitucional. En este sentido, deben mencionarse las obras clásicas de LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990; y MONTESQUIEU, Ch.-L. de Secondat, barón de, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985. A partir de esta matriz, se entiende que no hay libertad sin separación de poderes, como pone de manifiesto RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. Comentario introductorio al Título V», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978 (VIII)*, Edersa, Madrid, p. 672. En un sentido análogo, vid. ARAGÓN, M., «Constitución y derechos fundamentales», en CARBONELL, M., (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, México D. F., 2005, p. 218.

multiplicación de niveles de gobierno (...), por un lado, y de la introducción de elementos de transnacionalidad relacionados con una situación individual o de grupo, por otro»³⁹.

Se trata, en definitiva, de fragmentar la democracia, creando barreras para el flujo descontrolado de información. En este sentido, se deberían tender hacia la construcción de ámbitos diferentes y solapados, vinculados todos más o menos directamente a la idea de democracia –quizá a las ideas de democracia– en algunos de los espacios básicos –la ciudad, el poblado, la tribu, la nación, etc.–. Con esta idea de círculos de consenso diferenciados, superpuestos y mutuamente vinculados, me parece obvio que las estructuras globales de poder serían reconducidas hacia una limitación de sus posibilidades que redundaría en beneficio de los individuos y colectivos de la comunidad global.

Por otra parte, asimismo, se preservaría la diversidad, siendo ambas cosas imprescindibles para la construcción de un *status* de los miembros de la comunidad global que se corresponda con una idea contemporánea de dignidad humana, correspondiente a la situación de hecho que la realidad tecnológica y los condicionantes impuestos por el carácter limitado y vulnerable de los recursos naturales⁴⁰. Por otra parte, se conseguiría una cierta flexibilidad en relación con la respuesta de las comunidades de decisión –las democracias fragmentadas e interconectadas– ante la geografía variable de los problemas contemporáneos⁴¹.

Dichas democracias fragmentadas deberían integrarse en espacios políticos más amplios, de acuerdo con la idea de constitucionalismo multinivel, donde se combinarían las particularidades culturales de las diferentes comunidades, definidas de acuerdo con sus propias singularidades identitarias, con la necesidad de reglas de juego progresivamente más comprensivas, hasta el nivel global, fundado en una idea de derechos humanos que debería ser abierta al diálogo intercultural y ajustada a la disponibilidad de recursos. Para los miembros de la comunidad global ello representaría el disfrute de un *status* de ciudadanía múltiple, en el que se definirían dife-

³⁹ Vid. TOSCANO, R., «Interrogantes éticos sobre la globalización», en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 105.

⁴⁰ Creo que continua siendo relevante la idea de dignidad humana como fundamento del orden constitucional. Ello ha sido así en el caso del constitucionalismo de matriz estatal desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Vid., por ejemplo, BENDA, E., «El Estado social de Derecho», en BENDA, E., MAIHOFER, W., VOGEL, H.-J., HESSE, K., HEIDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 491-492; ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra-Nafarroako Unibertsitate Publikoa, Pamplona, 2007, p. 154; WEBER-FAS, R., *Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes*, Mohr-Siebeck, Tübinga, 2002, p. 79.

⁴¹ Vid. FREY, B. S., «Gobierno flexible para un mundo globalizado», en en CARBONELL, M., y VÁZQUEZ, R. (Eds.), *Globalización y Derecho cit.*, p. 179.

rentes niveles de pertenencia relacionados con elementos particulares de dicho *status*⁴².

4. DE DEMOCRACIAS FRAGMENTADAS A INSTRUMENTOS DE CONTROL GLOBAL

Así como el espacio de la toma de decisiones –que se corresponde con el Estado democrático en el constitucionalismo tradicional– debe fragmentarse, como he expuesto, para limitar y fijar las nuevas formas de poder que afloran en el proceso de integración de los mercados, el espacio del control del poder, por su parte, debe integrarse, ahora sí, de acuerdo con la propia dinámica del mercado global, o aquello que, eventualmente, le sustituyera como metabolismo social planetario. La idea fundamental aquí es que, si partimos de la comunidad global como dato y lo que pretendemos es dotarla de instrumentos de gobernanza que, en última instancia, garanticen el *status* de sus miembros, debemos tener, por una parte, un núcleo de consenso general y, por otra, parte instrumentos de control global que, reposando en el pluralismo político y cultural, sean capaces de garantizarlo ante los actores más poderosos del sistema⁴³.

El control del poder debería corresponderse con el espacio del poder. Como este ha trascendido las barreras del estado-nación, al menos, parcialmente, y lo seguiría haciendo en el modelo de pluralismo superpuesto, democracia fragmentada y constitucionalismo multinivel, que aquí proponemos, ello nos lleva a la necesidad, correspondientemente, de procesos e instituciones de control global. Debemos reconducir las formas proteicas del poder a un sistema de control integrado, que sea expresión y garantía del consenso social fundamental a escala global⁴⁴.

Con ello, extenderíamos, la idea de Estado de Derecho, vinculada a la garantía de *status* de los miembros de la comunidad política y a la limitación del poder, más allá del estado –también sería necesario hacerlo más acá–⁴⁵. En este sentido, podría ser interesante la idea de comunidad de Derecho que Walter Hallstein propuso para Europa y que nos permitiría responder adecua-

⁴² Sobre esta idea de ciudadanía múltiple, vid., por ejemplo, HELD, D., «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política» *cit.*, p. 83.

⁴³ Sobre la relación entre el control y la protección de los derechos de los miembros de la comunidad política –lo que vengo designando como el *status*–, vid. BIZEAU, J.-P., «Pluralisme et démocratie», *Revue de Droit Public* n. 2, 1993, p. 538.

⁴⁴ Vid. GUASTINI, R., «La Constitución como límite a la legislación», en CARBONELL, M. (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos cit.*, p. 235.

⁴⁵ En este sentido, como recuerda MICHAEL, L., en «El Estado constitucional cooperante», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle cit.*, p. 328, «el principio Estado de Derecho está menos ligado a la estatalidad de lo que podría pensarse a tenor de su historia».

damente tanto a la pluralidad de círculos de consenso, como a las necesidades de control en el nivel más elevado del sistema⁴⁶.

Desde el punto de vista institucional, deberían pensarse en estructuras de tipo jurisdiccional –o quizá, sistemas más complejos que incluyesen instituciones de legitimidad fundada en la representación y legitimidad fundada en el conocimiento experto–. En cualquier caso, la misión de tales estructuras globales de control debería ser el garantizar que los diferentes actores del sistema global se comportan de acuerdo con los condicionantes derivados del consenso sustantivo planetario y de la diversidad de sistemas institucionales en presencia.

Las fundamentos sustantivos para el ejercicio del control a ese nivel deberían basarse en la cultura de los derechos humanos, como acervo fundamental de la tradición constitucional occidental con capacidad para generar reglas inclusivas apropiadas para construir y preservar un *status* mínimo, dentro de la comunidad global, para todos sus miembros, acorde con la dignidad de la persona⁴⁷. Sin embargo, dicha apelación a los derechos humanos debería matizarse en un doble sentido. Por una parte, debería aceptarse el carácter dinámico del consenso en el marco de un diálogo intercultural serio, que permitiera aflorar las aportaciones de los acervos culturales distintos del hegemónico. Por otra parte, como hemos de ver en el siguiente apartado, la tradición de los derechos debería reformularse en términos de responsabilidad, de acuerdo con la aceptación pragmática de los límites que el carácter vulnerable y limitado de los recursos ponen a su satisfacción incondicionada.

5. ROMPIENDO CON EL PROGRESO: ADAPTACIÓN AL MEDIO Y RESPONSABILIDAD EN UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO

De la fragmentación del espacio de decisión y la integración del espacio de control, se deriva un constitucionalismo multinivel, reconstruido para responder a los problemas que plantea la integración de los mercados, tanto desde el punto de vista tradicional de la limitación del poder, como desde el punto de vista novedoso de la gestión de recursos vulnerables y limitados. En este

⁴⁶ En relación con ello, vid. STOLLEIS, M., «Europa como Comunidad de Derecho», *Historia constitucional* n. 10, 2009, pp. 475-485 <<http://www.historiaconstitucional.com>> (última consulta realizada el 29 de mayo de 2012).

⁴⁷ En relación con la idea de los derechos humanos como fundamento y vehículo para el diálogo intercultural y el establecimiento de consensos a nivel global, el punto de vista que aquí defiendo entiendo que está en sintonía –aunque quizá va más allá– con el consagrado en la Convención sobre la protección y promoción de diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO, particularmente, en su artículo 2 (cito a partir del documento oficial en castellano disponible en la siguiente página web: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>>, última consulta realizada el 28 de noviembre de 2011). La idea de la dignidad igual de todas las culturas entiendo que debe ser el fundamento para el diálogo intercultural y la creación de un espacio político efectivamente compartido.

sentido, como se habrá observado, he ido repitiendo la expresión «*status*» y he evitado cuidadosamente la expresión «derechos» para referirme a la posición jurídica fundamental de los miembros de la comunidad global que debería ser objeto de protección en el marco de un constitucionalismo multinivel como el que aquí se propone para responder a las amenazas que plantean las actuales estructuras de poder, desarrolladas a partir del proceso de integración de los mercados y las mejoras tecnológicas en el campo de la información y la comunicación.

Efectivamente, dada la situación de escasez y vulnerabilidad de los recursos naturales que alimentan el metabolismo global, según mi punto de vista debe romperse con la confianza utópica en un progreso permanente que siempre permita la satisfacción de unos derechos contruidos a partir de una idea abstracta de individuo, para aceptar que los derechos en el futuro van a tener que ejercerse de forma limitada y, sobre todo, de acuerdo con el principio de responsabilidad, derivado de las posibilidades tecnológicas de que disponemos los seres humanos, que ponen en riesgo la pervivencia de la vida como la conocemos y, en particular, la posibilidad de las generaciones futuras de disponer de recursos para satisfacer sus necesidades⁴⁸.

En este sentido, aceptando que el núcleo del consenso global debe fundamentarse en la tradición de los derechos humanos, creo que, asimismo, debe integrarse en él la idea de responsabilidad⁴⁹. Ello debe vincularse con la noción de justicia ambiental –que debe garantizar el acceso equitativo a los beneficios derivados del uso de los recursos naturales tanto a los miembros actuales de la comunidad global como a las generaciones futuras, así como un reparto igualmente equitativo de las cargas–, así como un cierto respeto por la vida,

⁴⁸ Sobre la idea de la vulnerabilidad y la escasez de los recursos naturales, deben articularse las propuestas en la línea de generar una comunidad global auténticamente inclusiva, abandonando una confianza ciega en el progreso tecnológico y la competencia en los mercados como medios para llegar a ello. He desarrollado esta idea en mi trabajo «Environmental Justice, Social Change and Pluralism», *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal* n. 1, 2012, pp. 18-29. Por otra parte, sobre la idea del Derecho como filtro social del desarrollo tecnológico y control social de los riesgos que supone, vid. CALLIES, Ch., *Rechtstaat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001, p. 65.

⁴⁹ En relación con la (posible) emergencia de un constitucionalismo de las responsabilidades, deben mencionarse algunos textos recientes, como la Constitución polaca de 1997, la suiza de 1999 o la Carta francesa del medio ambiente de 2005. La idea de responsabilidad se vincula con la idea de cuidado (*care*), aportada por el ecofeminismo, de acuerdo con un *ethos* consciente del impacto de nuestras acciones en el entorno y en los demás, que no solo delimita la libertad, la gran conquista de la modernidad europea, sino que implica un *status* comprometido de los miembros de la comunidad global. En relación con la noción de cuidado en el ecofeminismo, vid. HELD, V., *The Ethics of Care: Personal, Political, Global*, University of Oxford Press, Oxford, 2006. Finalmente, sobre la vulnerabilidad de la naturaleza y sus implicaciones éticas en relación con lo que aquí se propugna, vid. Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica cit.*, pp. 32 ss.

con el objetivo de desprender de los derechos las pulsiones predatoras fundadas en el individualismo posesivo y la religión del progreso, que debería sustituirse por una pragmática adaptación al medio⁵⁰. En este contexto, la idea de responsabilidad se vincula con la calidad de vida para ofrecer un marco de inclusión a los miembros de la comunidad global⁵¹. De este modo, el paradigma de los derechos que ha presidido el desarrollo de la tradición constitucional desde sus orígenes, debe ser reconducido a una idea de *status* que unifique las nociones de derechos, responsabilidades y bienestar.

Materialmente, ello debe desplegarse a través del uso del principio de precaución que debe garantizar la responsabilidad en las decisiones políticas de los diferentes actores del sistema y la protección de los más vulnerables ante los riesgos, garantizando, en última instancia, el *status* de los miembros de la comunidad⁵². Por otra parte, debe asegurarse que el grado de responsa-

⁵⁰ La idea de justicia ambiental fue desarrollada, en primer lugar, en Estados Unidos. Dicha noción emergió en los años ochenta, vinculada al movimiento de los derechos civiles y a las demandas en relación con la discriminación racial. El movimiento de la justicia ambiental recibió un impulso muy importante con el manifiesto *Principles of Environmental Justice*, redactado en el marco de la *First National People of Colour Environmental Leadership Summit*, que tuvo lugar en octubre de 1991 (vid., por ejemplo, BOSSELMANN, K., «Justice and the Environment: Building Blocks for a Theory on Ecological Justice», en BOSSELMANN, K., y RICHARDSON, B. J. (Eds.), *Environmental Justice and Market Mechanisms. Key Challenges for Environmental Law and Policy*, Kluwer, La Haya-Londres-Boston, p. 30). Desde entonces la idea de una distribución injusta de los daños ambientales –y, es cierto, la necesidad de la participación pública en los procesos de toma de decisiones que diseñan las políticas y las regulaciones ambientales– ha sido dominante en el debate sobre la justicia ambiental en Estados Unidos. En este sentido, la definición dada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) es la siguiente: «*Environmental Justice is the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies. EPA has this goal for all communities and persons across this Nation. It will be achieved when everyone enjoys the same degree of protection from environmental and health hazards and equal access to the decision-making process to have a healthy environment in which to live, learn, and work*» (disponible en <http://www.epa.gov/environmentaljustice/>), última consulta realizada el 1 de noviembre de 2011). Buenos ejemplos de esta perspectiva centrada en los daños son COLE, L. W., FOSTER, S. R., *From the Ground Up. Environmental Racism and the Rise of Environmental Justice Movement*, New York University Press, Nueva York-Londres, 2001, p. 66; o CUTTER, S. L., «Race, class and environmental justice», *Progress in Human Geography* n. 19-1, 1995, p. 112. Mi punto de vista es más comprensivo (vid. JARIA I MANZANO, J., «Environmental Justice, Social Change and Pluralism» *cit.*, pp. 18-29).

⁵¹ En relación con la idea de calidad de vida en este contexto, vid. JARIA I MANZANO, J., «Calidad de vida», *Diccionario de derechos humanos*, Alcalá: Universidad de Alcalá / Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2011 <http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/41>, y la bibliografía que allí se cita (última consulta realizada el 9 de octubre de 2012).

⁵² Sobre el principio de precaución, vid., entre muchos otros, BENEDICKSON, J., *Environmental Law*, Irwin Law, Ottawa, 1997, pp. 18 ss.; CECCHETTI, M., *Principi costituzionali*

bilidad se corresponda con el grado de poder, de modo que, contrariamente a lo que ahora sucede, los derechos no sirvan para proteger a los más poderosos ante los débiles, sino para garantizar la posición social de los más vulnerables⁵³. En este sentido, el centro de gravedad del sistema, donde se define el *status* de los miembros de la comunidad debe desplazarse de la idea fuerza de los derechos, a la idea fuerza de la responsabilidad⁵⁴.

6. CONCLUSIÓN

Los problemas planteados por la reconfiguración global de las relaciones de poder en la fase actual del proceso de acumulación capitalista, cuyo elemento principal es la integración de los mercados pueden y deben tener una respuesta desde el constitucionalismo. En mi opinión, dicha respuesta debe fundarse en tres elementos esenciales, que constituyen, asimismo una cierta actualización de los fundamentos del Derecho constitucional, a saber: la división de poderes –reconstruida alrededor de las ideas de democracias fragmentadas y círculos de consenso–, el control como garantía del *status* de los miembros de la comunidad –y la consiguiente necesidad de generar estructuras institucionales apropiadas para el nivel global–, y, finalmente, la protección de los miembros de la comunidad –si bien, redefiniendo el papel de los derechos e introduciendo el principio de responsabilidad como elemento regulador–.

per la tutela dell'ambiente, Giuffrè, Milán: 2000, pp. 169 ss.; DE SADELEER, N., «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución», *Revista de Derecho Ambiental* n. 25, 2000, pp. 9-38; ERBGUTH, W., *Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1987, pp. 92 ss.

⁵³ Vid. JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público* cit., p. 297.

⁵⁴ Vid. ROLSTON III, H., «Rights and Responsibilities on the Home Planet», *Yale Journal of International Law*, n. 18, 1993, p. 252.

Los principios constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su deseable implementación en el derecho de la Unión Europea

José Antonio Chamorro y Zarza

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: La actual globalización es un hecho que puede encontrar su antecedente en organizaciones supranacionales como la Unión Europea. Los Estados que integran esta organización han renunciado a parte de su soberanía financiera y tributaria cediéndola a la Unión Europea. En este contexto se defiende la conveniencia de que el Derecho de la Unión Europea asuma ciertos principios constitucionales del Derecho financiero y tributario como garantía de los ciudadanos.

Palabras clave: Globalización, Derecho financiero y tributario, Principios constitucionales, Derecho de la Unión Europea.

***Abstract:** The current globalization is a fact which antecedent may lie in supranational organizations like the European Union. The member States have renounced to a part of their fiscal sovereignty in favour of the Union. In this context, the author advances the adequacy of the adoption of fiscal principles with constitutional rank by the European Union's law as a citizen's rights guarantee.*

***Key words:** Globalization; Fiscal law; Constitutional principles; European Union's law.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La globalización y el trasvase de la capacidad de decisión. La Unión Europea. 3. Los principios constitucionales en las materias financiera y tributaria. 4. La Unión Europea y las normas en el ámbito del Derecho financiero y tributario. 5. Hacia una implantación de los principios financieros en el Derecho de la Unión Europea. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización, fenómeno que en los últimos tiempos goza de una presencia continuada en los medios de comunicación, requiere un estudio profundo y sosegado que, no obstante, puede conducir a resultados inciertos. Ello no es de extrañar si se tiene presente que, en sus actuales manifestaciones, es-

tamos ante un hecho relativamente novedoso que en sí mismo encierra un carácter polémico y polisémico¹.

La propia naturaleza de este trabajo obliga a establecer una delimitación del término «globalización» lo más precisa que sea posible con el objeto de abordar en términos claros el tema objeto del mismo. Así las cosas, es común en nuestra sociedad la percepción de que la globalización, al menos en su estadio más desarrollado, se refiere principalmente al ámbito económico². Tan es así que el mismo Diccionario de la Real Academia Española se refiere a la misma como «*Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*»³. A esta percepción común tampoco son ajenas las ideas transmitidas de manera continua a través de los medios de comunicación y que reducen este proceso a la, cada vez más frecuente, apertura de los mercados instrumentada mediante una disminución de las trabas de todo orden, y particularmente del fiscal, a la circulación de mercancías y capitales. Esta idea encuentra fundamento en una materialización concreta: los procesos de deslocalización de empresas desde países desarrollados hacia países cuyas normativas les favorecen con unos costes menores, bien de orden fiscal⁴ bien de orden social, y que devienen en un mayor margen de beneficios.

Los periodos de crecimiento en el llamado primer mundo han ido acompañados a su vez por un proceso migratorio cuantitativamente relevante que se ha visto frenado con la crisis actual y que ha puesto de manifiesto que la

¹ Sobre el carácter ambivalente del término *globalización* también se han pronunciado, entre otros, MERCADO PACHECO, P., «Estado y globalización. ¿crisis o redefinición del espacio político estatal?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 9/2005, p. 128 y ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», *Moneda y Crédito* nº 216/2003, p. 39.

² Cfr. CARBAJO VASCO, D., «Fiscalidad y comercio electrónico: Impacto de las TIC y de la globalización. El estado de la cuestión», *Economía Industrial* nº 338/2001, pp. 60 y 61; ALTWATER, E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización* (Traducción: C. Cabrera Luna), 1ª ed., Siglo XXI eds.-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM, México D. F., 2002, *passim*; ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», *cit.*, p. 39; CRUZ PADIAL, I., «Globalización económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria», *Crónica Tributaria* nº 109/2003, pp. 59 y 60; GARCÍA NOVOA, C., «Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro», *Mundo Fiscal* nº 1/2006, p. 13.

³ *Voz globalización*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001.

⁴ CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Globalización económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero* nº 114/2002, pp. 246 a 249; BOKOBO MOICHE, S., «La globalización y el Derecho Tributario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 9/2005, pp. 100 y 101; CHECA GONZÁLEZ, C., «Globalización económica y principios tributarios», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* nº 22/2010, pp. 80, 81, 87 y 88; ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», *cit.*, pp. 46, 47, 56, 71.

globalización, desde el punto de vista social, se encuentra con límites precisos y rígidos en periodos de dificultades económicas.

2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRASVASE DE LA CAPACIDAD DE DECISIÓN. LA UNIÓN EUROPEA

La globalización, en cualquiera de las vertientes que se tome en consideración, supone un proceso en continuo avance⁵ que, con independencia de que se produzca una ralentización transitoria fruto de momentos de crisis, implica un menoscabo de la soberanía estatal en el sentido más clásico⁶. Uno de los efectos de este fenómeno globalizador es, sin duda, la transferencia de la capacidad de adoptar ciertas decisiones desde el Estado a otro tipo de entidades de ámbito transnacional, estas últimas no siempre bajo el deseable control de órganos democráticos⁷, con la consiguiente afectación, en algunos casos, de la esfera individual de los ciudadanos, hasta ahora bajo el amparo de las Constitucionales nacionales.

En consecuencia, se puede admitir que un efecto claro de la globalización, y especialmente en el ámbito económico, es el transvase de los poderes de decisión hacia instancias externas al Estado y, en algunos supuestos, supraestatales cuando los propios Estados intervienen de manera cooperativa en la adopción de ciertas políticas⁸. Este último es el caso de, entre otras, determinadas organizaciones supranacionales de ámbito regional cuyo espíritu de una máxima integración de varios Estados puede ser el paradigma de una avanzadilla del fenómeno globalizador. En este sentido uno de los ejemplos

⁵ ALTVATER E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, cit., pág. 4; MERCADO PACHECO, P., «Estado y globalización. ¿crisis o redefinición del espacio político estatal?», cit., p. 128.

⁶ CARBAJO VASCO, D., «Fiscalidad y comercio electrónico: Impacto de las TIC y de la globalización. El estado de la cuestión», cit., pp. 60 a 62; ALTVATER E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, cit., p. 5; BOKOBO MOICHE, S., «La globalización y el Derecho Tributario», cit., págs. 101 y 102; GARCÍA NOVOA, C., «Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro», cit., p. 6; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur Quod. Anuario del Pensamiento Crítico*, nº 2/2010, p. 188; MORCILLO MORENO, J., «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada», en *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, p. 449.

Por su parte MERCADO PACHECO, P. también se refiere a la pérdida de soberanía del Estado pero restringiéndolo a la concepción de Estado del Bienestar, pues a su juicio la globalización «rompe la cadena fundamental *Estado-nación-mercado*» («Estado y globalización. ¿crisis o redefinición del espacio político estatal?», cit., p. 129).

⁷ Vid., ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», cit., p. 84 y, referido al ámbito tributario, BOKOBO MOICHE, S., «La globalización y el Derecho Tributario», cit., p. 102.

⁸ MORCILLO MORENO, J., «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada», cit., p. 450.

más destacados, por diferentes motivos, es precisamente el de la Unión Europea (UE)⁹.

Es manifiesto el origen esencialmente económico de la UE tal como lo evidencian sus tres Tratados Fundacionales¹⁰. Y a pesar de su *vis* expansiva de los últimos tiempos, abarcando aspectos que en el momento de la fundación eran meramente utópicos, siguen estando presentes de manera muy destacada sus orígenes en el ámbito de las libertades económicas¹¹. Un repaso al contenido de los vigentes Tratados de la Unión Europea (TUE) y de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) pone de manifiesto tal característica originaria, siendo especialmente significativo el artículo 3 del TFUE en el que se relacionan las materias sobre las que tiene competencia exclusiva la UE¹².

⁹ ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», *cit.*, pp. 85 a 87 y, de manera ambivalente, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *cit.*, p. 190.

¹⁰ El primero de los Tratados, el Tratado de la CECA de 18 de abril de 1951, tiene su origen en la Declaración de 9 de mayo de 1950 realizada por Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de la República francesa, en la que proponía la puesta en común de la producción del carbón y del acero de Francia y Alemania bajo el control de una Alta Autoridad común, constituyendo una organización abierta a la adhesión de otros países europeos (Disponible en: <http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm> Última consulta: 1.10.2012). Posteriormente se aprobaron otros dos Tratados: el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (también conocido como Tratado Euratom), firmados ambos en Roma el 25 de marzo de 1957.

¹¹ Así, se advierte la preeminencia de los aspectos económicos en sus distintas manifestaciones (unión aduanera, mercado interior, comercio, agricultura, ganadería, pesca, moneda, etc.), que está presente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Vid. *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea nº C83, de 30 de marzo de 2010. Como se ha afirmado, «lo jurídico, lo político y lo económico están indisolublemente unidos en el Derecho comunitario (...)» (MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El *Derecho Financiero constitucional* de la Unión Europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero* nº 109-110/2001, p. 118).

¹² Artículo 3: «1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

- a) la unión aduanera;
- b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;
- c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;
- d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;
- e) la política comercial común.

2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.»

En cuanto a las competencias compartidas con los Estados, cabe señalar que la mayor parte de ellas están en la misma órbita económica, tal como se desprende del tenor del párrafo 2 del artículo 4:

La incidencia de las materias asumidas por la UE en el campo tributario es innegable, pero también es incuestionable que los Tratados no establecen una asunción expresa de competencias fiscales con carácter general. La atribución de competencias fiscales a la UE se produce en el contexto de políticas concretas que le son atribuidas por los Tratados o, dicho de otro modo, las competencias tributarias están en función de las materias a las que se conectan. En definitiva, el aspecto tributario está subordinado y actúa como instrumento dirigido a la consecución de los objetivos sectoriales establecidos en los Tratados de la UE¹³.

En cualquier caso, dejando de lado la conexión que las materias atribuidas a la UE tienen con el campo financiero y tributario, lo realmente destacable es que los Estados miembros efectúan una cesión de soberanía, con mayor o menor intensidad, que afecta a las mismas. No hay que olvidar en este sentido que el TFUE excluye, con carácter general, la capacidad estatal de legislar sobre las competencias atribuidas a la UE con el carácter de exclusivas y, en el caso de las competencias compartidas con los Estados, la UE adquiere una capacidad legislativa con cierta preeminencia¹⁴.

Artículo 4: «2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- a) *el mercado interior*;
- b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;
- c) *la cohesión económica*, social y territorial;
- d) *la agricultura y la pesca*, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- e) el medio ambiente;
- f) *la protección de los consumidores*;
- g) *los transportes*;
- h) *las redes transeuropeas*;
- i) *la energía*;
- j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;
- k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado.»

¹³ Vid. al respecto, y a título de ejemplo, los siguientes preceptos del TFUE: artículo 28 (arancel aduanero común); artículos 40, 43 y 44 (política agrícola y pesquera); artículo 65 (movimientos de capitales); artículos 110 a 113 (mercado interior) o artículo 192 (política de medio ambiente).

¹⁴ La redacción del artículo 2 TFUE es clara al respecto:

Artículo 2: «1. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.

2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. *Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.»*

Consecuentemente, el proceso integrador iniciado en la UE conllevará, en estos términos, la cesión de competencias y un transvase, hacia los órganos comunitarios, de la capacidad de decisión sobre las materias asumidas. Se revelaría así una proyección del efecto globalizador que cabe atribuir a la UE en tanto que las decisiones adoptadas en determinadas materias lo son por órganos supraestatales y, lo que es más significativo, de efectos vinculantes inmediatos para los Estados.

3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS MATERIAS FINANCIERA Y TRIBUTARIA

La constitucionalización de ciertos principios en materia financiera y tributaria, al igual que ocurre con los establecidos para otras ramas del Derecho, implica en algunos casos un mandato explícito al legislador ordinario y, en otros, una regla que ha de presidir o inspirar la legislación en una materia. Pero de todo ello, lo más sobresaliente es que una conculcación de uno de los principios constitucionales por el legislador legitimaría a determinados sujetos para acudir al Tribunal Constitucional solicitando una declaración de inconstitucionalidad, en su caso, de la norma transgresora¹⁵.

Por consiguiente, se produce una limitación en la capacidad de actuar o, si se quiere, una constricción del libre albedrío de los poderes públicos, y en especial del legislativo, al tener que someter su actuación a los principios señalados por el constituyente y cuyo fin es, por lo general, la protección de la esfera de derechos individuales de los ciudadanos¹⁶.

En este sentido, y dentro del espacio europeo, la Constitución española quizá sea el texto fundamental más prolijo en la proclamación de principios relativos al ámbito financiero público. Así lo demuestran el artículo 31, al contemplar hasta seis principios en materia tributaria (generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad y reserva de ley) y tres en materia de gasto público (igualdad, eficiencia y economía)¹⁷; el artículo 133, con un principio que afecta a las dos vertientes de

¹⁵ Vid. MARTÍN QUERALT, J. y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 22ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, p. 96.

¹⁶ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea», *cit.*, p. 112.

¹⁷ Artículo 31: «1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.»

la actividad financiera pública (reserva de ley para establecer tributos y efectuar gastos)¹⁸, una reiteración o confirmación del más genérico del artículo 31.3; y los artículos 134 (reserva de ley, anualidad, universalidad) y 135 (estabilidad), este último recientemente reformado, señalando cuatro principios en materia presupuestaria¹⁹.

No es necesario ahora insistir en la importancia de estos principios como guía inspiradora de la actuación del legislador, en primer término, y del resto de poderes del Estado en un ámbito tan sensible a los ciudadanos.

Ahora bien, con independencia de que este grupo de principios del ordenamiento constitucional español no esté presente en toda su extensión en otros países de la UE, sí puede establecerse, no obstante, un denominador común como es la asignación a la ley, por buena parte de los textos constitucionales europeos, de un papel principal en el establecimiento de los tributos²⁰.

Esta particularidad por la que se encomienda a la ley una relevante función en la exigencia de los tributos, está directamente relacionada tanto con el principio de auto-imposición en materia tributaria²¹ como con el principio de publicidad en la creación de aquéllos. Es decir, que han de ser los representantes de los ciudadanos, mediante la discusión y confrontación de las diversas opiniones representadas, los que decidan el establecimiento

¹⁸ Artículo 133: «1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, *mediante Ley*.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, *de acuerdo con la Constitución y las Leyes*.

3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse *en virtud de Ley*.

4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos *de acuerdo con las Leyes*.»

¹⁹ Artículo 134: «1. *Corresponde* al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y *a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación*.

2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter *anual*, incluirán la *totalidad de los gastos e ingresos* del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. (...)

7. La *Ley de Presupuestos no puede crear tributos*. Podrá modificarlos cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea.»

Artículo 135: «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al *principio de estabilidad presupuestaria*. (...).»

²⁰ Con diferentes y lógicos matices, recogen el principio de reserva de ley tributaria las Constituciones de Austria (artículo 13.2), Bélgica (artículos 170.1 y 2), Dinamarca (artículo 43), Eslovaquia (artículo 59.2), Eslovenia (artículo 147), Estonia (artículo 113), Francia (artículo 34), Grecia (artículo 78.1), Lituania (artículo 127), Luxemburgo (artículo 99), Países Bajos (artículo 104), Polonia (artículo 217), Portugal (artículo 103.2), Rumanía (artículo 139) y Suecia (artículo 3 del Capítulo 8 en relación con el artículo 1 del Capítulo 9).

²¹ En este sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español siendo especialmente significativas las sentencias 17/1987 (F. J. 4) y 185/1995 (F. J. 3).

de tributos²². Se trataría, además, de proteger a través de ciertos principios constitucionales, entre otros, el derecho a la propiedad privada²³, reconocido así mismo en el artículo 33.1 del Texto constitucional.

No ha de sorprender, por tanto, esta conexión entre la ley, como expresión máxima de la soberanía nacional, y el campo tributario si se tiene en cuenta que las primeras asambleas medievales, precedentes remotos de los actuales parlamentos, surgieron vinculadas precisamente al otorgamiento de contribuciones a la Corona²⁴.

En fin, no es posible concluir esta breve alusión a los principios de orden tributario sin destacar el papel preponderante que, desde el punto de vista de la justicia tributaria, desempeña el principio de capacidad económica al cual vinculó el Tribunal Constitucional, en temprana jurisprudencia, el deber de contribuir a los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 de la Constitución²⁵.

4. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS NORMAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

El origen eminentemente económico de la UE²⁶ implica la existencia en los Tratados de una abundancia de normas con incidencia, directa o indirecta, en el ámbito financiero y tributario. Sin entrar a realizar un análisis exhaustivo ni establecer una relación completa de las citadas reglas –no es éste el lugar oportuno– sí es pertinente, sin embargo, destacar el importante peso de las mismas en la normativa europea. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en el TFUE con el establecimiento expreso de una serie de normas fiscales contenidas en el Capítulo 2 del Título VII integrado por los artículos 110 a 113.

La lectura de estos preceptos deja clara la subordinación de estos mandatos de naturaleza fiscal al objetivo principal de la UE²⁷ como es la salva-

²² Vid. BAEZ MORENO, A., «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Crónica Tributaria* nº133/2009, p. 63.

²³ BAEZ MORENO, A., «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *cit.*, p. 65. Vid. también SOLER ROCH, M. T., *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos*, Lección Inaugural. Curso Académico 2011-2012, Universidad de Alicante, p. 10.

²⁴ Cfr. MARTÍN QUERALT, J. y Otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, *cit.*, pág. 727.

²⁵ Así en la sentencia 27/1981 (F. J. 4), abundantemente reiterada en la jurisprudencia del Alto Tribunal.

²⁶ JIMENA QUESADA, L., «La Carta Social Europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* nº 13/2009, p. 393.

²⁷ Así se deriva de los artículos 110 a 112 TFUE, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 110: «Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que gravan directa o indirectamente los productos nacionales similares.

guardia de un mercado único. Tal como se ha avanzado ya, las disposiciones fiscales del Tratado actúan como un mero instrumento, subordinado a la tutela del mercado europeo, a través de la prohibición del establecimiento de trabas de orden fiscal en el seno de la UE o mediante la implantación de un arancel aduanero común²⁸.

Ahora bien, como es conocido, las disposiciones fiscales no se limitan solamente a los aspectos reseñados sino que algunas de ellas van más allá en la medida en la que van a incidir de manera aún más directa en la normativa interna de los Estados miembros en este ámbito, tal como se colige de los términos contenidos en el artículo 113 TFUE²⁹. Así, en virtud de esta norma los Estados miembros deberán adoptar medidas legislativas de derecho interno, de conformidad con las pautas marcadas por las reglas adoptadas por el Consejo de la UE, dirigidas a armonizar sus respectivos ordenamientos referidos

Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.»

Artículo 111: «Los productos exportados al territorio de uno de los Estados miembros no podrán beneficiarse de ninguna devolución de tributos internos superior al importe de aquellos no que hayan sido gravados directa o indirectamente.»

Artículo 112: «En cuanto a los tributos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y los otros impuestos indirectos, no se podrán conceder exoneraciones ni reembolsos a las exportaciones a los demás Estados miembros ni imponer gravámenes compensatorios a las importaciones procedentes de los Estados miembros, a menos que las medidas proyectadas hubieren sido previamente aprobadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión, para un período de tiempo limitado.»

Complemento de estas normas es también el artículo 30:

Artículo 30: «Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal.»

²⁸ Artículo 28: «1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países.»

La determinación de los derechos del citado arancel corresponde al Consejo, de conformidad con el artículo 31 TFUE: Artículo 31: «El Consejo, a propuesta de la Comisión, fijará los derechos del arancel aduanero común.»

En la actualidad el Arancel Aduanero Común se regula en los artículos 33 y siguientes del *Reglamento (CE) n° 450/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado)*. *Diario Oficial de la Unión Europea* n° L145 de 4-6-2008.

²⁹ Artículo 113: «El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia.»

a una serie de figuras impositivas concretas y, en todo caso, reiterando la función instrumental en orden al mejor funcionamiento del mercado interior.

En fin, para no abundar más en esta cuestión, es menester recordar una vez más que el TFUE contiene otras disposiciones que, refiriéndose a diferentes ámbitos, repercuten no obstante en parcelas del campo financiero y tributario tal como ocurre en el área del *capital y pagos* (artículo 65 TFUE), del *medio ambiente* (artículo 192.2 a) TFUE) o de la *energía* (artículo 194.3 TFUE), entre otros, junto a la política de *subvenciones y ayudas de Estado* (artículos 40.2, 42 o 107.2 TFUE, por ejemplo).

5. HACIA UNA IMPLANTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FINANCIEROS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Dado el grado de desarrollo del Derecho de la UE y su expansión hacia otros campos que superan el estrictamente económico, único presente en sus inicios, no resulta baladí averiguar si es necesaria la implementación en el ordenamiento de la UE de una serie de principios ordenadores propios del ámbito financiero y tributario. O, si se quiere, cabría preguntarse si es posible la traslación de principios constitucionales de esta materia, presentes en ordenamientos nacionales, al ámbito de la UE.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que el propio TUE crea una ciudadanía europea³⁰ que atribuye a todos los nacionales de los Estados miembros y la hace compatible con su nacionalidad. Este salto cualitativo y, a pesar de las apariencias, de enorme trascendencia que se pone de manifiesto con el reconocimiento de una serie de derechos de los ciudadanos de la Unión³¹, ahonda en las particularidades de la UE en el campo del Derecho Internacional³².

³⁰ Se trata del artículo 20.1 TFUE, que se corresponde con el antiguo artículo 17 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

Artículo 20: «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.»

³¹ Es el párrafo 2 del artículo 20 TFUE el que alude de manera expresa a algunos de estos derechos:

Artículo 20: «2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:

a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;

b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Es muy importante no olvidar a este respecto que, junto a los derechos recogidos en los Tratados de la UE, el artículo 6 TUE *reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados, prevé la adhesión de la UE al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* e integra como principios generales del Derecho de la UE los derechos fundamentales que garantiza el citado Convenio y *los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*³³.

Ahora bien, si llega a tal medida la incidencia del ordenamiento de la UE en los derechos de los ciudadanos, parece oportuno que también tengan algún grado de influencia las tradiciones garantistas de los derechos nacionales europeos en el ordenamiento financiero y tributario de la UE mediante la integración expresa de sus principios.

Hay que tener en cuenta que el sector del ordenamiento jurídico del que tratamos puede repercutir en distintos derechos de los ciudadanos siendo uno de ellos el derecho a la propiedad³⁴, reconocido por la artículo 17 de la CDFUE³⁵. Pero no sólo se trataría de ese derecho: entre otros también están

Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos.»

³² ROLDÁN BARBERO, J., «Soberanía del Estado y Derecho de la Unión Europea», RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. y PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, T. II, Universidad de Sevilla-Universidad de Córdoba-Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 1216. El mismo Consejo de Estado entiende que «*La Unión Europea, (...) no es una organización internacional, sino una entidad jurídico-política de un género nuevo, que no puede ser analizada con las categorías acuñadas para explicar las relaciones entre los Estados en el marco creado por los Tratados de Westfalia.*» (*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008*, pág. 338. (Disponible en: <<http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>> Última consulta: 3.5.2012).

³³ Como ha señalado MORCILLO MORENO, J., la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* ya recoge una serie de principios de naturaleza administrativa como el principio de cooperación («Una crisis marcada por la globalización...» *cit.*, p. 446).

De igual forma prevé algunos principios penales, como los señalados en los artículos 49 y 50 de la Carta. Por otro lado, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. ya se había referido a la existencia de unos principios del Derecho financiero y tributario comunes a los Estados miembros de la Unión Europea y aplicables en este ámbito («*El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea*», *cit.*, pp. 118-119). También en este sentido, SOLER ROCH, M. T., *Deber de contribuir y derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 8.

³⁴ Entendido el derecho de propiedad en un sentido amplio, esto es, posesión de todo tipo de bienes y derechos y no sólo en su concepción como derecho real. Vid. SOLER ROCH, M. T., *Deber de contribuir y derecho de propiedad...*, *cit.*, p. 10.

³⁵ Hay que tener en cuenta también la adhesión de la UE al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en cuyo Protocolo Adicional Primero, firmado en París el 20 de marzo de 1952, se reconoce la protección

presentes los derechos específicos de *igualdad en el tratamiento fiscal* o a *contribuir según la riqueza*, que se proyectan en los correspondientes principios de *igualdad tributaria* o de *capacidad económica*, esenciales en la materia.

Reconociendo la ausencia, con carácter general, de principios específicos del orden financiero y tributario en el ordenamiento de la UE³⁶, no obstante se infiere uno de ellos de la redacción del artículo 21 de la CDFUE: así, se implementaría el *principio de igualdad en materia tributaria* o, si se quiere, de *no discriminación*, a tenor de lo previsto en el párrafo 1 del citado precepto al prohibir *toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de (...) patrimonio*.

Este principio, por cierto, puede hallarse presente tempranamente en los Tratados y en el Derecho de la UE al impedir un tratamiento fiscal discriminatorio hacia los productos, bienes, servicios o personas procedentes de otro Estado miembro. Bien es verdad que su formulación, como ya se ha apuntado antes, no iría dirigida en la mayor parte de los casos tanto a la protección de la igualdad o a evitar la discriminación en materia tributaria de las personas como un valor susceptible de protección en sí mismo, sino más bien tendría por objeto evitar por esa vía distorsiones indebidas e indeseables en el funcionamiento del mercado interno, tal como reconoce el propio ordenamiento comunitario. La diferente finalidad en ambos casos es obvia, aun cuando sus efectos podrían ser equivalentes.

Por otra parte, atendiendo tanto a los valores en los que se fundamenta³⁷ como a la estructura institucional de la UE, que cuenta con un Parlamento

de la propiedad salvaguardando, como es natural, el derecho de los Estados a exigir tributos. Su redacción es la siguiente:

Artículo 1: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.»

³⁶ No es de esta opinión MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. quien entiende, con matices, que sí existen tales principios, siendo de construcción jurisprudencial («El *Derecho Financiero constitucional* de la Unión Europea», *cit.*, sobre todo pp. 154 y siguientes). No obstante reconoce también que algunos principios tributarios como el de capacidad económica o de no confiscatoriedad reconocidos por Constituciones de los Estados miembros han quedado al margen de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (*cit.* pág. 160 y Nota 180.).

³⁷ Artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.»

elegido democráticamente³⁸, otro de los principios que debería estar presente en su Derecho sería el de auto-imposición que, en los ordenamientos estatales, se vincula, como ya se ha establecido, al principio de reserva de ley en materia tributaria. Ahora bien, el déficit democrático en este sentido es manifiesto si tenemos en cuenta que los actos legislativos no se pueden adoptar exclusivamente por el Parlamento sino que ha de concurrir también la voluntad del Consejo, órgano que representa a los Gobiernos de los Estados miembros, estando reducida la actuación del Parlamento en muchos casos a una mera función consultiva. A ello hay que añadir que la mayoría de las disposiciones en materia tributaria son Directivas lo que implica que, en caso de intervención de los Parlamentos estatales para su trasposición al derecho interno, su actuación se verá mediatizada por el contenido de éstas en tanto que han de limitarse a cumplir con sus prescripciones. En otros términos, se vulnera el principio democrático de legalidad y, por tanto, de auto-imposición³⁹.

6. CONCLUSIONES

Con carácter general se puede mantener que las acciones sucesivas que han dado lugar a la UE y que, atendiendo a su carácter dinámico, siguen abiertas y en progreso, son una manifestación de un proceso mucho más amplio como es la globalización.

La UE es ejemplo paradigmático de ello con la integración de diferentes Estados, la cesión parcial de soberanía por estos y la creación de órganos comunes supranacionales a los que se dota de capacidad para producir normas con efectos vinculantes en todos los Estados miembros.

La cesión de soberanía estatal a favor de estos órganos de la UE en el ámbito del Derecho financiero y tributario, la proclamación de una ciudadanía europea y la asunción de determinados derechos de los ciudadanos por la UE junto a la cada vez mayor incidencia, previsiblemente, del Derecho de la UE sobre los ciudadanos, plantea la necesidad de trasladar a ese ámbito normativo, y en la materia que nos ocupa, los principios presentes en las Normas constitucionales estatales europeas.

La lectura tanto del TUE como del TFUE pone de manifiesto la inexistencia de un reconocimiento expreso de los principios más básicos del Derecho tribu-

³⁸ El artículo 10 del TUE establece:

Artículo 10: «1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.

2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. (...)»

³⁹ Vid. ORÓN MORATAL, G., «Consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero* n° 97/1998, pp. 78 y 79; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea», *cit.*, pp.155 y 160 y CHECA GONZÁLEZ, C., «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero* n° 145/2010, pp. 23 a 25.

tario: capacidad económica, generalidad o reserva de ley, esta última, entendida en su sentido de auto-imposición. Aunque es cierto que puede extraerse un principio no menos importante como el de no discriminación en materia tributaria.

No obstante, se detecta un déficit democrático ya que el Parlamento europeo no asume plenamente las funciones que desempeñan en esta materia los Parlamentos estatales como los órganos de representación de los ciudadanos. Tampoco se arbitra una intervención más profunda de los legislativos nacionales en la adopción de las decisiones que afectan a los ciudadanos en tanto que, cuando corresponde, se limitan a trasponer las normas comunitarias.

Finalmente, atendiendo al carácter garantista de los principios constitucionales del campo financiero y tributario, sería deseable su plasmación expresa al más alto nivel y ello por una razón muy sencilla: si las instituciones de la UE pueden afectar a la esfera de los derechos individuales de los ciudadanos deberán hacerlo respetando al máximo sus garantías de acuerdo, por cierto, con la tradición constitucional europea.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBI IBÁÑEZ, E., «Estado y Globalización», *Moneda y Crédito* nº 216/2003, pp. 39-104.
- ALTVATER, E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización* (Traducción: C. Cabrera Luna), 1ª ed., Siglo XXI eds.-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM, México D. F., 2002.
- BÁEZ MORENO, A., «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Crónica Tributaria* nº133/2009, pp. 59-82.
- BOKOBO MOICHE, S., «La globalización y el Derecho Tributario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* nº 9/2005, pp. 59-112.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Globalización económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?» *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero (REDF)* nº 114/2002, pp. 245-288.
- CARBAJO VASCO, D., «Fiscalidad y comercio electrónico: Impacto de las TIC y de la globalización. El estado de la cuestión», *Economía Industrial* nº 338/2001, pp. 59-70.
- CHECA GONZÁLEZ, C., «Globalización económica y principios tributarios», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 22/2010, pp. 79-113
- CHECA GONZÁLEZ, C., «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero (REDF)* nº 145/2012, pp. 5-40.
- CONSEJO DE ESTADO, *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008.*

- CRUZ PADIAL, I., «Globalización económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria», *Crónica Tributaria (CT)* n° 109/2003, pp. 59-77.
- GARCÍA NOVOA, C., «Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro», *Mundo Fiscal* n° 1/2006.
- JIMENA QUESADA, L., «La Carta Social Europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n° 13/2009, pp. 389-407.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero (REDF)* n° 109-110/2001, pp. 111-161.
- MARTÍN QUERALT, J. y Otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 22ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- MERCADO PACHECO, P., «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* n° 9/2005, pp. 127-150.
- MORCILLO MORENO, J., «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada», BLASCO ESTÉVEZ, A. (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 445-459.
- ORÓN MORATAL, G., «Consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero (REDF)* n° 97/1998, pp. 53-98.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.
- ROLDÁN BARBERO, J., «Soberanía del Estado y Derecho de la Unión Europea», RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. y PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, T. II, Universidad de Sevilla-Universidad de Córdoba-Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1215-1232.
- SÁNCHEZ BARRILLAO, J. F., «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur Quod. Anuario del Pensamiento Crítico*, n° 2/2010, pp. 184-201.
- SOLER ROCH, M. T., *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de protección de los derechos humanos*, Lección Inaugural. Curso Académico 2011-2012, Universidad de Alicante.

Consideraciones sobre la incidencia de la crisis económica global en el Estado constitucional

Gema Marcilla Córdoba

Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: Es un tópico señalar que el Derecho camina detrás de la realidad. Sin embargo, a día de hoy, la impresión del jurista e incluso del ciudadano de a pie no es simplemente que el Derecho se desfasa rápidamente o que responde tardíamente a los problemas; la sensación es más bien la de que los ordenamientos jurídicos nacionales, se encuentran absolutamente desbordados por los problemas y están dejando de ser efectivos en tanto que instrumentos de regulación. El desbordamiento del Derecho ante los nuevos problemas, en buena medida consecuencia de la globalización y más concretamente, de la crisis económico-financiera está repercutiendo de manera significativa en las Constituciones de muchos Estados europeos, como por ejemplo, mediante la consagración a nivel constitucional de la regla de estabilidad presupuestaria.

Palabras claves: Constitución, globalización, crisis económica, banco central, recesión, Unión Europea.

Summary: *It is a topic to note that the law walks behind reality. However, today, the impression of the lawyer and even the ordinary citizen is not simply that the law lags or responding quickly to problems late, the feeling is rather that national laws are absolutely overwhelmed by the problems and are becoming less effective as instruments of regulation. The overflow of the law to new problems, largely due to globalization and more specifically, the economic and financial crisis is impacting significantly on the constitutions of many European states, for example, by enshrining at constitution level the rule of budgetary stability.*

Key words: *Constitution, globalization, economic crisis, central bank, recession, European Union.*

Sumario: 1. Introducción.—2. La globalización: una cuestión relevante en la reflexión sobre el Estado constitucional de Derecho.—3. La crisis económica «global»—4. La denominada constitucionalización de la crisis económica.—5. ¿Quién será el soberano en este nuevo orden constitucional?

1. INTRODUCCIÓN

Quizás no sea exagerado afirmar que, al menos en el entorno de la Unión Europea, se está abriendo un nuevo período constituyente cuyo principal objetivo es el de hacer frente al nuevo *Crash*. Es curioso que las normas cons-

titucionales, siendo las de más difícil modificación por la severidad de los procedimientos que su reforma requiere, se estén convirtiendo en un instrumento de primer orden para abordar la crisis económica. De entrada, las crisis económicas son problemas coyunturales, y no parece que tenga que ser la constitución, una norma de consenso y con vocación de estabilidad en el tiempo, sino la ley, la que deba dar respuesta o solución a problemas dependientes de las circunstancias de una determinada etapa. Pero además, las decisiones sobre las vías de solución a las crisis económicas suelen basarse en convicciones y posiciones políticas e ideológicas muy diversas y en muchos casos totalmente contrapuestas. Es paradigmática, en este sentido, la reforma de los artículos 109 y 115 de la Constitución alemana¹, a la que siguió, en el segundo trimestre de 2011, la del artículo 135 de nuestra Constitución². En realidad, la reforma de nuestra Constitución fue un intento de mostrar compromiso ante los socios europeos más solventes, ya que ulteriormente tendrá lugar la declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro de 9 de diciembre de 2011, que insta a reformas de la Constitución (o de norma de nivel equivalente) para introducir el concepto de estabilidad presupuestaria; declaración que es previa al Proyecto de Tratado Intergubernamental sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, acordado por el Consejo Europeo en su reunión de 30 de enero de 2012.

Cabría decir que asistimos hoy, remedando el título de la monografía del profesor de Derecho Administrativo EMBID IRUJO, a la «constitucionalización de la crisis económica»³. En este contexto, el propósito del trabajo es, en primer lugar, dar cuenta sumariamente de las complejas relaciones entre la globalización y el Derecho del Estado constitucional, así como, en segundo lugar, plantear la crisis económico-financiera, como secuela de un proceso globali-

¹ La Ley Fundamental de Bonn se reforma el 29 de julio de 2009 para detener el endeudamiento, no sólo de la Federación, sino también de los Länder. De acuerdo con el artículo 109.3 de la Constitución alemana, la Federación no puede tener ingresos por créditos superiores al 0,35% del PIB. En el caso de los Länder, por su parte, no cabe exceptuar el equilibrio presupuestario.

² La reforma del artículo 135 de la CE se tramitó por el procedimiento de urgencia y de lectura única a finales de agosto y se publicó en septiembre de 2011 (BOE núm. 233, del 27 de septiembre de 2011). En el propio preámbulo se advierte de la crisis económico-financiera como razón impulsora de la reforma: «La actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia (el de estabilidad presupuestaria) a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo». Vid. sobre la reforma del artículo 135 de la CE, el número 29 de la revista *Teoría y realidad constitucional*, UNED, 2012, dedicado monográficamente al tema de la reforma constitucional y, en especial, a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria.

³ EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.

zador ante el que el Derecho (del Estado constitucional) se está preparando para hacer frente.

La crisis económica, en Europa, está desvelando al menos dos dramas de nuestras sociedades: primero, una creciente tensión entre la política y la economía, que pone en duda si la soberanía está en manos de los Estados o en realidad son los Mercados quienes tienen el poder social. Y, segundo, un desgaste de la democracia representativa que se aleja progresivamente del ideal deliberativo, mostrando una distancia cada vez mayor entre los ciudadanos y sus representantes, a los que ya es usual llamar miembros o integrantes de la «clase política».

El trabajo concluye, si así pudiera decirse de un análisis breve, con una pregunta abierta: si la *constitucionalización de la crisis* acabará poniendo en negro sobre blanco los principios del neoliberalismo como principios del orden constitucional o si, por el contrario, caben alternativas realistas, ya se trate de luchar por un poder público global (constitucionalismo global *strictu sensu* a lo FERRAJOLI); ya se intente una respuesta menos ambiciosa y más continuista, manteniendo todo lo posible el protagonismo político del Estado nación, como nivel más adecuado para garantizar los derechos de los ciudadanos. Se trataría, en suma, de conservar el ideal regulativo del principio de legalidad o Estado de Derecho, pero adecuándolo a las exigencias de una sociedad global⁴.

2. LA GLOBALIZACIÓN: UNA CUESTIÓN RELEVANTE EN LA REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Las transformaciones políticas y jurídicas a raíz del paso de un Estado legal a un Estado constitucional de Derecho han sido centro de atención de juristas teóricos y prácticos; en especial, así lo ha sido para constitucionalistas y iusfilósofos, pero prácticamente ninguna especialidad del ordenamiento jurídico ha podido ser ajena a la paulatina extensión del modelo del Estado constitucional de Derecho en los sistemas democráticos recompuestos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, frente a la posición privilegiada que ocupó la ley en el sistema de fuentes del Estado liberal, en las actuales democracias constitucionales la tutela de los derechos de los ciudadanos y del propio sistema democrático se confía a los preceptos consensuados en un texto constitucional *rígido* (de muy difícil reforma), *normativo* (vinculante tanto para los jueces como para los legisladores), y *garantizado* (susceptible de ser hecho efectivo por órganos jurisdiccionales). Es, asimismo, muy probable que la mayor peculiaridad del llamado Estado constitucional sea su carácter sustantivo: la Constitución no sólo disciplina los órganos y procedimientos de creación del Derecho, sino que

⁴ Véase una visión crítica del constitucionalismo global como respuesta a los problemas transnacionales, pero apuntalada en el ideal ilustrado del imperio de la ley como límite a un ejercicio arbitrario del poder, LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

también establece los límites sustantivos o de contenido (derechos, principios, valores) que el legislador no puede traspasar⁵.

En las últimas décadas, la teoría y la práctica jurídica han prestado atención a las implicaciones que el paradigma constitucional tiene para el Derecho. En especial, el Estado constitucional parece alterar el equilibrio entre los poderes legislativo y judicial, propio del Estado legal, por cuanto el juez está sometido a la ley, pero la puede cuestionar o inaplicar si la estima contraria a la Constitución, lo que supone derivar un poder inmenso en la jurisdicción, que carece de la legitimidad democrática del legislador. Siendo éste un problema en absoluto desdeñable, tal vez sea preciso abordarlo incorporando a las reflexiones un elemento adicional: la globalización y sus efectos sobre el Derecho. Es, de hecho, significativo que la ingente obra de L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*⁶, tras llevar a cabo una pormenorizada teoría de los modelos de Derecho, desde los menos sofisticados o rudimentarios, pasando por el Estado legal, y llegando al Estado constitucional de Derecho, dedique el segundo volumen a la teoría de la democracia, poniendo en el eje de sus reflexiones al fenómeno de la globalización.

Si bien la globalización no puede considerarse un fenómeno radicalmente reciente⁷, sí es cierto que, como fenómeno con entidad propia, ha comenzado a ser objeto de análisis rondando el comienzo del segundo milenio. Hasta hace poco la definición del término globalización en el Diccionario de la Real Academia Española era la siguiente: «tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales». Es llamativo que la propuesta para la vigésimo tercera edición del Diccionario sustituya aquella redacción, bastante aséptica, por otra mucho más comprometida con las repercusiones políticas y sociales de ese fenómeno con base económico-financiera: «proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una

⁵ Véase una excelente reflexión sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones teórico-prácticas en el artículo de PRIETO, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001). Y en clave abiertamente crítica con una concepción positivista del Derecho compatible con el paradigma del Estado constitucional, véase la magnífica monografía de GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia* (2007), 3 vols., trad. de ANDRÉS, P., BAYÓN, J. C., GASCÓN, M., PRIETO, L., RUIZ MIGUEL, A., Trotta, Madrid, 2011.

⁷ Desde una perspectiva histórica, la globalización es un proceso que se remonta al descubrimiento de América, pasando por la Segunda Revolución Industrial, las dos Guerras Mundiales y la creación de la ONU. Vid. STOLLEIS, M., «Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización», Conferencia en el Marco de las Jornadas «Constitucionalización y globalización», 22 de junio de 2012.

dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos». En efecto, fue en las relaciones económicas o económico-financieras donde comenzó a observarse con mayor claridad el fenómeno de la globalización: la economía, señalaba hace una década David HELD, opera como «la fuerza impulsora de la globalización contemporánea, y no se puede realizar una conceptualización respecto de la naturaleza y modelo de globalización sin hacer referencia a este aspecto»⁸. Sin embargo, ya entonces aconsejaba el autor citado examinar la globalización desde una perspectiva más amplia que la económica, y, en particular, tomando en consideración la mutación en el plano político y, por tanto, también en el plano del Derecho que se estaba produciendo. Por eso, HELD identificaba la globalización con *cambios significativos, profundos o estructurales en la escala o ámbito de las relaciones sociales, económicas, políticas, así como en sus principios organizativos*⁹. En definitiva, la globalización representa un fenómeno esencialmente económico, con un apoyo eminentemente tecnológico (el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías en el transporte, la información y comunicación), pero también probablemente ideológico (filosofía política neoliberal), y con importantes efectos políticos (mayor interdependencia entre los Estados y debilitamiento del Estado-nación como monopolizador del poder dentro de sus fronteras), y jurídicos (creciente importancia de las normas provenientes de instancias supranacionales, especialmente de la Unión Europea; ineficacia de las normas netamente estatales cuando intentan regular las finanzas estableciendo impuestos y medidas para evitar el fraude fiscal; relevancia de las decisiones de instituciones supranacionales que operan en paralelo a los Estados-nación, como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial; desregulación y privatización de sectores económicos de los que antes se ocupaba el Derecho público estatal; legislación a base de Decreto-ley gubernamental, aparición de una clase *sui generis* de pautas no vinculantes o *soft law*, y últimamente, la constitucionalización de un Derecho que intenta desesperadamente responder a la crisis económico-financiera, consecuencia directa del fenómeno globalizador).

La preocupación desde las ciencias políticas y jurídicas por la globalización se ha planteado desde distintos puntos de vista, aunque se observa una gran coincidencia en dos ideas: primera, si buena parte de los problemas a los que se enfrentan los Estados-nación tienen carácter global (se generan en uno o varios estados, pero indudablemente las repercusiones o efectos trascienden las fronteras estatales) y las normas particulares de los estados son ineficaces para solucionarlos, entonces necesitamos –cuando menos– algunos

⁸ HELD, D., y MACGREW, A., «Globalización: tendencias y opciones», en *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 158.

⁹ HELD, D., y MACGREW, A., *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial* (2002), Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2003, pp. 13 y ss.

principios de gobierno y normas globales capaces de dar respuesta a problemas, como la degradación del medio-ambiente, la delincuencia transnacional, las migraciones a causa, principalmente, de los desmesurados desequilibrios económicos, etc. Y, segunda, muchos conceptos políticos y jurídicos que toman como referencia fundamental el Derecho del Estado-nación, resultan poco explicativos, a la luz de los cambios en las relaciones políticas y jurídicas; en la generación del Derecho (multiplicidad de fuentes) y en la aplicación del mismo (complejidad en la aplicación de fuentes del Derecho con competencias concurrentes).

Cabría hacer hincapié en este cierto desajuste entre las ciencias políticas y jurídicas y la realidad que explican volviendo a la obra de Luigi FERRAJOLI, en cuyo Prefacio admite que, hasta cierto punto, su teoría del Estado constitucional de Derecho no será una teoría del Derecho vigente, intensamente condicionado por la globalización. Y de ahí su insistencia en «tomar en serio» la posibilidad de un poder público global: *la democracia global es –para FERRAJOLI– una exigencia lógica o corolario del sentido del Estado constitucional*. Si la existencia de Constituciones rígidas, normativas, garantizadas y dotadas de un denso contenido material plantea, según muchos autores, la necesidad de redefinir el paradigma teórico de los actuales ordenamientos constitucionales¹⁰, para L. FERRAJOLI tal paradigma es el garantista, que representa «la otra cara del constitucionalismo», y cuya nota distintiva es la formulación de las «técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente»¹¹. Pues bien, en este ánimo de garantizar el máximo grado de efectividad de los derechos (incluso de evitar retrocesos en el paradigma del Estado de Derecho) FERRAJOLI dispensa una importancia crucial a los efectos de la globalización: la quiebra irreversible del poder estatal hace pertinente la pregunta sobre la quiebra de la democracia, vinculada al Estado-nación y entendida como autogobierno del pueblo, es decir, como participación directa o indirecta en los procesos en los que se dictan las normas de las que uno va a ser destinatario o se va a ver afectado, y como conjunto de instituciones y funciones destinadas a la tutela de intereses generales, tales como la paz y la seguridad, y los derechos. El declive del Estado nacional no significa el fin de la democracia, pero sí la necesidad de emprender reformas institucionales en el sentido de que las condiciones de posibilidad de la democracia no pueden estar tuteladas, al menos en exclusiva, por una esfera pública estatal, sino que es preciso dar entrada a una dimensión mundial o global. Desde esta perspectiva, la expansión de la democracia constitucional al orden global es la única garantía de paz y seguridad de la que hoy dispone un mundo de crecientes desigualdades.

¹⁰ Vid. el Prefacio a *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cit., pp. V y VII)

¹¹ FERRAJOLI, L., «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. de CORDOVA, L., y SALAZAR, P., *Isonomía*, 16 (2002), p. 16, cursiva añadida.

Sin embargo, el reto del constitucionalismo global o *strictu sensu* se halla lejos de suscitar consenso entre quienes están, no obstante, de acuerdo en el debilitamiento que de hecho experimenta el Estado-nación. No es este el lugar para abordar las múltiples y refinadas críticas que se dirigen al constitucionalismo global. Baste indicar que se duda de la aptitud de este programa para hacer frente a los problemas de la globalización por razones como la imposibilidad de llegar a un consenso mundial a día de hoy sobre las instituciones que deben tener poder para crear y aplicar el Derecho; el temor a una concentración del poder en instituciones demasiado alejadas de la ciudadanía, y por tanto, peligro de pérdida de equilibrio de poderes que se limiten unos a otros (ZOLO); la dificultad para consensuar principios constitucionales a nivel global, por cuanto el significado de los mismos está extremadamente condicionado por las distintas culturas (BAYÓN). En realidad, ni siquiera autores abiertamente partidarios de un constitucionalismo mundial, como HABERMAS o FERRAJOLI piensan en una extrapolación a la esfera global de las instituciones y normas características del Estado constitucional diseñado para el Estado-nación. De hecho, HABERMAS contempla la construcción de regiones de Estados, como la Unión Europea, como un paso hacia espacios de deliberación política, más allá de los Estados nacionales¹². Y por lo que respecta a FERRAJOLI, éste no se plantea un parlamento mundial, sino más bien instituciones de garantía secundarias, es decir, órganos jurisdiccionales que hagan efectivas las garantías primarias. La tesis intermedia entre el globalismo jurídico y el mantenimiento del statu quo del Estado nación, es la tesis de la soberanía multinivel (I. TURÉGANO; LAPORTA): la implicación política a varios niveles jurídico-políticos cuando resulte pertinente por la dimensión (local, estatal, regional, global) del problema a resolver es también una forma de globalizar la democracia. Por supuesto, en esta propuesta de gobierno multinivel el Estado-nación seguiría siendo un actor fundamental. Incluso la participación de la sociedad civil en tal proceso, por ejemplo, a través de organizaciones no gubernamentales tendrían sentido en este esquema de globalización política débil. En él, el Estado no pierde su papel preponderante en una sociedad globalizada, pero deja de marcar una diferencia entre política interior-política exterior. Se trata, a juicio de sus defensores, de una tesis al tiempo que coherente con los ideales del cosmopolitismo ético, realista, pues se trata de caminar hacia una democracia global de la mano del Estado-nación. Tan sólo cabría objetar en mi modesta opinión que adolece de algún peligro, como el de incrementar la distancia entre los representantes y los representados, haciendo de la necesidad virtud, siendo la necesidad la de continuar con el westfaliano modelo de Tratados Internacionales entre Estados soberanos, donde las decisiones son adoptadas principalmente por los gobiernos o ejecutivos, suprimiendo o convirtiendo en mero trámite la deliberación parlamentaria; y la virtud, consistiendo ésta en presumir de la legitimidad de un Derecho nacido más de la gobernanza que de la democracia. Dicho de otro modo, pienso que esta

¹² HABERMAS, J., *La constitución de Europa* (2011), Trotta, Madrid, 2012.

idea de transitar, de la mano del Estado-nación, a la democracia global sería viable al tiempo que democrática a condición de que se fuera capaz de establecer suficientes mecanismos de garantía. Precisamente por ello, las tesis de la gobernanza pierden legitimidad si no van acompañadas de un imperativo y sobre todo de garantías de transparencia y de rendición de cuentas.

3. LA CRISIS ECONÓMICA «GLOBAL»

Si cabe concluir que frente a problemas globales, también las soluciones han de ser globales, cabría decir que, a día de hoy, el problema «global» más acuciante es el de la crisis económico-financiera. En este sentido, uno de los retos del Derecho en general, y del Derecho constitucional, en particular, es dar una respuesta a la crisis. En el lenguaje común, el término «crisis» es usado habitualmente en el ámbito médico: como dice nuestro Diccionario de la Real Académica, se trata de un «cambio brusco en el curso de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el paciente». Asimismo, identifica nuestro diccionario una situación crítica con aquella que en la que se encuentra un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese. También aparece la palabra dificultad o complicación. Pues bien, a día de hoy, prácticamente cualquier hombre o mujer de cualquier edad y de cualquier lugar del mundo sabe que nos encontramos ante una «crisis» de tipo económico y que una de sus peculiaridades es su «carácter global». Dicho de otro modo, los gravísimos problemas financieros, pero también económicos, políticos y sociales, que comenzaron a ser visibles en EEUU y en algunos países europeos, entre los años 2007-2010, prolongan en la actualidad, y constituyen una situación de crisis a escala *global*.

Como se ha dicho, el fenómeno globalizador es esencialmente económico, habiendo sido su lanzadera fundamentalmente los avances tecnológicos. Ideológicamente, la globalización de las finanzas se vincula a la filosofía política neoliberal, y a la tesis jurídicas de las ventajas sociales de la autorregulación o desregulación de los mercados. Sin embargo, la crisis económica, de alcance global, pone de relieve que la ausencia de controles en el mercado de las finanzas entrañaba riesgos para el funcionamiento de la economía. Ni el Derecho de los estados nacionales, ni el Derecho internacional público, se encontraba preparado para evitar los efectos perniciosos sobre las economías reales de las transacciones financieras a nivel mundial.

Muy brevemente, la presente crisis global actual tiene su origen básicamente en dos fenómenos: *a)* el mercado financiero creado en base a las hipotecas *subprime* o de baja calidad, y *b)* la política de los Bancos dependientes de las autoridades públicas (Reserva Federal norteamericana y Banco Central Europeo) nutriendo a los bancos de liquidez mediante créditos a bajo interés¹³. El primer fe-

¹³ TORRERO MAÑAS, A., *La crisis financiera internacional y sus efectos sobre la economía española*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011; REQUEIJO, J., *Odisea 2050. La Economía mundial del siglo XXI* (2009), Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 15.

nómeno tuvo escaso efecto contaminante de la economía española. En cambio, el segundo citado, sí ha afectado directamente a España, tanto al sector privado (bancos, empresas, familias) como al público (Estado, CCAA, Haciendas Locales).

a) Respecto al fenómeno de las *subprime*, cabría señalar que tradicionalmente los bancos habían funcionado como entidades de crédito cuya liquidez reposaba en los depósitos de los ahorradores. Sin embargo, paulatinamente las finanzas alcanzan una tremenda sofisticación que básicamente consiste en la creación de productos derivados de los créditos y las garantías que respaldan a estos últimos (inmuebles hipotecados). Estos productos derivados, que no eran otra cosa que obligaciones crediticias añadidas al pago del crédito hipotecario, se comercializan a través de títulos o bonos por medio de los bancos de inversión que, a su vez, ofrecen estos productos a los bancos convencionales para que estos los vendan entre sus clientes o inversores. Como es sabido, mientras los títulos sobre derivados cotizaban al alza, la morosidad de los compradores de viviendas aumentaba. La premisa de que el valor de la vivienda en garantía del crédito siempre se incrementaría y con gran rapidez fue desmentida por los crecientes impagos de los créditos. Y la explosión de la burbuja, que ya se veía venir por ejecutivos y autoridades a la vista de la situación real de los balances de los bancos de inversión, estalla con el desplome en bolsa de Lehman Brothers en aquel «lunes negro», de 15 de agosto de 2008. A su quiebra, siguieron la de otros bancos de inversión, como Merrill Lynch o la de la empresa aseguradora AIG, desencadenándose una crisis financiera de dimensiones a día de hoy incalculables, puesto que los bancos de la mayoría de los países habían distribuido entre sus clientes los llamados «activos tóxicos».

b) Respecto de la política expansiva de los bancos centrales, es decir, liquidez o crédito a bajo interés para los bancos, y renta fija poco interesante –que es lo que ha venido sucediendo desde comienzos del milenio hasta hoy– se advierte con bastante claridad «hoy» que es sin duda un modo de generar «burbujas». O, dicho de otro modo, el modelo económico de crecimiento basado en el incremento de la producción, requiere fomentar la liquidez del crédito a bajo interés para aumentar el consumo privado y público (inversiones empresariales, consumo privado, gasto público –sobre todo en infraestructuras y «bienestar»–). La crisis se produce como consecuencia de un desfase entre la economía real (que se ralentiza por la inflación) y las cotizaciones en bolsa, que no reflejan el estado contable real de bancos y empresas.

Es controvertido todavía si esta crisis es una *recesión* (similar a la petrolera de 1973) en cuyo caso se estima que se trata de un período de decrecimiento y estancamiento, cuya duración podría ser de 3, 5 ó 10 años. Retomando la metáfora médica significaría que el paciente sale de la enfermedad; o más bien, si se trata de una *crisis sistémica* (de dimensiones iguales o mayores que el Crash de 1929) que implicaría el agotamiento del modelo económico¹⁴. De modo que si la crisis económica actual se asemeja más a la Gran Depresión que a la que co-

¹⁴ NIÑO-BECERRA, S., *Más allá del Crash. Apuntes para una crisis*, Los libros del lince, Barcelona, 2011, pp. 63 y ss.

menzó con la guerra del Yom Kipur, cabría decir que la crisis en que estamos inmersos equivale a un estado de coma o incluso de muerte del paciente. Quizás lo único que genera consenso es su alcance mundial o global: «en un mundo global, las crisis también son globales»¹⁵.

Si se tratase de una recesión, la creación de normas pero también la aplicación del Derecho necesita aplicar las herramientas y conceptos del análisis económico. Es decir, como ya se viene diciendo desde hace décadas, las disciplinas jurídicas no deben desdeñar la importancia del llamado Análisis Económico del Derecho (eficacia y eficiencia de las normas; consecuencias en la aplicación del Derecho, etc.). Pero si cobra fuerza la hipótesis de que se trata de una crisis sistémica de carácter global, «ya nada será como antes»: habría que dudar de que puedan ordenar la sociedad los códigos y legislaciones civiles, laborales, fiscales, mercantiles, básicamente decimonónicos y de autoridad estatal, ante transformaciones económicas de la dimensión aludida. Seguramente el tema central de las próximas décadas de todas las disciplinas jurídicas, y por supuesto del Derecho constitucional, sea la reflexión sobre el modelo de gasto público y sobre la sostenibilidad del Estado del bienestar en una suerte de nuevo orden constitucional, en el que *la credibilidad frente a los mercados en virtud de la aproximación al equilibrio entre gastos e ingresos públicos* se convierte en el núcleo de la política y del Derecho.

4. LA DENOMINADA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA

Entonces, ¿cabría hablar de que la crisis está precipitando un momento constituyente, al menos por lo que respecta a Europa? Es extremadamente difícil realizar una descripción de la compleja situación política y jurídica mundial ante la crisis, de entrada porque está afectando de modo muy diferente a las regiones del mundo. Por ejemplo, en principio parecen menos dañados o incluso beneficiados los países emergentes (China, India, Brasil), y en cambio, los efectos dañinos son incalculables en EEUU, Gran Bretaña y el viejo continente. Ni siquiera es sencillo describir las reacciones político-jurídicas a la crisis ciñéndose al entorno de la Unión Europea. Aún así, dar cuenta de esta situación, parece un presupuesto para relacionar la crisis económico-financiera y sus efectos sobre el Derecho del Estado constitucional.

Grosso modo, nos hallamos ante una situación de zozobra o indefinición en las propuestas sobre el futuro inmediato de Europa como unión no sólo económica sino también política. Esta situación, bien es cierto que no es nueva, visto el fracaso del Tratado de Lisboa en la medida que trató de avanzar en la construcción política de Europa. Lo que, en cambio, sí ha cambiado con respecto a años pasados es que *resulta acuciante tomar una decisión sobre si esa construcción europea se lleva a cabo y en qué condiciones*. En efecto,

¹⁵ REQUEJO, J., *Odisea 2050*, cit., pp. 40 y ss.

como señala EMBID IRUJO, refiriéndose al pasado reciente, la construcción europea, en tiempos de normalidad, parecía estar abocada a un proceso de «constitucionalización», estando, a su juicio, implicadas cuestiones tan centrales como el sujeto de la soberanía, la necesidad de replantear el concepto de democracia, llegado el caso de una Unión política europea, la cuestión de si el criterio de la representación deben ser las personas o las unidades, la regulación y tutela de los derechos fundamentales, y el reparto competencial entre Instituciones europeas y las del Estado nación (y dentro de estos, entre las instituciones estatales y las regiones o CCAA). En efecto, tales aspectos hubieran centrado el proceso de constitucionalización de la Unión Europea como unión política. Sin embargo, la crisis económica ha precipitado reformas constitucionales y de los tratados de la Unión Europea. Tales reformas han sido consideradas el instrumento fundamental para encauzar la crisis económico-financiera, *siendo la piedra angular de las mismas el objetivo de la estabilidad-equilibrio presupuestario*: «esta crisis económica –señala el autor– va a llevar consigo, entre otras cosas, que determinadas respuestas normativas imaginadas como reacción a la misma –en nuestro caso las respuestas normativas a la crisis son, al tiempo, parte de una nueva forma de entender el gobierno de la economía que se va abriendo paso con muchas dificultades, sobre todo en el ámbito de la UE– sobrepasen el plano de lo meramente “coyuntural” y se incorporen como elemento “permanente” a la esencia de las estructuras políticas y al ordenamiento jurídico resultante de la crisis»¹⁶.

Por lo demás, parece que la constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario, en tanto que camino elegido para solucionar la crisis, no es capaz de acabar con la indefinición en la eurozona y en general en la UE en cuanto a avanzar en la unión política, sino que se observa un persistente estado de duda entre el avance la creación de un Estado Federal Europeo y el atrincheramiento en el Estado-nación. De forma un tanto simplista, la situación se explica porque los estados más endeudados y con más dificultades de financiación, siendo los más interesados en una Unión europea sólida desde el punto de vista político, no dejan sin embargo de temer que el proceso de regionalización encubra un «neocolonialismo» de los estados económicamente más robustos al tiempo que los Estados más solventes no tienen clara la conveniencia de realizar esfuerzos solidarios. De hecho, es radicalmente distinta la posición que tienen, de un lado, los estados del centro-norte y, de otro, los de la periferia-sur, dentro de la eurozona: los estados periféricos, más maltratados por la crisis (Grecia, Portugal, Irlanda, España e incluso Italia) abogan por una afirmación de las políticas de construcción, es decir, apuestan por el fortalecimiento de las instituciones de la UE, en el bien entendido de que aceptarían la pérdida de soberanía a cambio de un proceso «federalista», pero no «neocolonialista». Por su parte, los países del centro-norte (Alemania, Holanda, Finlandia) temen contagiarse ante un desplome

¹⁶ EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, cit., p. 35.

financiero de los países periféricos, y por ello en línea de principio están interesados en «refinanciar» o «rescatar». Pero la falta de confianza sincera en la unión política se revela en las severas condiciones del rescate, que pasa en realidad por un alto grado de «intervención» que pueda implicar graves retrocesos en la garantía de derechos constitucionalmente reconocidos (sanidad, educación, pensiones, condiciones laborales, inversión en investigación, etc.). En suma, todo apunta a que los fundamentos sobre los que se está asentando la construcción política europea, comenzando por la regla de estabilidad presupuestaria, son principios que dejan poco espacio al desarrollo de las políticas propias del Estado social de Derecho y a la solidaridad entre Estados en distintas condiciones socio-económicas¹⁷.

5. ¿QUIÉN SERÁ EL SOBERANO EN ESTE NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL?

La regla de la estabilidad presupuestaria parece estar convirtiéndose en el anclaje de un nuevo orden constitucional, por cuanto se trata de una de las condiciones del avance en la construcción política europea. Esta regla no es ideológicamente neutral, sino más bien propia de una ideología liberal que postula un Estado abstencionista por ejemplo en relación con las operaciones financieras y mercantiles.

Desde esta perspectiva, la asunción de esta regla por la Unión europea, lleva a formularse una pregunta genuina acerca del lugar donde queda la política y el Derecho en relación con la economía. Si a medio plazo, la economía real, con estas medidas anti-keynesianas se estanca, parece que la regla de oro de la estabilidad presupuestaria representa exclusivamente el interés de los mercados financieros, de los inversores¹⁸: la evaluación de la deuda privada y pública por las agencias de calificación crediticia revela que los principales beneficiados de la volatilidad de la prima de riesgo son los mercados, ya sea especulando con Estados que, por su elevada prima, pagan los créditos

¹⁷ VAN ROMPUY (Presidente del Consejo Europeo) señala que no hay contradicción entre ajuste fiscal y crecimiento: «A través de la reestructuración del presupuesto se puede dar prioridad al gasto que es más importante para el crecimiento», [...]. «I+D, innovación, energía, educación, formación, estas políticas deben salvarse lo máximo posible de los recortes porque son inversiones para el futuro».

¹⁸ Vid. GEORGE, S., *Sus crisis, nuestras soluciones*, Barcelona: Icaria 2010. Vid. asimismo el libro de Jean Ziegler, exrelator de Naciones Unidas para el derecho a la alimentación, que afirma que «quien muere de hambre es víctima de un asesinato». Bajo la expresión el «orden canibal del mundo» ZIEGLER hace referencia a la dominación del Norte sobre el Sur en los últimos siglos (América Latina y del Caribe, África y Asia) en tres etapas esenciales: esclavismo, colonialismo y neoliberalismo. La actitud del Norte hacia el Sur es, a su juicio, una fuente de conflictos que amenaza la estabilidad del planeta. Vid. ZIEGLER, J., *El odio a Occidente. Una mirada a los orígenes de las desigualdades en el mundo y el odio que el primer mundo genera con su actitud*, Península, trad. de Jordi TERRÉ, Barcelona, 2010.

a un tipo de interés muy alto interés, ya sea asegurando el cobro de intereses de sus préstamos en países con baja prima de riesgo¹⁹.

A modo de conclusión: con anterioridad a la crisis de la eurozona, parecía difícil discernir si la UE se aproximaba más a un ejemplo de constitucionalización de espacios supra-nacionales, o simplemente a un cambio de las fronteras, creando un nuevo Estado-nación o federación de Estados europeos, capaz de competir con otras regiones económicamente potentes, como EEUU o China. Hoy ese proceso de constitucionalización se está precipitando como consecuencia de la crisis financiera y sus efectos, y el resultado está siendo la «positivización» al más alto nivel de la regla de la estabilidad presupuestaria, que supone establecer límites a políticas propias del Estado social y, en definitiva, a las políticas del liberalismo igualitario, dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos. Visto el proceso de constitucionalización de la unión política europea desde la perspectiva de lo que podríamos denominar la consagración de la austeridad, cabe afirmar que los procesos de constitucionalización, por sí mismos, no suponen el avance en la garantía de la democracia y de los derechos. Todo depende de los efectos de principios (o reglas) en los que se apoye tal proceso de constitucionalización²⁰.

¹⁹ KRUGMAN, P., *Acabad ya con esta crisis*, Crítica, Barcelona, 2012.

²⁰ Resultan esclarecedoras las palabras de Jean PISANI-FERRI: «La Europa del euro se construyó inicialmente como un poder débil al que le faltaban parte de las herramientas de prevención de las crisis y todas las de su gestión. Las decisiones tomadas en los últimos dos años y medio corrigen parcialmente esas carencias», indica el director del laboratorio de ideas *Bruegel*. «Pero en realidad lo único que ha hecho el débil liderazgo político europeo es retocar el edificio: el euro seguirá en peligro mientras los fallos en su estructura no se subsanen», añade en su libro *El despertar de los demonios*. Para eso —señala el autor— hace falta una integración económica más avanzada, que evite la repetición de los fenómenos de divergencia (crecimiento en el Norte, falta de competitividad sureña). Se requiere una unión presupuestaria sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad. Y se necesita una unión política para que la integración no sea una tutela de una euroburocracia ilustrada... El mundo entero espera el deshielo de esa Guerra Fría con una respuesta europea a la altura del envite. Un euro incompleto y renqueante que degenera en una ruptura por arriba (Alemania y el club de la Triple A) o por abajo (Grecia y la periferia), o aquel sueño de DELORS de crear «una auténtica federación de Estados nación». «La UE es irreversible, siquiera porque los costes de deshacerla serían inasumibles. Pero los socios de la eurozona están completamente paralizados a la hora de dar el salto definitivo hacia una unión plena», escribe José Ignacio Torreblanca «La fragmentación del poder europeo». La crisis obliga a actuar: al final es el dinero quien acaba imponiendo su voluntad. Paradójicamente, lo que los mercados exigen hoy más que nunca es claridad política acerca de un par de preguntas: ¿Qué quieren hacer los europeos con el euro? ¿Quieren hacerlo juntos?, http://economia.elpais.com/economia/2012/05/25/actualidad/1337978907_477033.html

Cuando las finanzas mandan: a propósito de las últimas reformas constitucionales en Alemania y en España

Susana Ruiz Tarrías

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Recibido: 01.10.2012

Aceptado: 15.10.2012

Resumen: A la reforma de la denominada «Constitución financiera» germana de 29 de julio de 2009, le ha sucedido en el tiempo, entre otras, la reforma del artículo 135 de la Constitución española, que procede a la «consagración constitucional» del principio de estabilidad presupuestaria, dando cumplimiento «ex ante» a la previsión contenida en el art. 3.2 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza («TECG»), cuyo desarrollo se ha realizado a través de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Palabras clave: Constitución financiera, «regla de oro», TECG.

Abstract: *The reform of the «Financial Constitution» of Germany, adopted on July 29, 2009, has been followed in the time, between others, by the reform of the article 135 of Spanish Constitution that performs the «constitutional recognition» of the budgetary stability principle, complying «ex ante» the article 3.2 of the Treaty on Stability, Coordination and Governance («TSCG»), which development has been accomplished by the Organic Law on Budgetary Stability and Financial Sustainability.*

Key words: *Financial Constitution, «golden rule», TSCG.*

Sumario: 1. Introducción.—2. La reforma de la Constitución financiera alemana de 29 de julio de 2009.—2.1. Una nueva regulación del endeudamiento en la Ley Fundamental.—2.2. Instrumentos de aproximación a los objetivos de déficit.—2.2.1. Ayudas a la consolidación.—2.2.2. El «sistema de advertencia temprana» y el Consejo de Estabilidad.—3. La reforma del artículo 135 de la Constitución española.—3.1. La instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria.—3.1.1. Estabilidad presupuestaria y limitación del déficit estructural.—3.1.2. El límite al volumen de Deuda pública.—3.2. Excepciones al cumplimiento de los límites de déficit estructural y de deuda pública.—4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la incorporación en el Tratado de Maastricht (1992) del principio según el cual «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos» (art. 104 C.1 del TCE, actualmente, art. 126 TFUE), con el objetivo de alcanzar la Unión Económica y Monetaria, y la posterior adopción, en 1997, del

Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Ámsterdam, 17 de julio de 1997), consagrando el compromiso de los Estados miembros de conseguir situaciones presupuestarias «próximas al equilibrio o con superávit», la situación económica y financiera de los Estados miembros de la Unión Europea no había atravesado una crisis cuyos efectos adquiriesen la magnitud de la alcanzada desde 2008 en ciertos Estados de la UE.

Una crisis económica y financiera que ha puesto de manifiesto «las debilidades intrínsecas» de los instrumentos jurídicos en que se fundamentaba hasta entonces la Unión Económica y Monetaria, en tanto que si bien la Unión Monetaria ha significado una «verdadera integración monetaria» de los Estados de la eurozona, cristalizada en la adopción de la moneda única y de una política monetaria dirigida por el BCE, sin embargo «no se ha establecido una verdadera unión económica», al mantenerse la adopción y aplicación de las decisiones económicas en la esfera de los Estados miembros.

Ante esta circunstancia, las instituciones de la Unión Europea junto con los Estados miembros, han debido improvisar instrumentos jurídicos no previstos inicialmente en los Tratados Constitutivos, con el fin de superar la crisis económico-financiera que afecta con especial intensidad a ciertos países de la zona euro.

Así, en la sesión del Consejo Europeo de 28 y 29 de octubre de 2010, los Jefes de Estado o de Gobierno convinieron en la necesidad de que los Estados miembros establecieran un «mecanismo permanente de crisis» con el fin de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto, proponiendo, a tales efectos, el inicio de consultas sobre una modificación parcial del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Una revisión que se concretó mediante la aprobación por el Consejo Europeo de la Decisión 2011/199/UE, de 25 de marzo de 2011, que modificó el artículo 136 TFUE en relación con el establecimiento de un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro o European stability mechanism (ESM)¹.

La incorporación de un «mecanismo permanente de estabilidad» se ha trasladado también a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la zona euro a través de la adopción del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad («MEDE») de los países de la zona euro, el 2 de febrero de 2012², mientras que para promover «una coordinación cada vez más estrecha de las políticas económicas de los Estados miembros integrantes de la zona euro», ha sido adoptado, el 2 de marzo de 2012, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión económica y monetaria («TECG»), complementario del Tratado MEDE –adoptado por los Estados miembros de la UE excepto Reino

¹ DOUE L 91, de 6.04. 2011.

² Autorizado por el Congreso de los Diputados el 17 de mayo de 2012 (BOCG. Serie C. núm. 8-4, de 23/5/2012), y por el Senado el 6 de junio de 2012 (BOCG. Serie A, núm. 14, de 8/06/2012).

Unido y República Checa—, cuyo art. 3.2 incorpora una cláusula de transposición en virtud de la cual las previsiones sobre equilibrio presupuestario contenidas en el artículo 3.1 del Tratado, deberán ser incorporadas al Derecho nacional de los Estados miembros no más tarde de un año después de la fecha de su entrada en vigor, «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferiblemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales»³.

Desde tales premisas, a pesar de su distanciamiento temporal, la reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 29 de julio de 2009, y de la Constitución española de 27 de septiembre de 2011, se sitúan en el contexto jurídico que ha sido articulado en el ámbito de los países de la Unión Europea (y, especialmente, los pertenecientes a la zona euro), junto con otros ejemplos de revisiones constitucionales realizadas —como la reforma constitucional en Austria de 2008⁴, o la reforma constitucional en Italia⁵—, y modificaciones de rango infraconstitucional incorporadas con el mismo sentido —en el Reino Unido, a través del Código de estabilidad presupuestaria de 1997, o el marco presupuestario plurianual aprobado en Suecia en 1996—. Sin embargo, como se podrá comprobar en las páginas que siguen, aún compartiendo objetivos comunes en el marco de la Unión Monetaria Europea, los contenidos esenciales de la reforma de la Ley Fundamental de 2009 y de la reforma constitucional española de 2011, difieren en aspectos sustanciales.

2. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA ALEMANA DE 29 DE JULIO DE 2009

Tras la reforma de la Ley Fundamental de 28 de agosto de 2006⁶, cuyas modificaciones de carácter financiero fueron más bien «modestas» respecto

³ Ratificación autorizada mediante la LO 3/2012, de 25 de julio (BOE n° 178, de 26 de julio de 2012). Recientemente, el Consejo Constitucional francés ha estimado que el art. 3.2 del «TECG» no impone que se deba proceder a una revisión constitucional, pudiendo dar cumplimiento al contenido del art. 3.1 de dicho Tratado a través de la segunda de las alternativas previstas en el primer inciso del art. 3.2 del mismo (parágr. 30), admitiendo así la posibilidad de que, atendiendo a la regulación contenida en los incisos veintidós, dieciocho y diecinueve de la Constitución francesa, el legislador orgánico pueda articular el principio de equilibrio presupuestario previsto en el art. 3.1 del Tratado, a través de las leyes orgánicas que establecen el marco de las leyes de programación relativas a las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas, así como mediante las leyes orgánicas que fijan las condiciones y límites a las leyes de presupuestos y a las leyes de financiación de la seguridad social (parágr. 24) [CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2012-653 DC, de 9 de agosto de 2012 (Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire), JO de 11 agosto de 2012, p. 13283].

⁴ BGBl. I 1/2008.

⁵ GU n. 95, de 23 de abril de 2012.

⁶ BGBl 2006, Teil I, Nr. 41, 31.08.2006.

de lo que se entendía por algunos sectores que debería constituir la reforma de la «Constitución financiera» (*Finanzverfassung*)⁷ o del federalismo fiscal alemán⁸, el Bundestag y el Bundesrat deciden el 15 de diciembre de 2006, constituir una Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder (Comisión sobre el Federalismo II-Föderalismusreform II). Dicha Comisión tenía por objeto la adaptación de las relaciones financieras entre el Bund y los Länder «a las condiciones marco modificadas dentro y fuera de Alemania, especialmente para la política de crecimiento y empleo»⁹.

En efecto, la reforma constitucional de 2006 (*Föderalismusreform I*) mantuvo la financiación de las tareas comunes reguladas en los artículos 91a y 91b GG, incorporando como única novedad la supresión como tarea común de la «ampliación y construcción de Universidades, clínicas universitarias incluidas». No obstante, el nuevo artículo 143c GG vino a compensar transitoriamente la supresión de dichas tareas comunes mediante el reconocimiento de nuevas ayudas a los Länder, entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019, con cargo al presupuesto de la Federación.

Asimismo, la reforma constitucional de 2006 endureció los requisitos para obtener las ayudas financieras de la Federación en los casos de financiación mixtas, aspecto que incide directamente en el Título X de la Ley Fundamental («De la Hacienda»), modificado mediante la incorporación de un nuevo artículo 104b, en virtud del cual se incrementa el control de las ayudas financieras por parte de la Federación, tratando de evitar los malos usos desarrollados en el marco de la aplicación del Pacto de Solidaridad II¹⁰.

En última instancia, la reforma constitucional de 2006 también amplió la autonomía impositiva de los Länder, a través de la inclusión en el artículo 105.2.a) GG, de la previsión de una nueva competencia legislativa de éstos para fijar la tasa del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles.

A pesar del carácter limitado de la reforma constitucional de 2006 respecto de la «Constitución financiera», la modificación de las relaciones de

⁷ Acerca del origen y significación actual del concepto de «Constitución financiera» en Alemania, vid. GARCÍA FRÍAS, A. «La financiación de los Länder», *Revista Catalana de Dret Public*, nº 32, 2006, p. 234 y la bibliografía allí citada.

⁸ Para una descripción de las características esenciales de la Constitución financiera alemana, vid. CORDERO GONZÁLEZ, E. M^a. «La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 2012, pp. 291-300.

⁹ SUDHOF, M., «Los puntos clave de la discusión de la Reforma del federalismo II y tendencia futuras», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.): *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 178.

¹⁰ ELÍAS MÉNDEZ, C., «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: Una reforma pendiente». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, Julio-Diciembre, 2006, p. 243.

poder entre la Federación y los Länder que ésta preveía, hacía necesaria una revisión importante de los instrumentos de financiación¹¹ y, en especial, el reconocimiento la posibilidad de someter a control judicial el nuevo límite de endeudamiento, sin cercenar, al mismo tiempo, la posibilidad de las autoridades financieras de desarrollar una política presupuestaria anticíclica¹².

Los trabajos de la Comisión sobre el Federalismo II (*Föderalismusreform II*) concluyeron en la reforma de la Ley Fundamental mediante la Ley de reforma de 29 de julio de 2009¹³, cuyas principales modificaciones se sistematizan a continuación:

2.1. Una nueva regulación del endeudamiento en la Ley Fundamental

La reforma constitucional incorpora una nueva regulación que limita la capacidad de endeudamiento de la Federación y los Länder, modificando, a estos efectos, los arts. 109.3 (tras la reforma, pasa a ser apartado 4), 115 y 143d GG, considerada la «modificación más sustancial» por su trascendencia de cara a la futura elaboración de los Presupuestos de la Federación y los Länder¹⁴, aun cuando por su ubicación sistemática se encuentra «a caballo» entre la «Constitución financiera en sentido estricto» (*Finanzverfassung im engeren Sinne*, arts. 104 a 108 GG) –donde se regulan las competencias financieras del Bund y los Länder–, y las disposiciones específicamente referidas a la «regulación del Presupuesto y a la disciplina de la deuda pública» (*Haushaltsverfassung*, arts. 110 a 115 GG)¹⁵.

De hecho, la nueva redacción del artículo 109.3 GG es considerada por E. REIMER como la «nueva «Carta Magna»» de los Presupuestos de la Federación y los Länder, cuyo objetivo consiste en limitar de modo efectivo, siendo susceptible de control judicial, el endeudamiento, lo que, desde la perspectiva «del método constitucional», supone una «innovación» en la medida en que,

¹¹ HRBEK, R., «La reforma del federalismo en Alemania», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.): *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*. Op. cit., p. 26, y ARROYO GIL, A., «La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.): *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*. Op. cit., p. 158.

¹² REIMER, E., «La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, p. 94.

¹³ Ley de reforma de la Ley Fundamental, de 29 de julio de 2009 (BGBl. I, 2009). Además de la reforma constitucional, se ha aprobado paralelamente en el ámbito federal la Ley de acompañamiento de la segunda reforma del federalismo (Begleitgesetz zur zweiten Föderalismusreform), de 10 de agosto de 2009. BGBl. I, 2009.

¹⁴ ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 10, abril 2010, p. 55.

¹⁵ PEDRINI, F., «La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il Grundgesetz «preso sul serio»». *Quaderni Costituzionali*, nº. 2, 2011, p. 392.

al utilizar como valor de referencia un porcentaje concreto (0.35% del PIB nominal), exige a los intérpretes constitucionales «una precisión interpretativa hasta la centésima»¹⁶.

Según el nuevo apartado 3 del artículo 109 GG, la Federación y los Länder deben elaborar Presupuestos equilibrados, sin necesidad de recurrir al endeudamiento, aunque el mismo precepto contempla la posibilidad de que, a través de regulaciones reglamentarias, se puedan tomar en consideración situaciones coyunturales con repercusión presupuestaria al alza o a la baja, «que se aparten de la normalidad», así como normas de excepción para los supuestos de catástrofes naturales o situaciones extraordinarias de emergencia «que escapen al control de todo poder estatal y menoscaben considerablemente la situación de la hacienda estatal», aún cuando esta regulación de excepción deberá contener «una previsión adecuada de la amortización de los gastos».

La regulación del Presupuesto Federal se regirá por lo dispuesto en el art. 115 GG, bajo la premisa de la prohibición de recurrir al crédito, y la salvedad de que se considerará cumplido lo establecido en su apartado primero cuando los ingresos por préstamos no sobrepasen el 0.35% del PIB en valor nominal. No obstante, la reforma de 2009 deja entrever una cierta desconfianza hacia los Länder. Así, los detalles del Presupuesto serán establecidos por cada uno de los Länder según sus regulaciones específicas en el marco de su competencia constitucional pero, respecto de ellos, el apartado primero del art. 115 GG sólo se considerará cumplido si no se autoriza «ingreso alguno por vía de crédito». Una diferencia de trato que, según consta en las deliberaciones de la Comisión sobre el Federalismo II, fue aceptada por unanimidad¹⁷.

Además, la ejecución del Presupuesto también se encuentra condicionada por el límite al endeudamiento. En efecto, según la previsión contenida en el artículo 115.2.4ª GG, la gestión presupuestaria que no respete el límite de endeudamiento resultará antijurídica, tanto a través de la vulneración de los arts. 109.3 y 115.2 GG, como cuando se vulneran las previsiones contenidas en la Ley de Presupuestos o en un programa de saneamiento.

En todo caso, como anteriormente se mencionaba, la regulación constitucional prevé situaciones excepcionales y condiciones de flexibilidad a la prohibición de déficit:

¹⁶ REIMER, E., «La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana». Op., cit., pp. 98-99.

¹⁷ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, 24.3.2009 (Entwurf eines Begleitgesetzes zur zweiten Föderalismusreform), disponible en <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/124/1612400.pdf>> (última consulta 7.10.2012).

No obstante, a juicio de ARROYO GIL, A., la «desconfianza» respecto de las políticas presupuestarias de los Länder constituye una «injerencia difícilmente justificable en su capacidad de autogobierno» («La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania». Op., cit., pg. 57).

a) *Catástrofes naturales y situaciones de emergencia*

El apartado 2 del artículo 115 GG prevé que en el caso de catástrofe natural o situaciones extraordinarias de necesidad «que escapen al control de todo poder estatal y menoscaben considerablemente la situación de la hacienda estatal», los límites al endeudamiento anteriormente señalados puedan ser superados previo acuerdo de la mayoría de los miembros del Bundestag, siempre que se acompañe de un «plan de amortización» de los gastos contraídos que deberá ser ejecutado en un plazo de tiempo «adecuado»¹⁸.

Se trata, en todo caso, de situaciones que requieren la concreción de los términos de «catástrofe natural» o «situaciones extraordinarias de necesidad» por la Federación y los Länder, debiendo entenderse que tales circunstancias constituyen la causa de la necesidad del déficit o que contribuyen decisivamente a generarlo. Sin embargo, respecto de esta relación constitucional de causalidad el legislador tiene un «margen de apreciación», lo que conlleva también limitaciones respecto de las consecuencias jurídicas.

Así, el déficit únicamente puede ser tan elevado «como para que la situación presupuestaria, una vez que se haga uso de todos los esfuerzos de consolidación, vuelva a estar justo por debajo» del límite establecido en el artículo 109.3, segundo párrafo¹⁹, lo que exige la elaboración por la Federación o el Land afectado, según dispone el art. 109.3.2º inciso, del «correspondiente plan de amortización».

El «plan de amortización» determinará el montante de créditos a amortizar y el plazo para su amortización pero, a diferencia del déficit coyuntural, no se contempla la «exigencia de simetría». El constituyente alemán diferencia, por lo tanto, la naturaleza de la situación de déficit estructural y el supuesto de las situaciones extraordinarias de emergencia no controlables por el Estado, permitiendo la aplicación de soluciones económico-financieras también distintas.

En todo caso, según estima E. REIMER, el «plan de amortización» tiene naturaleza normativa y, más concretamente, se articulará a través de una ley ordinaria que será «vinculante para el posterior legislador presupuestario», aun cuando ello no excluya su eventual modificación legislativa en el supuesto en el que la situación extraordinaria que dio lugar a su aprobación perdurase en el tiempo o se agudizara respecto de la previsión inicial²⁰.

Además, el art. 115.2, frases sexta a octava GG, concreta tales excepciones al límite de endeudamiento, disponiendo que el nuevo endeudamiento estará sometido a la aprobación por mayoría absoluta del Bundestag de una resolución en

¹⁸ La concreción de las exigencias contenidas en el artículo 115.2 GG corresponde a una Ley federal, prevista en el artículo 2 de la Ley de acompañamiento, como Ley de desarrollo del artículo 115 GG (Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 GG).

¹⁹ REIMER, E., «La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana». Op., cit., p. 104.

²⁰ REIMER, E., «La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana». Op. cit., pp. 106-107.

la que, además de declarar la situación de emergencia, autorizará al legislador presupuestario para desviarse de los límites de endeudamiento en una concreta cuantía.

b) El déficit coyuntural

A través del endeudamiento coyuntural se trata de «compensar el incremento de los gastos y la minoración de los ingresos derivados de una oscilación coyuntural de la economía»²¹, lo que supone la introducción de una cierta flexibilidad –aunque limitada temporalmente– para el cumplimiento por la Federación y los Länder de las nuevas obligaciones financieras. En todo caso, la reforma constitucional no contempla las mismas condiciones para su aplicación en ambos niveles territoriales.

Así, reconociendo una mayor flexibilidad temporal a los Länder, la nueva regulación contenida en los artículos 109 y 115 GG, aplicada por primera vez al ejercicio presupuestario de 2011 (art. 143d GG), prevé que durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2019, éstos podrán, de acuerdo con su normativa, apartarse de las previsiones contenidas en el artículo 109.3 GG –prohibición de elaborar un Presupuesto sin la previsión de ningún ingreso procedente del crédito–, aun cuando sus Presupuestos se hayan de elaborar de modo que en el ejercicio presupuestario de 2020 se de cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 109.3 GG.

Por su parte, la Federación dispone de un margen temporalmente más limitado, en tanto que sólo podrá dejar de aplicar la nueva regulación constitucional en materia financiera entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, debiendo, en todo caso, suprimir el déficit existente en 2009 en el ejercicio de 2011 (art. 143d GG). Además, los Presupuestos anuales de la Federación se elaborarán tomando en consideración que en el ejercicio presupuestario de 2016 se cumpla la previsión contenida en el artículo 115.2 GG (es decir, los ingresos provenientes de los créditos de la Federación no deberán superar el 0.35% del Producto Interior Bruto en valor nominal), debiendo establecerse por ley federal las normas de ejecución pertinentes a tales efectos.

La mayor urgencia temporal exigida a la Federación en el cumplimiento de las nuevas prescripciones constitucionales se explica, de un lado, porque sus posibilidades de endeudamiento, aunque también sean limitadas, resultan superiores a las de los Länder, pero también porque el cumplimiento de las respectivas previsiones constitucionales por parte de ciertos Länder dependerá, en buena medida, «de las aportaciones provenientes de la propia Federación»²².

²¹ CORDERNO GONZÁLEZ, E. M^a. , «La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder». Op. cit., p. 308.

²² ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania». Op. cit., p. 60.

En todo caso, la «exigencia de simetría» contenida en el art. 109.3.2º in-ciso, se aplica a todo tipo de déficit coyuntural. Esta «exigencia de simetría» hace referencia a la evolución económica y obliga a los legisladores de la Federación y los Länder a adoptar las disposiciones procedentes que tomen en consideración esta evolución de modo simétrico. De este modo, se asegura que un endeudamiento asumido en una etapa de debilidad coyuntural será compensado mediante la correspondiente amortización posterior en la que la circunstancia puntual se haya fortalecido, a través de la «simetría de la regla que se aplica», es decir, que sea aplicada una fórmula unitaria que establezca «ex ante la relación entre crecimiento económico (u otros indicadores apropiados) y modificación del nivel de deuda»²³.

2.2. Instrumentos de aproximación a los objetivos de déficit

Las distintas etapas previstas para la reducción de los déficits financieros, así como la vigilancia respecto a la reducción de éstos por el Consejo de Estabilidad y, entre otros aspectos, las consecuencias en caso de incumplimiento de las diferentes etapas, serán objeto de regulación por una ley federal aprobada con la conformidad del Bundesrat. No obstante, la regulación constitucional prevé el favorecimiento en el cumplimiento de los objetivos fijados mediante ayudas especiales a los Länder que se encuentren en una situación financiera más débil, instrumentalizando también mecanismos de control del déficit.

2.2.1. Ayudas a la consolidación

En efecto, el artículo 143d, apartado 2 GG, con el fin de facilitar a los Länder el cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 109.3 a 1 de enero de 2020, prevé que entre los años 2011 y 2019 se podrá conceder a los Länder de Berlín, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswing-Holstein, «ayudas a la consolidación» con cargo al Presupuesto de la Federación. Estas ayudas, dirigidas a los Länder con una situación financiera más frágil, se articularán mediante un convenio administrativo de acuerdo con lo establecido en una ley federal que requiere la conformidad del Bundesrat, y tendrán como condición que, en cada caso, haya quedado totalmente suprimido el déficit financiero al finalizar el ejercicio presupuestario de 2020.

En última instancia, el apartado 3 del artículo 143d GG establece que la carga financiera resultante del otorgamiento de las «ayudas a la consolidación» se sufragará por mitades entre la Federación y los Länder, con cargo, por lo que respecta a éstos últimos, a su cuota de participación en el impuesto sobre el volumen de ventas. Una previsión que lleva a la práctica el principio de solidaridad entre los distintos niveles territoriales tanto con carácter vertical

²³ REIMER, E., «La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana». Op. cit., pp. 105-106.

como horizontal, en tanto que los Länder en mejor situación económica (que según la regulación constitucional no percibirán las «ayudas a la consolidación»), deberán, sin embargo, contribuir a la financiación del coste de las ayudas concedidas a los Länder cuya situación financiera sea menos favorable.

En efecto, la Ley sobre las ayudas para el saneamiento de las finanzas públicas (*Konsolidierungshilfengesetz*), aprobada con el voto favorable del Bundesrat al mismo tiempo que fue aprobada la reforma de la Constitución financiera en 2009, dispone la concesión de las ayudas a la consolidación a los Länder en virtud de un acuerdo con la Federación (art. 3), pero también condiciona su otorgamiento al establecimiento y cumplimiento de un plan de saneamiento de las finanzas públicas que reduzca el déficit financiero estructural del Länder en cuestión (art. 2.1), cuya observancia queda sometida al Consejo de Estabilidad (art. 2.2), pudiendo imponerse las sanciones previstas en el acuerdo con la Federación en el supuesto de que el Länder incumpliera dicho plan de saneamiento (art. 2.3).

De cualquier modo, según dispone el art. 143.d.2 in fine GG, estas ayudas al saneamiento o consolidación no pueden coincidir, aún cuando concorra una situación de emergencia presupuestaria extrema, con las ayudas complementarias que la Federación concede a los Länder con mayores necesidades financieras (art. 107.2 GG), previstas en la Ley Fundamental con anterioridad a la reforma constitucional de 2009 en el contexto del sistema de compensación financiera (*Finanzausgleich*) establecido en los arts. 106 y 107 GG²⁴.

Unas ayudas complementarias cuya percepción se ha visto restringida como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal al estimar que se trata de ayudas «excepcionales», de modo que su utilización deberá estar limitada a los supuestos en que no sea posible superar mediante otras vías las crisis financieras. Más concretamente, en la Sentencia de 19 de octubre de 2006, relativa a la crisis financiera planteada en la Ciudad-Estado de Berlín, el Tribunal Constitucional Federal condicionó la concesión de las ayudas complementarias a la concurrencia de una crisis financiera que pueda suponer una amenaza grave para la propia «existencia del Land como sujeto constitucional capaz de desempeñar sus funciones públicas»²⁵.

2.2.2. *El «sistema de advertencia temprana» y el Consejo de Estabilidad*

De entre las novedades más significativas incorporadas por la reforma constitucional de 2009 cabe destacar el nuevo artículo 109a GG, en virtud del cual, para evitar situaciones de «emergencia presupuestaria», una ley federal, necesitada del acuerdo del Bundesrat, determinará:

²⁴ Como precisa GARCÍA FRÍAS, A., el término «compensación financiera» no sólo trata de compensar las «desigualdades interterritoriales, sino también el reparto de los porcentajes de participación en los impuestos compartidos» («La financiación de los Länder». Op. cit., p. 258, nota 82.

²⁵ BVerfGE 116, 327, de 19 de octubre de 2006.

La supervisión continua del régimen presupuestario de la Federación y los Länder a través de un organismo de nueva creación;

Los supuestos y el procedimiento de declaración del «estado de emergencia presupuestaria», y

Los requisitos de elaboración y aprobación de programas de saneamiento para prevenir situaciones de índole presupuestaria.

El Consejo de Estabilidad (Stabilitätsrat), órgano conjunto de la Federación y los Länder, ha sido creado por el artículo 1 de la Ley de creación de un Consejo de Estabilidad y para evitar problemas financieros, de 10 de agosto de 2009 (Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen)²⁶.

Además, el artículo 109a, apartado 3 in fine GG, prevé que los acuerdos y los textos de las deliberaciones en los que se haya basado el Consejo de Estabilidad serán públicos, y que estará compuesto por los Ministros de Finanzas de la Federación y los Länder y por los Ministros federales de Economía y Tecnología, ocupándose, en primer lugar –siguiendo las indicaciones del Tribunal Constitucional en la Sentencia «Berlín»-, de la unificación de la estadística financiera y de la selección y determinación de los indicadores apropiados, como condiciones previas necesarias para la articulación del «sistema de advertencia temprana», a través del cual se tratarán de evitar situaciones de emergencia presupuestaria²⁷.

En todo caso, en opinión de F. Pedrini, la conexión del art. 109 a GG –a través del desarrollo contenido en el art. 115 GG–, con el actual artículo 126 TFUE resulta evidente desde la perspectiva de que «la *ratio*» de dicho precepto constitucional parece ser la de evitar, con carácter preventivo, todas aquellas situaciones que podrían conducir al incumplimiento de los criterios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en consecuencia, a la aplicación de las sanciones previstas por la Unión Europea²⁸.

3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La segunda reforma de la Constitución española, publicada en el BOE del 27 de septiembre de 2011²⁹, ha venido a incorporar también al máximo

²⁶ BGBl, I, S, 2702.

²⁷ SUDHOF, M., «Los puntos clave de la discusión de la Reforma del federalismo II y tendencia futuras», TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.): *La reforma del Estado Autónomo español y del Estado Federal alemán*. Op., cit., p. 181.

²⁸ PEDRINI, F., «La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il Grundgesetz “preso sul serio”». Op., cit., p. 392.

²⁹ Un estudio completo y detallado de los acontecimientos más significativos en relación con la crisis de la deuda en la zona euro y de la reforma del art. 135 de la Constitución española se puede encontrar en SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=427>>

nivel normativo en nuestro ordenamiento jurídico, la previsión de que «todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria».

Según afirma su Exposición de Motivos, la modificación del artículo 135 CE se justifica en la situación de «profunda y prolongada» crisis económica y financiera, así como en el valor «estructural» que adquiere la estabilidad presupuestaria en el contexto de la Unión Económica y Monetaria Europea y las «evidentes repercusiones de la globalización económica y financiera», condicionando «el mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1» del propio Texto Constitucional.

Asimismo, afirma, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado en el contexto de la Unión Europea en 1997, tiene como objetivo la prevención de déficits presupuestarios excesivos en la zona euro, garantizando «una convergencia sostenida y duradera» de las economías de los Estados miembros.

La finalidad de la reforma, por lo tanto, consiste en garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, «vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país».

Los términos en los que se pronuncia la Exposición de Motivos han llevado a F. de la Hucha a calificarla como «una suerte de totum revolutum» en el que se entremezclan cuestiones de distinta naturaleza, como es la estabilidad presupuestaria –que, a su juicio, debería haber sido objeto de una reforma del artículo 134 CE–, y la deuda pública³⁰.

En todo caso, diversos aspectos de la tramitación parlamentaria de la reforma constitucional –Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 30 de agosto de 2011, Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 1 y 2 de septiembre de 2011, y el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 30 de agosto de 2011–, fueron recurridos en amparo por dos Diputados del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verts en el Congreso de los Diputados, recurso que fue inadmitido a trámite mediante Auto del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 2012, al no apreciar «lesión alguna del art. 23.2 CE» respecto de la decisión de la Cámara de tramitar el proyecto de reforma constitucional por el procedimiento legislativo de lectura única (FJ 5).

Una reforma constitucional a través de la cual, según ha estimado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 157/2011, de 18 de octubre, se ha dado una nueva redacción al art. 135 CE con la que «se ha llevado a cabo la «consagración constitucional» del principio de estabilidad presupuestaria» (Fto. Jco. 1º), concretando en el apartado 1 de dicho precepto constitucional «un

³⁰ DE LA HUCHA CELADOR, F., «La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y Deuda Pública». *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 153, 2012, p. 22.

mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas» (Fto. Jco. 3º).

3.1. La instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria

Al igual que en la reforma de la Constitución financiera alemana, la reforma de la Constitución española incorpora el principio de estabilidad presupuestaria –«todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria» (art. 135.1 CE)–, articulando su cumplimiento a través de dos reglas básicas que, sin embargo, mantienen sustanciales diferencias respecto de la regulación en la GG.

De un lado, 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», remitiéndose a una ley orgánica para la fijación del «déficit estructural máximo permitido» en relación con su producto interior bruto, mientras que las Entidades Locales «deberán presentar equilibrio presupuestario» (art. 135.2 CE). De otro lado, a través de la previsión de que «el volumen de la 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» (art. 135.3, último párrafo).

3.1.1. Estabilidad presupuestaria y limitación del déficit estructural

En una primera aproximación, por razones técnicas y sistemáticas, a juicio de F. de la Hucha, la regulación del principio de estabilidad presupuestaria contenida en el apartado 1 del artículo 135 CE, hubiera resultado más adecuada mediante su consagración en nuestro Texto Constitucional a través de la reforma del art. 134 CE, como un «principio presupuestario añadido a los existentes en dicho precepto», dado que, según afirma, el principio de «estabilidad presupuestaria» constituye un principio distinto del clásico principio de «equilibrio presupuestario».

Así, éste último se situaría, en su opinión, en el contexto de la ortodoxia de la Hacienda clásica, donde vendría a significar la «equiparación o igualdad entre ingresos y gastos no financieros (es decir, excluidos los provenientes de la Deuda pública)», mientras que la estabilidad presupuestaria «tiene un carácter cíclico», que no impide «la existencia de déficits financieros anuales, siempre y cuando se equilibren dentro del período contemplado en el ciclo financiero elegido» e, incluso, permitiría la posibilidad de «déficits al finalizar el ciclo económico»³¹.

³¹ DE LA HUCHA CELADOR, F., «La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y Deuda Pública». Op. cit., pgs. 28-29.

No obstante, el concepto de «equilibrio presupuestario» en las finanzas clásicas parece hacer referencia a la prioridad otorgada a «una estricta igualdad contable» entre ingresos y gastos del Estado, aun cuando ésta pudiera adaptarse tanto a las acomodaciones vinculadas a la «existencia de Presupuestos extraordinarios reservados a los gastos de inversión financiados por el crédito», como al concepto de «operaciones definitivas o temporales (denominadas «por encima/por debajo de la línea»), o al hecho de que este equilibrio pudiera realizarse dentro de un marco plurianual»³².

En este sentido, a la luz de la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del principio de estabilidad presupuestaria –inicialmente consagrado a través de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y de la LO 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior-, la diferenciación entre «estabilidad presupuestaria» y «equilibrio presupuestario» desde la perspectiva del «carácter cíclico» que cabe atribuir a la primera y que estaría ausente en el segundo de los conceptos podría matizarse.

Así, según resulta de los Antecedentes analizados por el Consejo de Estado en el Dictamen nº 164/2012, de 1 de marzo de 2012, la regulación del principio de estabilidad presupuestaria a través de la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, complementaria de aquella, la «novedad más importante» de la reforma de 2006 provenía de la «adaptación de la política presupuestaria al ciclo económico» atendiendo a la referencia expresa al mismo en el concepto de estabilidad presupuestaria contenido en el art. 3.1³³ lo que, en sentido contrario, llevaría a considerar que en la regulación del principio de estabilidad presupuestaria a través de la le-

³² WALINE, CH., «Un principe ancré dans l'histoire constitutionnelle et financière». *Revue Française de Finances Publiques*, nº 117, Février 2012: «Constitution et équilibre des Finances Publiques, un débat d'avenir», pgs. 23-24.

De todos modos, en la actualidad, el concepto de «equilibrio presupuestario» o «Presupuesto equilibrado» resulta difícil de definir en un sentido unívoco, en tanto que «tiene un significado heterogéneo y no es un concepto unitario desde un punto de vista económico». Así, el equilibrio presupuestario puede producir una paridad «formal» o «nominal», es decir, un saldo que cuente sólo con el presupuesto actual o, de lo contrario, puede indicar, en su caso, un equilibrio «estructural» de las cuentas públicas, sin pedir prestado, con una eliminación del componente cíclico» (PEGORARO, L. y COSIMO, E.D. «La constitucionalización del equilibrio presupuestario. Reflexiones críticas sobre la clasificación de las «Constituciones impuestas» y otros problemas», en ALVÁREZ CONDE, E. y SOUTO GALVÁN, C., (Coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*. Madrid: Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pgs. 48-49).

³³ Según el art. 3.1 de la Ley 15/2006, de 26 de mayo, «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.a) y c) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones Públicas».

gislación adoptada en 2001, dicho principio no se encontraba vinculado al ciclo económico.

Desde luego, la definición del principio de estabilidad presupuestaria contenida en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, no incorpora una referencia expresa al ciclo económico en la definición del principio de estabilidad presupuestaria, limitándose a afirmar que se entenderá por estabilidad presupuestaria la «situación de equilibrio o superávit estructural» de las Administraciones Públicas³⁴, siendo el art. 11.2 quien define el concepto de «déficit estructural» como el «déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales», de ahí que se entienda que el art. 135.2 CE se refiere a un déficit «ajustado por el ciclo, por oposición al déficit cíclico o coyuntural»³⁵.

De este modo, el concepto que, a la luz de la regulación contenida en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera vincula al principio de estabilidad presupuestaria con el ciclo económico proviene de término «estructural» referido a la situación de equilibrio o de superávit, como posteriormente se desprende de la definición del concepto de «déficit estructural». Una vinculación con el ciclo económico que, en efecto, no cabría deducir de la definición del principio de estabilidad presupuestaria contenido en el art. 3.2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre³⁶.

En todo caso, a diferencia de la reforma constitucional alemana, el art. 135 CE no ha precisado el límite del déficit estructural de las Administraciones Públicas, limitándose la Disposición adicional única, apartado 3, a prever

³⁴ En efecto, según afirmaba el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.a) y c) de esta ley, la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas.

Los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.d) de esta ley se sujetarán al principio de estabilidad en los términos establecidos en el artículo 19 de esta ley».

³⁵ GARCÍA-MONCÓ, A., «Déficit, deuda pública y soberanía financiera: La reforma del artículo 135 de la Constitución», en ÁLVAREZ CONDE, E. y SOUTO GALVÁN, C., (Coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*. Op., cit., pg. 135. En el mismo sentido, MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del artículo 135 de la Constitución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 2012, pg. 150.

³⁶ En efecto, el art. 3.2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria afirmaba: «En relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1 de esta Ley, se entenderá por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones Públicas».

que el mencionado límite entrará en vigor a partir de 2020, remitiéndose a efectos de su concreción a la Ley Orgánica de desarrollo de «los principios» a que se refiere dicho precepto que, según dispone el apartado 5 del art. 135 CE, en todo caso, «regulará»:

- a) La «distribución de los límites» de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, así como los «supuestos excepcionales» en los que dichos límites podrán ser superados, y «la forma y plazo de corrección» de las desviaciones que respecto de ellos pudieran producirse.
- b) La «metodología y el procedimiento» para el cálculo del déficit estructural.
- c) La «responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento» de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

En desarrollo de dicha previsión constitucional, el art. 11.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, prescribe un déficit estructural cero para las Administraciones Públicas, aunque contempla el supuesto de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, donde, de acuerdo con la normativa europea, «podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0.4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando éste sea inferior»³⁷.

Ciertamente, el propio concepto de «déficit estructural» no constituye una variable cuyo cálculo se pueda realizar directamente, sino que «precisa de la aplicación de un método para la realización del ajuste de los elementos cíclicos» de una gran complejidad que, en última instancia, podría dificultar el ejercicio del oportuno control parlamentario por los órganos correspondientes pues, según reconocía en la reunión del grupo de funcionarios de los Parlamentos dedicados a materias presupuestarias en el ámbito de la OCDE, el responsable de la Secretaría Técnica de la Comisión de Presupuestos del Bundestag en relación con el cálculo del déficit estructural en el que se basa la reforma constitucional alemana de 2009, «dada la complejidad de los métodos de cálculo y la limitada transparencia del ejecutivo (al no haber explicitado las hipótesis en las que se ha basado) a

³⁷ De este modo, el art. 11.2 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, modifica el «acuerdo político» que acompañaba a la reforma constitucional, según el cual el límite de déficit estructural fijado a través de Ley Orgánica sería de 0,4% del PIB (0,26% correspondiente al Estado y 0,14% a las CCAA) (HERNÁNDEZ DE COS, P., «La reforma del marco fiscal en España: Los límites constitucionales y la nueva regla de crecimiento del gasto público», en *Banco de España, Boletín Económico*, Septiembre 2011, disponible en <<http://www.bde.es/ffweb/bde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/11/Sep/Fich/art4.pdf>>, última consulta: 7.10.2012) y, partiendo del déficit estructural cero para el conjunto de las Administraciones Públicas, reconoce el 0,4% únicamente como excepción.

la hora de estimar el output-gap para 2012-2015 (...), el Bundestag carece de la capacidad técnica necesaria para ejercer un adecuado control del cumplimiento de dicha norma»³⁸.

Un oscurantismo respecto del método y procedimiento de cálculo del «déficit estructural» que también podría referirse al legislador orgánico español, habida cuenta de que el art. 11.6 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad financiera, se limita a afirmar que para el cálculo del «déficit estructural» se aplicará la «metodología utilizada por la Comisión Europea» en el marco de la normativa sobre estabilidad presupuestaria. Una concreción que podría entenderse insuficiente para dar un adecuado cumplimiento al mandato contenido en el art. 135.5.b) CE, en tanto que cabría entender que la regulación de la «metodología y el procedimiento» a los que se refiere dicho precepto constitucional, exigiría al legislador orgánico, cuando menos, la identificación expresa de los rasgos esenciales relativos a ambos aspectos aun cuando éstos constituyeran la reproducción de los aplicados por la Comisión Europea.

3.1.2. El límite del volumen de Deuda pública

Por su parte, el art. 135.3, último párrafo CE, establece una limitación al volumen de deuda pública de las Administraciones Públicas afirmando que, 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».

En efecto, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Protocolo nº 12 sobre Procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea según la previsión contenida en el art. 126.2 in fine TFUE, relativo a la prohibición de déficits excesivos en los Estados miembros antes examinado, el artículo 13 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera dispone, articulando el denominado «principio de sostenibilidad financiera», que el volumen de deuda pública «no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca en la normativa europea».

Este límite del 60% del Producto Interior Bruto nacional en términos nominales es distribuido proporcionalmente entre las distintas Administraciones Públicas, correspondiendo a la Administración Central el 44 por ciento, al conjunto de las Comunidades Autónomas el 13 por ciento, y al conjunto de las Corporaciones Locales el 3 por ciento, y precisando que el límite de deuda

³⁸ GUTIÉRREZ DEL CASTILLO, C., «Las instituciones presupuestarias y las reglas fiscales en el ámbito de la OCDE. Una puesta en común de las buenas prácticas». *Revista de las Cortes Generales*, nº 83, segundo trimestre 2011, pg. 313.

pública «de cada una» de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 % de su Producto Interior Bruto regional.

En todo caso, la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ha incorporado, en su Disposición adicional única, una precisión singularmente relevante en relación con el límite de deuda pública correspondiente a las Comunidades Autónomas, consagrando un mecanismo de repercusión del incremento del volumen de deuda de la Administración central, en las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) que recurran a las ayudas a la financiación. Así, según afirma el precepto citado, a efectos del cumplimiento del límite previsto en el párrafo segundo del art. 13.1 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, «se tendrá en cuenta que, el incremento del volumen de deuda que pueda producirse en la Administración central de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de Déficit Excesivo, como consecuencia de las operaciones de endeudamiento que realice o haya realizado el Estado con el fin de desarrollar los mecanismos adicionales de financiación, se computará, respectivamente, en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en la cuantía equivalente a las cantidades percibidas por dichas Administraciones con cargo a aquellos mecanismos»³⁹.

Una repercusión del volumen de deuda en las entidades territoriales que, en todo caso, según se desprende del citado precepto, únicamente procedería realizar por parte de la Administración central cuando la utilización de los mecanismos adicionales de financiación suponga la superación por parte de ésta del límite del 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, lo que podría suponer la introducción de desigualdades respecto de la repercusión de la deuda pública de la Administración

³⁹ Al día de hoy, se ha articulado un mecanismo para el pago a proveedores por parte de las Entidades Locales y las Comunidades Autónomas –regulado por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa; el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a proveedores de las Entidades Locales, y el Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores–, junto a un mecanismo de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas (denominado Fondo de Liquidez Autonómico) –regulado a través del Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas en el ámbito financiero, concretado en algunos de sus aspectos por la Resolución de 25 de septiembre de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico–.

central en las Comunidades Autónomas y Entes Locales, en función de la situación de mayor o menor saneamiento económico de la Administración central en el momento de recurrir a los mecanismos adicionales de financiación⁴⁰.

Además, el contenido de la Disposición adicional única de la LO 4/2012, de 28 de septiembre, de modificación de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, podría estimarse que introduce una modulación en las previsiones del legislador orgánico respecto del denominado «principio de responsabilidad».

En efecto, la repercusión del volumen de deuda en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que perciban ayudas a la financiación no excluye la asunción y la responsabilidad de los compromisos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales por parte del Estado, habida cuenta de que la Disposición transitoria cuarta –según la redacción de la LO 4/2012, de 28 de septiembre, que, a los efectos que nos ocupan, no resulta sustancialmente modificada respecto de la inicialmente contenida en la LO 2/2012, de 27 de abril-, reconoce que los «mecanismos adicionales de financiación» que se hayan habilitado o se habiliten por el Estado de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera, con el fin de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales hagan frente a las obligaciones pendientes de pago con sus proveedores, para financiar sus vencimientos de deuda o para dotar de liquidez a las Comunidades Autónomas, «quedarán excluidos del ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 8 de esta Ley» –cuyo inciso primero afirma que el Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los entes previstos en el art. 2.2 de esta Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos–.

⁴⁰ El recurso por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales a mecanismos adicionales de financiación según la regulación de la Disposición adicional primera de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, lleva aparejada la obligación de elaborar un «plan de ajuste» por la administración responsable, y la «remisión de información» al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con una periodicidad que ha sido modificada por la nueva redacción de dicho precepto mediante la LO 4/2012, de 28 de septiembre, donde se incorpora también la aceptación previa al acceso de estos mecanismos de «aquellas otras condiciones que se determinen en la disposiciones o acuerdos que dispongan la puesta en marcha» de los mismos (Apartado 2, Disposición adicional primera).

A tales efectos, la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, concreta el «principio de transparencia» previsto en los arts. 6 y 27 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, especificando, según afirma la Exposición de Motivos de la Orden Ministerial, el «contenido de la información que debe ser remitida, así como la frecuencia y la forma de suministro», con la finalidad, afirma, de «cumplir así con eficacia con la instrumentación del principio de transparencia».

Por otro lado, de conformidad con la previsión contenida en el art. 135.3, párrafo primero CE, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece que el Estado y las Comunidades Autónomas «deberán estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito» (art. 13.4).

La referencia constitucional a las Comunidades Autónomas como entes territoriales sujetos a la autorización mediante Ley para la emisión de deuda pública o contraer crédito, constituye una novedad respecto de la anterior redacción del art. 135 CE, cuyo apartado 1 se refería exclusivamente al Gobierno respecto de la sujeción a esta obligación. Dicha autorización fue extendida a las Comunidades Autónomas por el art. 14.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, donde se afirmaba que deberán estar autorizadas por el Estado para emitir deuda o cualquier otra apelación al crédito público⁴¹. Así, como resulta conocido, la práctica seguida ha consistido en la autorización para la emisión de deuda pública por las Comunidades Autónomas a través de un «Acuerdo del Consejo de Ministros».

Una exigencia de autorización estatal para la emisión de deuda pública por las Comunidades Autónomas que, según el criterio invariablemente mantenido por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 11/1984, de 2 de febrero (FJ 5º y 6º), se sitúa en el contexto de *«los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada «constitución económica» a que este Tribunal Constitucional se ha referido en su sentencia 1/1982, de 28 de enero (conflictos positivos de competencias números 63 y 191/1981, acumulados), y especialmente por lo que se refiere al ámbito más concreto de la actividad financiera, en el que debe encuadrarse el caso contemplado en el presente proceso, deben ajustarse al principio de coordinación de las Haciendas de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal, formulado por el artículo 156.1 CE (...)»*.

⁴¹ En efecto, según dispone el art. 14.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas:

«Para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito público, las Comunidades Autónomas precisarán autorización del Estado. Para la concesión de la referida autorización, el Estado tendrá en cuenta el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria definido en el artículo 2.1.b de la presente Ley.

Con relación a lo que se prevé en el párrafo anterior, no se considerarán financiación exterior, a los efectos de su preceptiva autorización, las operaciones de concertación o emisión denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea.

En todo caso, las operaciones de crédito a que se refieren los apartados uno y dos anteriores precisarán autorización del Estado cuando, de la información suministrada por las Comunidades Autónomas, se constate el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria».

Porque en opinión del Tribunal, el art. 14.3 (LOFCA) configura «*una facultad estatal de acuerdo con los principios a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior y, en especial, de acuerdo con los de coordinación de las Haciendas de las Comunidades Autónomas con la del Estado y de exigencia de una política económica unitaria. A dichos principios y a otros formulados por la Constitución se refiere el artículo 2º, 1, de la propia LOFCA. El artículo 3.2.e) de la misma Ley Orgánica atribuye al Consejo de Política Fiscal y Financiera, como órgano consultivo y de deliberación, competencia en materia de «coordinación de la política de endeudamiento». Pero la coordinación de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y, en concreto, de sus respectivas políticas de endeudamiento, no se agota (...) en la emisión de informes no vinculantes por parte de dicho Consejo, sino que la integración de la diversidad de las partes en un conjunto unitario, perseguida por la actividad de coordinación (...), exige la adopción de las medidas necesarias y suficientes para asegurar tal integración. De ahí que puedan ser consideradas las autorizaciones de emisión de deuda pública contempladas en el artículo 14.3 de la LOFCA como medios al servicio de la coordinación indicada. Por otra parte, tales autorizaciones pueden ser consideradas además como decisiones de especial relevancia al servicio de una única política monetaria, cuya adopción corresponde exclusivamente al Estado en virtud del artículo 149.1.11ª de la Constitución».*

No obstante, debe subrayarse a este respecto la práctica seguida por la mayor parte de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, consistente en prever también la autorización de deuda pública o el recurso al crédito mediante una Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma en base a lo dispuesto en el art. 157.3 CE, habida cuenta de que «el producto de las operaciones de crédito» se encuentra enumerado como recurso de las Comunidades Autónomas por el art. 157.1.e) CE, aunque pueden establecerse algunas diferencias respecto a la precisión con la que se formula esta previsión en los diferentes Estatutos de Autonomía que la contemplan⁴².

⁴² En este sentido, la emisión de deuda pública o el recurso al crédito requiere la autorización mediante Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma en el art. 187.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; el art. 110.2 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 87.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 77.1 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la LO 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; el art. 85.1 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, y en el art. 19.1.k) de la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la LO 3/1982, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Sin embargo, se refieren a un genérico «acuerdo del Parlamento» el art. 50.1 de la Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la LO 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Cantabria; art. 16.3.c) de la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de

En todo caso, al margen de las previsiones estatutarias, la autorización del Estado a las Comunidades Autónomas para la realización de las operaciones de crédito y emisiones de deuda queda vinculada en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera al cumplimiento de los «objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública», así como de los «principios y el resto de las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley» (art. 13.4)⁴³.

Además, a través de la presunción de su inclusión en el estado de gastos de los Presupuestos, los créditos presupuestarios dirigidos al reintegro de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas, adquieren una particular relevancia respecto del resto de los créditos presupuestados por el Estado y las Comunidades Autónomas, en tanto que gozarán de «prioridad absoluta» frente a la ejecución de cualquier otro gasto (art. 14).

Ciertamente, el reconocimiento legal de la prioridad de los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas reproduce el contenido del art. 135.3 CE donde, además, se contempla la presunción obligada de su incorporación en el estado de gastos del Presupuesto, incorporando, de este modo, una precisión en el contenido mínimo de la Ley de Presupuestos según es concretado por el art. 134.2 CE, en virtud del cual los Presupuestos Generales del Estado «incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado».

julio, de reforma de la LO 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, y el art. 23.8º de la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la LO 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

Por su parte, no incluyen ninguna referencia respecto del órgano que debe otorgar la autorización ni sobre la forma jurídica que ésta debe revestir, mencionando que el Ejecutivo autonómico podrá emitir deuda pública «respetando los principios generales y la normativa estatal», el art. 213.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y el art. 132.1 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

⁴³ Cabe subrayar que –junto a los principios de estabilidad presupuestaria y transparencia, ya incorporados a nuestro ordenamiento jurídico–, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, incorpora tres nuevos principios: el de «sostenibilidad financiera», entendido como la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública (art. 4.2); el de «responsabilidad», según el cual las Administraciones que incumplan o que contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se deriven (art. 8.1); y el principio de «lealtad institucional», que contiene una serie de reglas que deberán ser respetadas por las Administraciones Públicas en sus actuaciones (art. 9).

De cualquier modo, las previsiones contenidas en el art. 14.1 y 2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas⁴⁴, admiten una salvedad de carácter temporal en su aplicación, en virtud de la previsión contenida en la Disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, disponiendo que, con carácter excepcional, hasta 2020, si se dieran circunstancias económicas extraordinarias que lo exigieran «para garantizar la cobertura de los servicios públicos fundamentales», podrán concertarse «operaciones de crédito por plazo superior a un año y no superior a diez», si bien en este supuesto excepcional, las operaciones de crédito que se concierten «deberán ser autorizadas» por el Estado, quien apreciará si se dan las circunstancias previstas en esta disposición.

Pero además, las Administraciones Públicas se encuentran sometidas al cumplimiento de la «regla de gasto» (también denominada «techo de gasto») prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Una previsión del legislador orgánico –carente de una previsión constitucional expresa en el art. 135 CE–, que trae causa de la regulación contenida en el art. 8 bis del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en virtud de la reforma introducida por el Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, y que se sitúa en sintonía con la regulación prevista en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, contenida en el artículo 10.3 del Reglamento (CE) n° 1466/97, según la redacción dada por el Reglamento (UE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre⁴⁵,

⁴⁴ Según dichos apartados: 1. «Las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo que se establece en el número cuatro del presente artículo, podrán realizar operaciones de crédito por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería.

2. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán concertar operaciones de crédito por plazo superior a un año, cualquiera que sea la forma como se documenten, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el importe total del crédito sea destinado exclusivamente a la realización de gastos de inversión.

b) Que el importe total de las anualidades de amortización, por capital e intereses, no exceda del 25% de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma».

⁴⁵ DOUE L 306/12, de 23 de noviembre de 2011.

Según dicho precepto, la desviación del objetivo presupuestario a medio plazo o de la trayectoria de ajuste adecuada para lograrlo, será objeto de una valoración general en la que se incluirán, en particular, los criterios siguientes:

a) En el supuesto de un Estado miembro que no haya alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo, cuando se valore el cambio del saldo estructural, «si la desviación» es de al menos el 0.5% del PIB en un solo año, o del 0.25 % del PIB en dos años consecutivos;

b) Cuando se evalúe la evolución del gasto excluyendo las medidas discrecionales relativas a los ingresos, si la desviación tiene una repercusión total en el saldo presupuestario de las administraciones públicas» de, al menos, el 0.5% del PIB en un solo año o de forma acumulada en dos años consecutivos.

si bien la opción del legislador orgánico por una única tasa de crecimiento potencial para todas las Administraciones Públicas no coincide con la metodología empleada por la Unión Europea⁴⁶.

De cualquier modo, como señala M. ESPARZA OROZ, «aunque la regla no afecte al gasto público», a través del mismo se condiciona la «potencialidad recaudatoria de los ingresos públicos», afectando a los niveles territoriales central, autonómico y local, aunque no a la Seguridad Social⁴⁷.

Concretamente, según el apartado 1 del artículo 12 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la «variación del gasto computable» de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, «no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española»⁴⁸, aunque de existir un «desequilibrio estructural en las cuentas públicas o una deuda pública superior al objetivo establecido», el crecimiento del gasto público computable se ajustará a los planes económico-financieros y de reequilibrio previstos, como medidas correctivas, en los arts. 21 y 22 de la misma Ley Orgánica.

En todo caso, se entenderá por «gasto computable», según el apartado 2 del art. 12, «los empleos no financieros» definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, «excluidos los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación».

En última instancia, el art. 13.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, también prevé la posibilidad de que

⁴⁶ En efecto, según la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la tasa de referencia de crecimiento se calculará conforme a la metodología que apruebe el Ministerio de Economía y Competitividad y, en este sentido, como se reconoce en la «ACTUALIZACIÓN DEL PROGRAMA DE ESTABILIDAD. REINO DE ESPAÑA. 2012-2012», la utilización «de una única tasa de crecimiento potencial y una brecha cíclica para cada una de las Administraciones se apoya en la evidencia empírica de una fuerte y creciente correlación cíclica entre todas las CCAA y con la economía nacional», haciendo «más operativa» la aplicación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, pues de lo contrario, «el método de función de producción empleada por la CE para la estimación del crecimiento potencial exigiría contar con previsiones detalladas para cada una de las CCAA, así como con previsiones detalladas y fiables del conjunto de variables que definen su stock de capital y su nivel de input trabajo», disponible en <<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0E911A5C-F0F6-490F-8280-1AE0EDC539CE/202009/ActualizacinProgramaEstabilidad2.pdf>> (última consulta: 11/10/2012).

⁴⁷ ESPARZA OROZ, M., «El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Junio 2012, p. 186.

⁴⁸ La referencia «a medio plazo» debe entenderse a tres años, según lo dispuesto en el art. 15.1 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

se puedan superar los límites de la deuda pública de cualquier Administración Pública, en virtud de las circunstancias y en los términos previstos en el art. 11.3 de esta Ley, configurando, de este modo, un conjunto de excepciones al cumplimiento de los límites de déficit estructural y de deuda pública.

3.2. Excepciones al cumplimiento de los límites de déficit estructural y de deuda pública

En desarrollo de la previsión contenida en el art. 135.4 CE, según la cual, los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán ser superados en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, «apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados», los arts. 11.3 y 13.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, prevén situaciones en las que, «excepcionalmente», la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural o superar los límites de deuda pública, en términos prácticamente idénticos a los utilizados por la Constitución.

Sin embargo, cabe subrayar, de un lado, que el legislador orgánico excluye la posibilidad de superar el límite del déficit estructural a las Corporaciones Locales –que «deberán mantener una posición de equilibrio o superávit presupuestario» (art. 11.4)-, y a las Administraciones de la Seguridad Social –que únicamente podrán incurrir en déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (art. 11.5)- y, de otro lado, la ausencia de una concreción de los supuestos que pueden dar lugar a la superación de la «tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española» (regla de gasto), aun cuando la referencia del segundo inciso del art. 12.1 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera a un «desequilibrio estructural de las cuentas públicas» podría incluir tanto los supuestos de superación del límite de «déficit estructural» como del límite del «volumen de deuda pública», a los que se refiere el art. 135.4 CE para la previsión de los supuestos excepcionales.

Concretamente, respecto de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, las situaciones que pueden dar lugar al déficit estructural provienen, según precisa el art. 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, de catástrofes naturales, recesión económica –que el legislador orgánico califica como «grave», a diferencia de la redacción constitucional-, o de situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Di-

putados. Una desviación que, en todo caso, según precisa el precepto mencionado, tendrá carácter «temporal» y «no podrá poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo».

A tales efectos, el precepto citado establece, también en términos genéricos, que la situación de «recesión económica» se define de acuerdo con lo dispuesto «en la normativa europea», siendo necesario, en todo caso, la concurrencia de «una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional».

Como puede fácilmente apreciarse, en el contenido del art. 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el legislador orgánico ha procedido a precisar mínimamente el concepto de «recesión económica», calificándola como «grave» y disponiendo su definición en atención a la normativa europea y a la tasa real anual de crecimiento negativo del Producto Interior Bruto, pero no incorpora elementos de precisión de los restantes conceptos a los que se refieren tanto el art. 135.4 CE como el mismo art. 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y, en especial, el de «situaciones de emergencia extraordinaria».

Ciertamente la concreción del concepto de «catástrofes naturales» no resultaría excesivamente difícil en nuestro ordenamiento jurídico, atendiendo a la regulación contenida en el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y del art. 1 y concordantes de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil. Sin embargo, la concurrencia de «situaciones de emergencia extraordinaria» no controlables por el Estado y asociadas al perjuicio considerable de la situación financiera o a la sostenibilidad económica o social, podría resultar más difícil de valorar por el Congreso de los Diputados a efectos de flexibilizar el cumplimiento del límite de déficit estructural del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En este sentido, el legislador orgánico no ha proporcionado mayores precisiones respecto de dicho concepto de las incorporadas al art. 135.4 CE, pudiendo entenderse que nos encontramos ante un concepto jurídicamente indeterminado cuya concreción corresponderá, en primer término, a la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, atendiendo a las circunstancias particulares que, llegado el caso, pudieran plantearse, cuya estimación podrá realizar con un amplio margen de discrecionalidad.

Para afrontar las situaciones de superación del límite al déficit estructural como consecuencia de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria en los términos establecidos en dicho precepto, será necesaria la elaboración de un «plan de reequilibrio» (regulado en el art. 22 LO), que permita la corrección del déficit estructural tomando en consideración «la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento».

En cualquier caso, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y de la regla de gasto, se garantiza en el Capítulo

IV de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera mediante la regulación de medidas preventivas, correctivas y coercitivas.

Respecto de las primeras, aplicables en el supuesto en que se aprecie un «riesgo de incumplimiento», se prevén «medidas automáticas de prevención» (artículo 18) y un mecanismo de alerta temprana, que podrá suponer la formulación por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de una «advertencia motivada» de carácter público, previa audiencia de la Administración implicada, que, en el caso de no traducirse en la adopción de las medidas necesarias en el plazo de un mes por la Administración requerida, podrá dar lugar a la aplicación de medidas correctivas (artículo 19).

De conformidad con la previsión contenida en el art. 135.5 de la Constitución, relativa a la concreción por Ley Orgánica de la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera, el art. 19.1 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera prevé que el Gobierno dará cuenta de la formulación de una advertencia, para su conocimiento, al Consejo de Política Fiscal y Financiera, si se dirige a una Comunidad Autónoma, y a la Comisión Nacional de Administración Local, si va dirigida a una Corporación local.

Las medidas correctivas se articulan en torno a «medidas automáticas de corrección» para los casos de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria o de deuda pública por las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, consistentes en el requisito de la autorización estatal (o de la Comunidad Autónoma en el caso de las Corporaciones Locales) para las operaciones de endeudamiento, y en el sometimiento a informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios con la Administración Central (artículo 20).

En última instancia, el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de la deuda pública o de la regla de gasto, supondrá el nacimiento para la Administración incumplidora de la obligación de elaborar un «plan económico-financiero» que permita, en el plazo de un año, el cumplimiento de tales objetivos (artículo 21.1).

Por su parte, las medidas coercitivas serán aplicadas en caso de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio. En tales supuestos, la Administración pública responsable deberá, en primer término, «aprobar la no disponibilidad de créditos» que garantice el cumplimiento del objetivo establecido, así como «constituir un depósito con intereses» en el Banco de España equivalente al 0.2% de su PIB nominal y, en última instancia, podrá ser objeto de una propuesta de medidas, de obligado cumplimiento, formulada por una delegación de expertos bajo la dirección del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 25).

En el caso de que una Comunidad Autónoma no adoptase el acuerdo de no disponibilidad de créditos, no constituyese el depósito obligatorio, o no diera ejecución a las medidas formuladas por la delegación de expertos, el Gobierno, de conformidad con el artículo 155 CE, requerirá al Presidente de la Comunidad Autónoma para su adopción y, en caso de no atenderse al requerimiento, el Gobierno, con el apoyo de la mayoría absoluta del Senado, podrá obligar a la Comunidad Autónoma a su «ejecución forzosa» (artículo 26.1).

En el supuesto de que el incumplimiento de tales medidas provenga de una Corporación local, será requerido el Presidente de la misma por el Gobierno o la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera y, en caso de no atender al requerimiento, el Gobierno o la mencionada Comunidad Autónoma podrán adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento forzoso de las mismas (artículo 26.2).

En el caso de que la persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones requeridas suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, podrá considerarse como «gestión gravemente dañosa para los intereses generales», y procederse a la «disolución» de los órganos de la Corporación Local incumplidora (artículo 26.3).

4. CONCLUSIONES

En términos generales cabría deducir que, a pesar de no constitucionalizar los límites de déficit y de deuda pública como sucede en la reforma constitucional alemana de 2009 –cuya procedencia resultaría discutible desde la perspectiva de su posible incidencia en el carácter normativo del Texto Constitucional en caso de incumplimiento–, la reforma de la Constitución española de 27 de septiembre de 2011 resulta singularmente restrictiva respecto del «poder presupuestario» del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Ambas reformas constitucionales –la alemana y la española– se fundamentan en un concepto de difícil concreción como es el de «déficit estructural», pero cuya relevancia a efectos del ejercicio del control parlamentario por los órganos competentes no debe minusvalorarse en un Estado que se define como «social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). Así lo demuestran, por otro lado, las reflexiones del responsable de la Secretaría Técnica de la Comisión de Presupuestos del Bundestag al estimar que dada «la complejidad de los métodos de cálculo» y la «limitada transparencia» del Gobierno, al no haber explicitado las hipótesis en las que ha fundamentado la estimación del output-gap para 2012-2015, el Bundestag carecía de capacidad técnica «para ejercer un adecuado control» del cumplimiento del cálculo del déficit estructural.

Una deficiencia que, en el caso español, resultaría aún más relevante en términos constitucionales desde la perspectiva de que la genérica referencia del art. 11.6 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad

Financiera a la metodología utilizada por la Comisión Europea para el cálculo del déficit estructural, podría estimarse que no proporciona un adecuado cumplimiento al contenido mínimo prefijado por el art. 135.5.b) CE, respecto de la Ley Orgánica que desarrolla los principios reconocidos en dicho precepto constitucional, a la que exige la «regulación» del «método» y el «procedimiento» para el cálculo del déficit estructural.

De otro lado, a diferencia de la reforma constitucional alemana de 2009, el nuevo artículo 135.3 CE otorga una preferencia absoluta a los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública que no sólo condiciona la ejecución de los Presupuestos del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino que también, en tanto que se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos, constituye una concreción del contenido mínimo de la Ley de Presupuestos precisado en el art. 134.2 de la Constitución, al disponer que los Presupuestos Generales del Estado «incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado».

Por lo que hace a las excepciones al cumplimiento de los límites de gasto y de deuda pública, en ambas reformas constitucionales se regulan tales situaciones por referencia a un concepto jurídico indeterminado –«situaciones de extraordinaria necesidad» en el art. 115.2 GG y «situaciones de emergencia extraordinaria» en el art. 135.4 CE-, en ambos casos, no controlables por el Estado y que perjudiquen o menoscaben considerablemente la situación financiera. Sin embargo, la reforma constitucional española incorpora además el concepto de «recesión económica», concretada por el art. 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, como «grave», cuya determinación se realizará, según dispone el mencionado precepto legal en términos genéricos, atendiendo a lo dispuesto en la normativa europea.

Del mismo modo, cabe subrayar las significativas divergencias que presentan las reformas constitucionales examinadas en relación con la articulación del principio de solidaridad interterritorial (art. 2 CE) y la fijación de los límites de gasto y de deuda pública. Así, a diferencia de las «ayudas a la consolidación» previstas en el art. 134d, apartado 2 GG respecto de determinados Länder cuya situación económica es más delicada, el art. 135 CE no contempla ningún instrumento de apoyo económico ni financiero de carácter temporal respecto de aquellas Comunidades Autónomas que se encuentren en una situación económica más difícil de cara al cumplimiento de los objetivos de gasto y de deuda pública.

Pero, además, como se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores, la reforma de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a través de la LO 4/2012, de 28 de septiembre, ha venido a incorporar, a través de la Disposición adicional única, un mecanismo de repercusión del volumen de deuda en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que perciban ayudas a la financiación, tomando como referencia el

incremento del volumen de deuda pública que dichas operaciones puedan producir en la Administración central, de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de Déficit Excesivo —es decir, atendiendo al límite del 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales—, lo que podría suponer la introducción de desigualdades respecto de la repercusión de la deuda pública de la Administración central en las Comunidades Autónomas y Entes Locales, en función de la situación de mayor o menor saneamiento económico de la Administración central en el momento de recurrir a los mecanismos adicionales de financiación.

Un mecanismo de repercusión del volumen de deuda que, por lo demás, podría entenderse que modula el reconocimiento de la asunción y la responsabilidad por el Estado de los compromisos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, establecido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Además, la reforma de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera mediante la LO 4/2012, de 28 de septiembre, impone la asunción por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que accedan a los mecanismos adicionales de financiación, según la nueva redacción de la Disposición adicional primera, no sólo de la aceptación previa de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información, sino también —y esta constituye una de las novedades de la reforma—, de «aquellas otras condiciones que se determinen en las disposiciones o acuerdos que dispongan la puesta en marcha de los mecanismos».

Unas condiciones previas al acceso a mecanismos adicionales de financiación entre las que se encuentra la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en la que se establecen «las especificaciones del contenido de la información que debe ser remitida, así como la frecuencia y la forma de suministro» de la misma.

En última instancia, cabe subrayar la diferente aplicación por el legislador orgánico de los criterios y métodos adoptados por la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria y prohibición de déficits excesivos de los Estados miembros, pues si bien de un lado, son constantes en el texto de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera —en coherencia, por lo demás, con las remisiones al ordenamiento de la UE contenidas en el art. 135 CE—, las referencias genéricas a los límites establecidos por la normativa europea, así como la remisión expresa al Protocolo sobre Procedimiento aplicable en caso de Déficit Excesivo, y a la metodología utilizada por la UE para el cálculo del déficit estructural, en relación con la metodología adoptada por el Ministerio de Hacienda y Competitividad a efectos del cálculo de la tasa de crecimiento potencial relativa a la «regla de gasto», sin embargo, según reconoce el propio Gobierno se opta por una «única tasa de crecimiento potencial» para las Administraciones Públicas, a diferencia

del método de función de producción empleado por la Unión Europea, que exigiría contar con previsiones detalladas para cada una de las Comunidades Autónomas, así como estimaciones detalladas y fiables del conjunto de variables que definen su stock de capital y su nivel de input trabajo.

RECENSIONES

Giuseppe MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma, 2011

Giuseppe MARTINICO, joven «García Pelayo» *fellow* en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, ha publicado esta última obra en diciembre 2011. Se trata del resultado de años de investigación y de reflexiones presentadas en artículos precedentes y ponencias en diversas universidades europeas. Es un libro muy fluido, con un razonamiento claro, que va desde el principio hasta el final.

El objetivo principal del libro es el de reaccionar en contra de las dudas de una parte de la doctrina académica respecto a la naturaleza verdaderamente constitucional del derecho europeo (o sea, de la Unión europea). El autor destaca la importancia sistémica de los conflictos constitucionales –entre la primacía del derecho europeo y la supremacía de las constituciones nacionales– para el desarrollo de los principios constitucionales del derecho de la Unión.

En el primero de los cuatro capítulos de la obra, MARTINICO explica los conceptos esenciales que serán empleados luego: constitución europea, constitucionalismo europeo, constructivismo y evolucionismo constitucional. Además, en un análisis de los críticos de la teoría constitucional europea, se identifican unas características comunes: la referencia casi exclusiva al origen constructivista-revolucionario del constitucionalismo y la presunción de exclusividad y superioridad del constitucionalismo nacional.

En el segundo capítulo el autor trata de analizar algunas de las argumentaciones de estudiosos como Matei Avbelj, Nico Krisch y Massimo Luciani. Por un lado, MARTINICO pone de relieve la variedad de opiniones en el debate internacional. Por otro lado, el autor refuta algunos puntos fundamentales de esos enfoques, sobre todo la presunción de exclusividad del constitucionalismo nacional.

El tercer capítulo es más práctico y presenta dos ejemplos de constitucionalismo post-nacional, Canadá y Suiza. Se trata de dos ordenamientos cuya historia puede proporcionar comparaciones muy útiles para dar una luz nueva al estudio del proceso europeo, y no muy exploradas por la doctrina jurídica europeísta. MARTINICO las utiliza, de manera muy innovadora, para señalar cuales elementos frecuentemente analizados como síntomas del fracaso del constitucionalismo de la Unión Europea son, de hecho, característicos de otros contextos claramente constitucionales.

En el cuarto capítulo se examinan los conflictos. El autor aclara el horizonte teórico de sus reflexiones, empezando por Chantal Mouffe («En torno a lo político», FCE, 2007). Entonces analiza los conflictos constitucionales, especialmente aquellos juicios donde se trata de los materiales constitucionales nacionales (*Mangold, Michanicki, Filipiak, Winner Wetten, Rodríguez Cullero*, etc.).

MARTINICO subraya el efecto sistémico incluso de aquellos conflictos que, *prima facie*, parecen ser anti-sistémicos. Los conflictos tienen un papel

esencial en la dinámica constitucional europea, porque alimentan el motor del desarrollo del sistema. El ejemplo más clásico es la jurisprudencia *Solange* del Tribunal constitucional federal alemán. La fuerte reacción de ese tribunal nacional ha sido el origen de una evolución sobresaliente del derecho europeo, que permitió la aceptación de principios constitucionales nacionales por la jurisdicción supranacional.

El autor intenta también encontrar otros modelos potenciales de conflictos sistémicos, por ejemplo en lo que se refiere al debate jurisprudencial sobre la autonomía del derecho procesal nacional, a partir de las Conclusiones del Abogado general Cruz Villalón en el caso *Elchinov*.

Tras un trabajo tan innovador, las conclusiones del autor no podían sino ser abiertas a los próximos acontecimientos del proceso constitucional europeo y al debate de los estudiosos, contrariamente a la opinión de algunos comentaristas quienes lo consideran un límite. Con respecto al futuro de los conflictos constitucionales, MARTINICO considera que seguirán tomando un rol esencial en el desarrollo del derecho de la Unión. La primera razón es que los nuevos países miembros añaden heterogeneidad constitucional a la estructura del derecho europeo (lo que ha sido confirmado por ejemplo por la decisión del Tribunal constitucional checo No. Pl. US 5/12, en reacción a la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión *Landtová*, C-399/09, donde los jueces checos han aplicado el control *ultra vires* ya profetizado por el Tribunal constitucional federal alemán en el *Lissabon Urteil*). En segundo lugar, el rechazo al Tratado constitucional de 2005 ha hecho explotar los conflictos latentes en el constitucionalismo europeo, entre otras razones por la terminología adoptada. Además, la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en el Tratado de Lisboa, podría provocar una nueva «competencia interpretativa» entre los tribunales europeos, para adquirir el monopolio en el ámbito de los derechos fundamentales.

Otra causa de futuros conflictos constitucionales será sin duda la crisis financiera actual y las medidas de reacción adoptadas por la Unión y los países de la zona euro. Un ejemplo muy destacable, aunque actualmente no sea formalmente parte del derecho de la Unión, es el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (conocido como *Fiscal Compact*), cuyo artículo 4.2 impone la introducción en la constitución de la regla de oro presupuestaria, lo que España hizo el 7 de septiembre de 2011.

El merito del trabajo de MARTINICO es el de presentar de manera extremadamente clara el estado actual del debate sobre el derecho constitucional europeo y, al mismo tiempo, ofrecer una perspectiva muy original. El análisis de la jurisprudencia canadiense y suiza, con un nivel elevado de pluralismo constitucional, ayuda a contrastar algunos estereotipos a menudo repetidos por una parte de la doctrina jurídica, que a veces parece exageradamente vinculada a una idea exclusivamente nacional del constitucionalismo. Las «odi-

seas constitucionales» vividas en otros contextos demuestran que el papel de los conflictos entre actores del sistema no es un indicio de la imposibilidad de un constitucionalismo supranacional o de su fracaso, sino una manifestación de su espíritu polémico.

En otras palabras, MARTINICO nos enseña que en lugar de refutar la posibilidad de la constitucionalización de la Unión Europea, es menester analizar la manera en que este proceso se haya (aunque parcialmente) desarrollado. Y por ende, la relevancia de las reflexiones contenidas en este libro van mucho más allá del discurso exclusivamente europeo, y conciernen al mismo debate sobre los conceptos de constitución y de constitucionalismo, a veces condenados a antiguos esquemas ya no en contacto con la realidad jurídica contemporánea.

Giuseppe Bianco
Ecole Normale Supérieure (Paris, France)

Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2011

El estudio al que se refiere la presente recensión pone en conjugación dos principios característicos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el de primacía y el de subsidiariedad, que normalmente no se estudian de manera conjunta y relacionada, dado que, como reconoce la autora ambos tienen su origen en diferentes procesos: el primero, la primacía, es un proceso jurídico de aplicación de normas; el segundo, la subsidiariedad, en un proceso político de definición de ámbitos y límites para la integración. No obstante, esa falta aparente de sintonía no es obstáculo para este cualificado análisis conjunto, iluminador en multitud de aspectos.

El estudio, consecuente de la tesis defendida con éxito por la autora, arranca con un planteamiento del marco conceptual en el que se desarrolla el análisis (Capítulo I). En ese primer capítulo, tras de analizar el papel «constitucional» del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se hace un análisis incisivo sobre el sistema de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, con especial énfasis en los problemas que la deficiente delimitación competencial puede suponer y en los diferentes conflictos que se pueden plantear entre los dos focos normativos, el estatal y el europeo.

A partir de ahí, nos encontramos con un desarrollo analítico profundo de ambos principios con una estructura lo más similar posible, dada la diversa naturaleza de ambos. El capítulo II se consagra a la primacía y el III a la subsidiariedad y, en ambos casos, tras enmarcar el principio en su encaje con el federalismo en espacios pluriconstitucionales, se pasa revista al mismo desde parámetros europeos y estatales.

Como es bien sabido, el principio de primacía del Derecho de la Unión, de origen jurisprudencial, supone que, en caso de conflicto entre una norma estatal y una de la Unión Europea, la primera debe dejarse inaplicada. En sistemas federales estatales, la Constitución federal necesita asentarse en una posición que le otorgue supremacía frente a las normas federales o estatales infraconstitucionales, como medio de afianzamiento del ente federal. Este principio de supremacía supone, no la mera inaplicación de las normas infraconstitucionales que la contradigan, sino la invalidez de éstas si no pueden ser interpretadas de manera conforme a lo pretendido por la norma constitucional. Resultan obvias las diferencias entre primacía (propia del ordenamiento UE) y supremacía (natural en sistemas federales estatales) y así mismo la imposibilidad de aplicar la segunda en el sistema de la Unión Europea, basado más que en relaciones jerárquicas, en la interacción y la interdependencia de sistemas «constitucionales» (los nacionales y el europeo). La primacía tiene como objetivo preservar la unidad y la homogeneidad del ordenamiento europeo, pero este objetivo no puede llevarse a cabo mediante mecanismos propios de un único sistema constitucional estatal.

Sentadas estas bases, la autora analiza esos conflictos y sus soluciones en el sistema federal de los Estados Unidos y en el sistema constitucional alemán. De este último, la primacía europea tomaría su intención de preservar la unidad y sus valores, y del norteamericano, la prevalencia de la norma federal frente a la infrafederal sin necesidad de conllevar la invalidez de esta segunda.

A renglón seguido, se lleva a cabo un análisis de la primacía como fenómeno jurisprudencial en la Unión Europea. Tras constatar la ausencia de reconocimiento expreso de la primacía en el Derecho primario de la UE hasta el Tratado de Lisboa, se hace necesario llevar a cabo un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de la UE para llegar a conocer la verdadera articulación de ese principio. Se parte de las clásicas sentencias en la materia: *Costa c. ENEL* (junto con *Van Gend & Loos*) en la que el TJUE trasciende el análisis iusinternacionalista para llevar a cabo uno enmarcado en una *comunidad de derecho*; *Simmenthal I* (donde la primacía de la norma europea frente a la interna tenía más que ver con la existencia o no de competencia para legislar); *Simmenthal II* (donde el Tribunal afirmó que la primacía no sólo tenía por efecto la inaplicación sino también la imposibilidad de crear derecho interno válido incompatible con el europeo existente, si bien esta situación sólo podía constatarse *ex post*), o *Handelsgesellschaft* (donde el conflicto era netamente interconstitucional: constitución alemana-derecho de la UE).

Nuevamente la autora hace gala de un amplio conocimiento de la jurisprudencia del TJUE al analizar una buena serie de casos relevante en las diversas materias y analizarlos dentro de una plantilla de ordenación por tipos de conflicto. Así en primer lugar se analizan conflictos interconstitucionales en los que se presenten divergencias entre parámetros de interpretación y de control. En esta categoría se estudian asuntos que afectan al principio de legalidad, a la tutela judicial efectiva, al principio de igualdad y no discriminación, a la legalidad penal, a la cosa juzgada, al orden público, al derecho de huelga y conflicto colectivo o a la protección de la salud pública. Un segundo bloque de conflictos interconstitucionales serían aquéllos en los que se dan interferencias competenciales. Se desgrana aquí un buen número de asuntos ante el TJUE referidos a disposiciones procedimentales nacionales que entran en conflicto con previsiones europeas así como a conflictos de ese tipo en materias como la cultura, los derechos de autor, el empleo público, la policía y la seguridad o la fiscalidad.

Un tercer grupo de conflictos, así mismo competenciales, aparece en ámbitos casi-exclusivos. Tal es posible dado el peculiar diseño de competencias finalistas en la UE. Aquí, la solución viene dada por la primacía como desplazamiento de la norma interna, si bien en algunos supuestos toma la forma de obligación de interpretación del Derecho interno de manera compatible con la norma europea que prima.

El cuarto grupo de conflictos competenciales analizados se circunscribe a los que se presentan en materias compartidas, y de manera más aguda en relación con el mercado interior o en política social.

A la luz de este amplio análisis, la autora concluye que, si bien los pronunciamientos judiciales son tributarios en gran medida de los hechos de cada caso, se puede llegar a afirmar que la primacía está fundamentada en la conexión directa entre las normas europeas y los ciudadanos. Su conexión con el efecto directo es clara, si bien cabe verificar que dispone de un cierto nivel de «vida autónoma», como mecanismo de preservación de la unidad y uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión y de la realización de los objetivos de ésta.

Para cerrar el análisis sobre la primacía, la autora se adentra en un riguroso análisis de dicho principio esta vez desde la óptica de los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros. En este punto, el análisis es muy sugerente y aporta elementos de análisis y reflexión de un buen número de jurisdicciones internas, incluyendo obviamente la española o los casos clásicos como la saga Solange o las últimas «revueltas» provenientes de tribunales constitucionales como el polaco o el de la República Checa. La aportación del libro sobre los *contralímites* debe ser destacada.

Se busca, pues, un principio de primacía que permita la coexistencia pacífica de complejos normativos, el europeo y los estatales, que permitan el correcto funcionamiento de un pluralismo no jerárquico.

El segundo bloque de la publicación comentada se consagra, como queda dicho, al principio de subsidiariedad (Capítulo III). Siguiendo básicamente la estructura del análisis sobre la primacía, se revisan en primer lugar las bases de este segundo principio. Así, se pasa revista a su advenimiento como principio a través del Tratado de Maastricht, en el que parece consagrarse como «muro de contención ante la avalancha expansionista del orden europeo». El estudio de las bases históricas del principio merece ser destacado.

A partir de aquí, se presenta un análisis detallado y profundo del *iter* histórico-normativo del principio en el orden de la Unión Europea, desde el Tratado de Maastricht hasta la renovación, aunque sólo sea procedimental, operada por la reforma de Lisboa, pasando por todos los escalones intermedios de evolución en el diseño. De ahí se llega a un examen del uso que en la práctica han dado a tal principio las instituciones europeas, esencialmente gracias a los informes anuales elaborados por la Comisión. Se estudian así mismo tanto la aplicación de los nuevos mecanismos de verificación del respeto al principio (como la *alerta temprana*) cuanto la interpretación que ha dado al principio el Tribunal de Luxemburgo, así como la recepción del mismo en las Constituciones estatales.

La conclusión que se desprende del uso real del principio de subsidiariedad es un tanto pesimista, dado que no parece que su articulación efectiva le esté permitiendo conformarse como un verdadero criterio para la resolución de conflictos interconstitucionales o competenciales.

El capítulo de cierre del libro, el cuarto, presenta el colofón argumental del análisis de la primacía y de la subsidiariedad como principios de interrelación federal, sugiriendo un modelo de interpretación conjunta de ambos,

que debería dar «preferencia a los objetivos y fines específicos, bien europeos, bien estatales, dependiendo de las circunstancias concretas y de los ejercicios competenciales en concurso». Según la autora, el papel que en esta tarea puede desempeñar el principio de respeto por parte de la Unión Europea de la identidad de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) puede ser esencial a la hora de preservar las construcciones constitucionales esenciales de los Estados miembros.

Nos encontramos ante un destacable ejercicio de análisis de dos de los principios que conforman el corazón del sistema jurídico-político de la Unión Europea, poniendo en relación dos principios que, aparentemente, juegan en dimensiones diferentes. Sin embargo, la autora muestra su destreza y su profundo conocimiento a la hora de encontrar un encaje conjunto como herramientas que permitirían asegurara una convivencia más sana y menos conflictual en este «caos» constitucional en el que se encuentran la Unión Europea y sus Estados miembros. Aportaciones de este nivel permiten que la Unión Europea sea cada vez menos un objeto político no identificado.

José Ramón Canedo Arrillaga
Universidad de Deusto

Fernando REVIRIEGO PICÓN (coord.), *Proyecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

Afortunadamente cada vez somos más los profesores y las profesoras de Derecho que estamos convencidos de que nuestros métodos docentes necesitan adaptarse a un contexto social y cultural que nos reclama nuevas miradas y lenguajes. En algunos casos simplemente presionados por las exigencias de la reforma «boloñesa», y en otros desde el convencimiento íntimo de que urge superar la tradicional «clase magistral» y transformar al alumno en un sujeto activo del proceso de aprendizaje, las alternativas pedagógicas empiezan a multiplicarse en un ámbito inicialmente tan reaccionario como el jurídico. Los y las docentes que participan en el volumen que comento pertenecen a ese grupo que está plenamente convencido de que los métodos de enseñanza jurídicos deben incorporar una serie de instrumentos que hasta hace relativamente poco tiempo eran escasamente utilizados y apenas valorados. La diversidad de instrumentos que pueden ayudarnos a mejorar el proceso de comunicación que en definitiva supone el continuo enseñanza-aprendizaje es especialmente significativa en el ámbito del Derecho Constitucional. El hecho de que nos ocupemos del Derecho «más político» nos sitúa en un territorio idóneo para el recurso a estrategias y herramientas que nos permiten responder a una doble exigencia: la implicación activa del alumnado y la conexión de la teoría jurídica con la realidad social y política.

Entre esas herramientas el cine ocupa —o debería hacerlo— un lugar privilegiado¹. Porque como bien apunta E. FERRER MAC-GREGOR en el prólogo del libro, «la educación visual es una magnífica herramienta para la enseñanza y facilita el proceso de aprendizaje, especialmente al involucrarse las emociones». Sin duda, este resorte emocional, tradicionalmente excluido de una concepción binaria —y muy patriarcal— que ha opuesto durante siglos los aspectos afectivos y sentimentales (femeninos) a la razón ordenadora (masculina y pretendidamente objetiva)², constituye el instrumento más eficaz para que nuestros alumnos asuman conceptos abstractos, ajusten el significado de principios y valores y, *last but not least*, entiendan los resortes políticos y éticos que alumbran el Derecho. Y ello por la inevitable conexión que existe entre nuestra condición de animales políticos y nuestra necesidad de ficciones, dos factores que se entrelazan de manera singular en el territorio del Derecho Constitucional: «Necesitamos inventar ficciones explicadoras y justificadoras

¹ Así lleva algunos años demostrándolo la colección de libros *Cine y derecho*, dirigida por el profesor DE LUCAS, J. y a la que pertenece el volumen que comento. De manera más específica, véase dentro de ella el también reciente *Derecho al cine. Una introducción cinematográfica al Derecho Constitucional*, coordinado por BARRERO ORTEGA, A.

² Sobre este binomio véase el imprescindible trabajo de RAMÓN MAÍZ, «La hazaña de la razón: la exclusión fundamental de las emociones en la política moderna», *Revista de Estudios Políticos*, nº 149, julio-septiembre 2010, pp. 11-45.

de nuestra convivencia. Ficciones sobre el origen del poder, sobre por qué unos mandan y otros obedecen, sobre como se relacionan y deben relacionarse personas de distinto sexo y un infinito etcétera. Sin nuestra capacidad fabuladora no hubiéramos podido transitar nunca de la pura coexistencia animal a la convivencia humana. Los seres humanos somos *animales políticos*, es decir, animales que, sin desconocer su condición animal, aspiran a que no sea esa condición animal sino la traducción política de la misma la que presida su convivencia»³.

El volumen que coordina con su habitual pasión, jurídica y cinematográfica, el profesor F. REVIRIEGO plantea un recorrido por prácticamente todos los contenidos temáticos de nuestra asignatura. Como si se tratara de un manual que hubiese sustituido las referencias doctrinales por las visuales, a través de las películas analizadas podemos desentrañar las múltiples aristas que generan los dos elementos clave del constitucionalismo: el poder y la ciudadanía. Cada uno de los/as autores/as, en su mayoría profesores y profesoras de Derecho Constitucional aunque también participan filósofos del Derecho o Letrados del Tribunal Supremo, nos proponen un «viaje» en el que vamos saltando de la teoría a la pantalla y en el que no faltan oportunidades para la reflexión y el debate.

Siguiendo lo que sería el esquema más clásico de un programa de Derecho Constitucional, el libro se inicia con dos capítulos que podríamos encuadrar en la Teoría del Estado. Así, en el capítulo titulado «La Constitución y su contexto histórico: del Estado liberal a la crisis del Estado social», J. ALGUACIL analiza los orígenes del constitucionalismo inglés y las revoluciones americana y francesa a través de películas como *Cronwell*, *América*, *Danton*, *La Marsellesa*, *Los Miserables*, *Germinal* o *Novecento*. Posteriormente, se detiene en el estudio del Estado social, concebido como un gran pacto político entre dos grandes corrientes ideológicas, la social-demócrata y la demócrata-cristiana. Es muy interesante cómo el autor recurre a determinadas producciones para ofrecernos claves sobre cada una de esas corrientes, de manera que no debe resultar sorprendente ver comentadas películas tan distintas entre sí como *El Evangelio según San Mateo*, *Plácido*, *Doctor Zhivago*, *Rojos* o la obra maestra de Joseph Losey *El sirviente*. Pero, sin duda, la parte más sugerente de este capítulo es aquella en la que aborda los factores que en la actualidad inciden en la crisis del Estado Social y democrático de Derecho. Unas transformaciones de las que en los últimos años se han hecho eco cineastas como Ken Loach o los españoles Fernando León de Aranoa o Iciar Bollain.

En la crisis de los fundamentos del Estado de Derecho incide el capítulo de M. A. PRESNO LINERA, cuyo título habla por sí solo: «Estados de Derecho y Derechos frente al Estado: Camino a Guantánamo y otros atajos de la razón de Estado». La película de Michael Winterbottom, y el análisis detallado de

³ PÉREZ ROYO, J., Prólogo, *Derecho al cine. Una introducción cinematográfica al Derecho Constitucional*, cit., p. 11.

los hechos que refleja, le permiten al profesor de Oviedo realizar una crítica contundente de las grietas de unos Estados de Derecho en los que los poderes públicos han traicionado de manera reiterada sus exigencias básicas. Un análisis crítico que completa con un recorrido por varias películas que plantean reflexiones en torno a las que podemos considerar el «núcleo duro» de la dignidad humana: el derecho a la vida, la prohibición de tortura, el derecho a la libertad y a la seguridad personal y las garantías que deben asistir a cualquier persona detenida o privada provisionalmente de libertad. Un núcleo pisoteado en experiencias como la de Guantánamo, la cual nos pone sobre aviso de que «la lucha por la libertad y la justicia no ha terminado pero también, parafraseando a Camus, que las razones para luchar siguen estando claras».

Los profesores L. A. GÁLVEZ y F. REVIRIEGO abordan los mecanismos que materializan el carácter representativo de las democracias contemporáneas. Es decir, las elecciones como instrumentos que producen, siguiendo la división ya clásica de CARRERAS Y VALLÉS, representación, gobierno y legitimidad. Los autores enfocan el capítulo mediante el estudio de las tres piezas fundamentales del armazón jurídico-electoral: el derecho de sufragio, el sistema electoral y el procedimiento electoral. En este recorrido encontramos referencias a películas como la impagable *Amanece que no es poco* —el voto como «alegría ciudadana»—, *The Queen*, *El disputado voto del Sr. Cayo*, *Tempestad sobre Washington*, *El candidato* o *Las bostonianas*, una de las pocas en las que aparece retratado el movimiento sufragista y la lucha de las mujeres por la ciudadanía. Cuestiones más técnicas del proceso, tales como la convocatoria de elecciones o la delimitación de las circunscripciones electorales, son abordadas a través de producciones como *Me llamo Harvey Milk* o de nuevo mediante la surrealista *Amanece que no es poco*. Ahora bien, y como sostienen los autores, el principio de elecciones libres es el más relevante y difícil de concretar. Un principio que, a su vez, incide en tres aspectos esenciales, que son los usados para recorrer varias obras cinematográficas en los que directa o indirectamente se muestran: la selección de candidatos, la campaña electoral y la emisión y recuento de los sufragios.

El estudio de la aparición del Estado moderno y la progresiva consolidación del constitucionalismo pasa necesariamente por el de la superación de la intolerancia y la progresiva afirmación de la libertad religiosa. A ello se dedica el capítulo del profesor de la Universidad de Sevilla V. VÁZQUEZ ALONSO, en el que se hace un recorrido por las películas que han abordado la intolerancia religiosa en la historia europea, las relaciones Iglesia-Estado o la especificidad de la libertad religiosa. Cabe destacar el análisis que VÁZQUEZ realiza del cine de Roberto Rossellini, uno de los directores más obsesionados por los interrogantes que el individuo se plantea en torno a su identidad y su lugar en el mundo.

B. RIVAYA aborda en el capítulo «Los derechos fundamentales en imágenes» las dos dimensiones desde las que el cine ha abordado este elemento esencial de un régimen constitucional: la de aquellas películas que los han

promovido y defendido frente a las que los censuran, repudian y combaten. En este segundo sentido, el autor propone tres ejemplos de «filmografías antihumanistas», es decir, de conjuntos de películas que, aún no compartiendo la misma ideología, tienen en común una visión del ser humano no siempre respetuosa con las exigencias mínimas de la dignidad. Así analiza el western de indios y vaqueros; el que denomina con acierto «cine de la venganza», es decir, el que presenta y justifica sistemas de control social y estatal «salvajes»; y el del fascismo o, lo que es lo mismo, el hecho por un régimen que combate los derechos humanos y que usa el cinematógrafo como elemento propagandístico de su ideología totalitaria. De manera sistemática, como si siguiera el dictado de un programa de la asignatura, el autor analiza con profundidad el cine «de los derechos humanos» siguiendo el criterio clásico que los divide en civiles y políticos, sociales y culturales, y nuevos derechos. En este último apartado, tal vez el más complejo de sistematizar, RIVAYA nos habla del cine de la pobreza, del colonialismo y del pacifismo, concluyendo con el papel esencial que el séptimo arte debe jugar en la consolidación de una cultura de los derechos humanos. Una garantía tan o más importante que las meramente jurídicas para el mantenimiento de un sistema fundamentado en la igual dignidad de todos los individuos.

Sin duda, uno de los contenidos más interesantes de estas *Proyecciones* es el que se centra en el estudio del poder y de su ubicación en un sistema constitucional. Tres capítulos en concreto abordan esta cuestión, partiendo de la sugerente «Anatomía del poder», de la que se ocupan F. J. MATÍA PORTILLA e I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Estos dos profesores de la Universidad de Valladolid, tras ofrecernos una aproximación «sutil» al concepto de poder, hacen un recorrido por el reflejo de los Estados totalitarios en el cine, con especial referencia al caso español, así como por la influencia que tuvo mayo del 68 en una serie de realizadores comprometidos con la democracia. Resaltan a continuación películas que son críticas con algunos de los «sujetos» de los Estados democráticos, tales como los partidos políticos, la policía y los centros penitenciarios; o con determinadas actuaciones –los servicios sociales y la vuelta de los soldados, el *maccarthysmo*–. El capítulo finaliza con un interesante análisis de documentos cinematográficos que nos ofrecen una mirada sobre poderes no estatales, tales como la prensa, la mafia, el terrorismo (con especial referencia al IRA y a ETA), el poder económico-empresarial y la Iglesia católica.

La profesora de la UNED M. SALVADOR MARTÍNEZ se centra en el principio de la división de poderes y en como diferentes películas nos ofrecen una visión de cómo se articulan y funcionan el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. A continuación analiza las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, así como los sistemas de gobierno a que han dado lugar: el presidencialista y el parlamentario. De manera complementaria al estudio de estos dos poderes, el profesor sevillano A. BARRERO se ocupa del tercero de los poderes del Estado: el judicial. Para ello, selecciona determinadas películas cuyo con-

tenido confronta con los contenidos de la Constitución relativos a la posición y funciones del un poder que con mucha frecuencia vemos reflejado en la pantalla.

Tras estos capítulos que nos servirían para el desarrollo, teórico y cinematográfico, de lo que tradicionalmente hemos llamado Teoría de la Constitución, dos aportaciones nos sitúan en el contexto actual del constitucionalismo. I. GUTIÉRREZ aborda como la globalización cambia del sentido del Derecho Constitucional y cómo ello ha encontrado reflejo en el cine más reciente. Cabe destacar en este capítulo el interesante apartado que el profesor de la UNED dedica a la transformación en la imagen de la frontera que transmite el cine. Este capítulo se complementa con el de J. M. GOIG MARTÍNEZ, dedicado a la presencia de las migraciones y la diversidad cultural en la pantalla. De este texto merece la pena subrayar el análisis de cómo el cine español ha reflejado, muy especialmente en los últimos años, los procesos migratorios internos y externos.

El libro se cierra con el sugerente capítulo del Letrado del Tribunal Supremo R. C. CANCIO FERNÁNDEZ, titulado «El proceso constituyente y el cine español. Del consenso político al adocenamiento creativo (1973-1982)». No sólo comparto con él la reivindicación del cine politizado de Eloy de la Iglesia sino también la conclusión de que «el cine español de la Transición perdió una importante oportunidad de crear un cuerpo doctrinal sólido y rupturista, acorde con la mudanza social de la que era testigo...». Es curioso comprobar cómo el cine español se mantuvo en gran medida al margen de los profundos cambios sociales y políticos que estaba viviendo la sociedad española y optó, salvo en contadas excepciones, por las opciones más comerciales y facilonas.

De esta manera se cierra un libro en el que, además, en cada capítulo, encontramos una completa selección bibliografía y de filmografía que constituyen magníficos instrumentos tanto para los docentes y el alumnado, como en general para cualquier ciudadano interesado en los entresijos del sistema constitucional o simplemente en el cine como espejo de la realidad social y política.

Tras «asistir» a estas *Proyecciones de Derecho Constitucional* no creo que nadie pueda dudar de que el cine es un poderosísimo instrumento no sólo para la enseñanza y el aprendizaje del Derecho, sino también para la consolidación de ese «sentimiento constitucional» sin el que un Estado de Derecho está herido de muerte. Es decir, no sólo para la formación de los operadores jurídicos sino también para la educación de una ciudadanía que, gracias a los factores emocionales y empáticos que implica la narración cinematográfica, puede fortalecer el músculo sin el que las Constituciones están condenadas a ser un «traje» demasiado grande para un cuerpo en progresivo adelgazamiento.

Octavio Salazar Benítez
Universidad de Córdoba

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º. 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º. L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, – n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

Estudios de Deusto

***Special Issue. Constitution and globalization:
constitutionalization of supranational areas***

Volume 60, Issue 2, July-December 2012

Table of Contents

Presentation

María Salvador Martínez

Constitution and Supranationalism

Rafael Bustos Gisbert

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Juan Francisco Sánchez Barrilao

Constitution and International Law

Daniel García San José

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Isabel Turégano Mansilla

Elena García-Cuevas Roque

José Ángel Camisón Yagüe

Constitution and EU Law

Enrique Guillén López

María Isabel Martín de Llano

Valentina Faggiani

Yolanda Gamarra Chopo

Irene Correas Sosa

Constitution and Global Economy

Jordi Jaria i Manzano

José Antonio Chamorro y Zarza

Gema Marcilla Córdoba

Susana Ruiz Tarrías

Book reviews

Giuseppe Bianco

José Ramón Canedo Arrillaga

Octavio Salazar Benítez