

# Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española

Volumen I

Balances y perspectivas en la Europa constitucional

**DIRECTORES:**

**ANTONIO PÉREZ MIRAS**  
**GERMÁN M. TERUEL LOZANO**  
**EDOARDO C. RAFFIOTTA**  
**MARIA PIA IADICICCO**

**COORDINADORA:**

**SILVIA ROMBOLI**



**Derecho Público**

eucons



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Eucons es un proyecto Jean Monnet, financiado por el programa Erasmus+ de la Comisión Europea, que nace con el objeto de promover el debate académico sobre las bases constitucionales de la construcción europea. Apuesta por el reconocimiento de una “cultura constitucional común europea”, a través de la cual poder afrontar los desafíos de nuestras democracias y del proceso de integración supranacional.

Este diálogo se sustenta en tres pilares: 1) rigor y excelencia académica, para lo cual se cuenta con un comité científico internacional que apoya a la organización y orienta el diseño de las actividades que se realizan; 2) carácter intergeneracional, buscando el diálogo entre las distintas generaciones de universitarios y promoviendo la participación de los más jóvenes junto a consagrados académicos; 3) dimensión europea, tanto por los temas que aborda como por los participantes e integrantes de esta red de investigadores.

Este proyecto está coordinado por Germán M. Teruel Lozano, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia; Antonio Pérez Miras, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Granada; y por Edoardo C. Raffiotta, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia. Y colaboran la Universidad de Murcia, como responsable del proyecto, la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, la Escuela de Doctorado de Derecho de la Universidad de Bolonia y el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales.

Precisamente este último, el Seminario Ítaloespañol, fue el origen de este proyecto. El mismo se creó como un grupo de estudio en 2011 por iniciativa de jóvenes investigadores españoles e italianos, en el ámbito de colaboración entre la Universidad de Bolonia y el Real Colegio de España en Bolonia. Esta red de investigadores ha venido promoviendo la celebración de un congreso bienal desde entonces, con 4 ediciones hasta el momento: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y Murcia (2018). Las cuales han dado lugar a distintas obras colectivas que han afrontado diferentes temas de actualidad constitucional: la tutela de los derechos de la persona; la integración europea o cuestiones en relación con la soberanía y la representación en la era de la globalización. El último de ellos ha sido los desafíos del constitucionalismo contemporáneo con ocasión del 70 y 40 aniversario de las Constituciones italiana y española.

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS  
DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

## CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

**Yolanda Gómez Sánchez**

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

**Manuel Aragón Reyes**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Enrique Arnaldo Alcubilla**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

**Francisco Balaguer Callejón**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Andrés Betancor Rodríguez**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

**María José Cíaurriz Labiano**, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

**Miguel Ángel Collado Yurrita**, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**Juan Damián Moreno**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Carlos Fernández de Casadevante Romani**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

**Teresa Freixes Sanjuán**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Eugeni Gay Montalvo**, Abogado.

**José María Gil-Robles Gil-Delgado**, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

**Vicente Gimeno Sendra**, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

**Doctora Tania Groppi**, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

**Emilio Jiménez Aparicio**, Abogado.

**Diego Manuel Luzón Peña**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

**Fernando Martín Díz**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

**Elisa Pérez Vera**, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

**Doctor Nuno Piçarra**, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

**Miguel Recuerda Girela**, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

**José Suay Rincón**, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

**Antonio Torres del Moral**, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

**Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

# SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

---

ANTONIO PÉREZ MIRAS  
GERMÁN M. TERUEL LOZANO  
EDOARDO C. RAFFIOTTA  
MARIA PIA IADICICCO  
(Directores)

SILVIA ROMBOLI  
(Coordinadora)

VOLUMEN I

Balances y perspectivas en la Europa constitucional



eucons



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



**FUNDACIÓN CAJAMURCIA**

---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES  
MADRID, 2020

Primera edición: febrero de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Con el patrocinio del Programa Erasmus+ de la Unión Europea y de la Fundación CajaMurcia.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).  
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).  
090-20-032-1 (edición en línea, epub).

NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).  
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).  
091-20-014-6 (edición en línea, epub).

ISBN: 978-84-340-2602-5

Depósito legal: M-37543-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE

PRÓLOGO.....	19
NOTA DE LOS DIRECTORES .....	23
NOTA DEI CURATORI .....	27

### VOLUMEN I: BALANCES Y PERSPECTIVAS EN LA EUROPA CONSTITUCIONAL

#### PARTE 1. RETROSPECTIVAS Y MIRADAS AL FUTURO

1.1.1	La Constitución española en su 40º aniversario. <i>Manuel Aragón Reyes</i> .....	33
1.1.2	La Constitución española, objeto de culto y de acoso, en su XL aniversario. <i>Antonio Torres del Moral</i> .....	53
1.1.3	La Constitución en tiempos de crisis. <i>Pablo Lucas Murillo de la Cueva</i> .....	65
1.1.4	Una crisi dello Stato costituzionale? <i>Giuseppe de Vergottini</i> ....	87
1.1.5	Uno sguardo al futuro del costituzionalismo. <i>Roberto Romboli</i> ..	99
1.1.6	Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana. <i>Maria Pia Iadicicco</i> .....	123
1.1.7	Reformar, revisar, adoptar: la ingeniería constitucional ante la prueba de la modernidad, perspectivas comparadas. <i>Emmanuel Cartier</i> ..	153
1.1.8	La italianización de la reforma constitucional en España. <i>Juan Fernando López Aguilar</i> .....	185
1.1.9	La reforma de la Constitución en su cuarenta aniversario: razones de su conveniencia y alguna suspicacia sobre su oportunidad. <i>Germán M. Teruel Lozano</i> .....	205
1.1.10	La reforma federal de la Constitución española: ¿una necesidad simbólica? <i>Antonio Pérez Miras</i> .....	239
1.1.11	¿Reformas constitucionales en clave federal como antídoto a la crisis territorial? Una reflexión a partir del modelo español. <i>Daniel Camoni Rodríguez</i> .....	261

	Páginas	
1.1.12	La indeterminación del modelo autonómico ante la reforma constitucional. <i>Elisa Pérez de los Cobos Hernández</i> .....	273
1.1.13	El debate sobre reforma constitucional con perspectiva de género. <i>Ignacio Álvarez Rodríguez</i> .....	287
1.1.14	Inconsistencias y asimetrías en la internacionalización de la Constitución española (o de porqué revitalizar el discurso de los derechos sociales). <i>Carmen Montesinos Padilla</i> .....	305
1.1.15	Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo. <i>Luca Antonini</i> .....	323
<b>PARTE 2. EUROPA EN SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL</b>		
1.2.1	Globalización y Europa: pasado y presente. <i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i> .....	347
1.2.2	Perchè un diritto costituzionale europeo? <i>Adriana Ciancio</i> .....	375
1.2.3	La democracia representativa y la Unión Europea. <i>Francisco Balaguer Callejón</i> .....	389
1.2.4	L'Europa dei diritti: tra «aperture» e «chiusure». <i>Marilisa D'Amico</i> .....	403
1.2.5	Costituzioni nazionali e tradizioni costituzionali comuni nel nuovo diritto comune europeo. <i>Beniamino Caravita di Toritto</i> ....	431
1.2.6	Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión Europea. <i>José María Porras Ramírez</i> .....	437
1.2.7	Crisis económica y coordinación de las políticas europeas en los Estados miembros: patrones de convergencia y divergencia. <i>Sabrina Ragone</i> .....	459
1.2.8	I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e nel dialogo simulato tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale. <i>Fiammetta Salmoni</i> .....	477
1.2.9	Il sistema dei candidati principali e la forma di governo dell'UE. <i>Edoardo C. Raffiotta</i> .....	499
1.2.10	La salvaguarda del Estado de Derecho en la UE. <i>Sofía Lucas Areizaga</i> .....	521
1.2.11	La crisis del Estado de Derecho en la Unión Europea: propuestas para su defensa. <i>Pablo Cruz Mantilla de los Ríos</i> .....	539
1.2.12	La defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea. Una valoración con motivo de la crisis polaca. <i>Adrián García Ortiz</i> ..	555
1.2.13	La independencia judicial como elemento de justiciabilidad del Estado de Derecho en el asunto L.M. <i>Valentina Faggiani</i> .....	573
1.2.14	The relationship between international and domestic legal systems as a decisive matter for checks and balances. <i>Ana Neves</i> ....	593

1.2.15	Las minorías «superprotegidas» en Europa: Una especial consideración de la protección de las minorías lingüísticas en las constituciones italiana y española. <i>Ana Tomás López</i> .....	609
--------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## VOLUMEN II: DERECHOS FUNDAMENTALES

### PARTE 1. TUTELA MULTINIVEL Y DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

2.1.1	Las costuras de los derechos. <i>Pablo Riquelme Vázquez</i> .....	25
2.1.2	El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación. <i>Silvia Romboli</i> .....	41
2.1.3	«Controlimiti» e dialogo tra Corti a partire dalla conclusione del caso «Taricco» nella sentenza della Corte costituzionale italiana n. 115 del 2018. <i>Antonello Lo Calzo</i> .....	63
2.1.4	<i>Taricco iactum est</i> ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituzionale europeo. <i>Francesco Torre</i> .....	81
2.1.5	La Corte costituzionale italiana riafferma la propria centralità nella tutela dei diritti rispetto al circuito giudici nazionali-giudici sovranazionali. <i>Stefania Leone</i> .....	99
2.1.6	Las sentencias piloto como mecanismo de integración europea en materia penitenciaria. <i>Sara Turturro Pérez de los Cobos</i> .....	119
2.1.7	Derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH): el Tribunal Constitucional español y la Corte constitucional italiana en diálogo con el Tribunal de Estrasburgo. <i>Lara Redondo Saceda</i> .....	133

### PARTE 2. INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA

2.2.1	<i>Quo vadis</i> , intimidad? <i>Daniel Jove Villares</i> .....	151
2.2.2	La conciliación entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos: ¿una misión imposible? <i>Laura Villalba Cano</i> .....	167
2.2.3	Las garantías constitucionales de los derechos a la libertad informática en América Latina. <i>Diana María Castano Vargas</i> ..	183
2.2.4	De nuevo sobre el poder de control empresarial y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: doctrina Barbulescu. <i>Francisco Ramos Moragues</i> .....	197
2.2.5	Privacy e segreti: è possibile estendere ai <i>big data</i> le tutele dell'habeas corpus? <i>Elena Falletti</i> .....	213
2.2.6	El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. <i>Eloísa Pérez Conchillo</i> .....	229

	Páginas	
2.2.7	Transparencia y secretos de Estado: Las restricciones al derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y buen gobierno. <i>José Antonio Sendín Mateos</i> .....	245
<b>PARTE 3. VULNERABILIDAD, INMIGRACIÓN Y MENORES</b>		
2.3.1	Un <i>fil rouge</i> : la «vulnerabilità» quale nuovo (o innovativo) paradigma per una tutela effettiva dei diritti fondamentali. <i>Roberto Di Maria</i> .....	263
2.3.2	I diritti fondamentali degli stranieri extracomunitari. <i>Guglielmo Aldo Giuffrè</i> .....	277
2.3.3	L'accoglienza integrata dello straniero per la «ricomposizione» dell'ordinamento. <i>Cristina Bertolino</i> .....	295
2.3.4	La gestione dei flussi migratori tra istanze collaborative e spinte centrifughe. <i>Ilaria Rivera</i> .....	313
2.3.5	Il diritto di asilo in Spagna e in Italia: la realizzazione dei diritti minimi dei rifugiati e dei richiedenti asilo. <i>Ekaterina Kravitskaya, Roberta Brunetti</i> .....	331
2.3.6	La insuficiente protección de los derechos de los solicitantes de protección internacional en la UE: una exigencia pendiente. <i>María Dolores Requena de Torre</i> .....	351
2.3.7	La tutela della salute dell'immigrato in Italia e in Spagna. <i>Giorgia Crisafi</i> .....	367
2.3.8	La protección del libre desarrollo de la personalidad del menor en los procesos de custodia compartida. <i>Esther Alba Ferré</i> .....	385
2.3.9	La protección del menor del artículo 39 de la Constitución en las medidas a adoptar en cuanto a su custodia. <i>Carmen Florit Fernández</i> .....	401
2.3.10	Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche: evoluzione giurisprudenziale e nuove frontiere problematiche di una peculiare declinazione del diritto all'identità personale. <i>Giulia Battaglia</i> .....	413
2.3.11	Congedo obbligatorio di paternità e condivisione dei compiti genitoriali di cura dei figli. <i>Bruno Brancati</i> .....	429
2.3.12	Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione. <i>Felice Giuffrè</i> .....	443
<b>PARTE 4. OTROS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN</b>		
2.4.1	El derecho humano al agua. <i>Belén Burgos Garrido</i> .....	471
2.4.2	Una aproximación constitucional al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. <i>Juan Manuel Martín Guerrero</i> .....	491

2.4.3	Los derechos constitucionales del deudor en la sección de calificación concursal. <i>Miguel Martínez Muñoz</i> .....	507
2.4.4	La protección del consumidor y su encaje en las Constituciones española e italiana. Un análisis de los instrumentos de tutela colectiva. <i>Diego Agulló Agulló</i> .....	521
2.4.5	El cese de la junta directiva de una asociación por revocación de la asamblea general. <i>Jokin Babaze Aizpurua</i> .....	537
2.4.6	Un repaso a la evolución (o involución) del principio de justicia universal en España. <i>Jacqueline Hellman</i> .....	551

### VOLUMEN III: INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DEMOCRACIA

#### PARTE 1. DEMOCRACIA PARLAMENTARIA

3.1.1	Los poderes neutrales en el constitucionalismo europeo del siglo XXI. <i>Javier Tajadura Tejada</i> .....	25
3.1.2	Sistemi parlamentari a confronto: Italia, Germania, Spagna. Tra crisi politiche e nodi costituzionali. <i>Ginevra Cerrina Feroni</i> .....	47
3.1.3	Los parlamentos nacionales en Europa. <i>Caterina Drigo</i> .....	59
3.1.4	Al hilo del Parlamento y la Constitución: breves acotaciones sobre cuatro décadas de parlamentarismo en España. <i>Rosa Ripollés Serrano</i> .....	79
3.1.5	La democracia electrónica como significado de la expresión constitucional «sociedad democrática avanzada». <i>Francisco García Costa</i> .....	101
3.1.6	De la publicidad a la permeabilidad: transparencia, publicidad y derecho a la información en el nuevo parlamento. Un esbozo de crítica del parlamento abierto. <i>José Tuleda Aranda</i> .....	121
3.1.7	La formazione degli Esecutivi nelle democrazie parlamentari contemporanee. <i>Nicolò Fuccaro</i> .....	149
3.1.8	Riflessioni attorno a Gruppi parlamentari, transfughismo e libero mandato. <i>Omar Caramaschi</i> .....	167
3.1.9	La ¿prerrogativa? del fuero jurisdiccional. <i>Patricia García Majado</i> .....	185
3.1.10	Recenti evoluzioni delle funzioni non legislative del Parlamento italiano: il <i>case study</i> della procedimentalizzazione dei poteri parlamentari di elezione e di nomina. <i>Piero Gambale</i> .....	201
3.1.11	La función consultiva en España en la actualidad y su proyección en el constitucionalismo moderno. <i>Óscar Ignacio Mateos y de Cabo</i> .....	217

PARTE 2. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICAS

3.2.1	La relevancia constitucional del principio de mayoría con especial referencia a Alemania y España. <i>Germán Gómez Orfanel</i> .....	235
3.2.2	La participación política ante la democracia procedimental. <i>Leyre Burguera Ameave</i> .....	257
3.2.3	Una democrazia costituzionale senza Parlamento? <i>Filiberto Brozzetti</i> .....	267
3.2.4	Voto elettronico e nuove dimensioni della partecipazione. <i>Maria Francesca De Tullio</i> .....	281
3.2.5	El perfeccionamiento de la democracia representativa mediante instrumentos de la democracia participativa y sus problemas competenciales. <i>Amir Al Hasani Maturano</i> .....	295
3.2.6	Il principio di accessibilità dei poteri, ovvero la sostanza della democrazia ed i suoi nemici. <i>Agatino Giuseppe Lanzafame</i> .....	311
3.2.7	Partecipazione politica e ordinamento penale: il caso spagnolo e quello italiano a confronto. <i>Claudia Marchese</i> .....	331

PARTE 3. SISTEMA Y DERECHOS ELECTORALES

3.3.1	La legislazione elettorale nelle costituenti spagnola e italiana. <i>Marco Cecili</i> .....	351
3.3.2	Leggi elettorali e controllo di costituzionalità: una saga infinita? <i>Erik Furno</i> .....	367
3.3.3	El principio de igualdad y la posibilidad de restricción del derecho de sufragio en los procesos de modificación de capacidad o internamiento. <i>Luis A. Gálvez Muñoz</i> .....	395
3.3.4	La reforma electoral para la supresión de los límites al derecho de voto de las personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada. <i>Marta F. León Alonso</i> .....	413
3.3.5	Nuevos instrumentos de diseño de campañas electorales virtuales electrónicas. <i>Luis Miguel González de la Garza</i> .....	431
3.3.6	Por un régimen jurídico más libre e igualitario en materia de encuestas preelectorales. <i>Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo</i> .....	447
3.3.7	La evolución de los sistemas electorales y de la forma de gobierno de las Regiones italianas. <i>Carlos Fernández Esquer, Andrés Iván Dueñas Castrillo</i> .....	463
3.3.8	Il superamento della «zona franca» in materia elettorale: fu vera gloria? <i>Giacomo Canale</i> .....	477

## PARTE 4. PARTIDOS POLÍTICOS Y GRUPOS DE INTERÉS

3.4.1	Il partito politico, un mito in declino? La rappresentanza politica tra evoluzione ed involuzione nell'era della digital democracy. <i>Carlo Alberto Ciaralli</i> .....	495
3.4.2	Divieto di mandato imperativo e (possibile?) istituzionalizzazione delle «primarie» in Italia. <i>Luca Pedullà</i> .....	515
3.4.3	El decisivo papel de los partidos nacionalistas y regionalistas en el escenario político nacional. <i>David Parra Gómez</i> .....	539
3.4.4	La protección penal de las funciones que constitucionalmente tienen atribuidas los partidos políticos en España. <i>Miguel Ángel Morales Hernández</i> .....	553
3.4.5	Un lobbismo regolamentato quale fattore di trasparenza dei processi decisionali al tempo della crisi dei partiti politici. <i>Anna Camilla Visconti</i> .....	569

## VOLUMEN IV: SISTEMA DE FUENTES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

## PARTE 1. SISTEMA DE FUENTES

4.1.1	Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana. <i>Andrea Cardone</i> .....	25
4.1.2	Leggi in materia costituzionale e leggi organiche. Appunti per la ripresa di un dibattito. <i>Michele Barone</i> .....	41
4.1.3	Organic laws and the principle of democracy in France and Spain. <i>Boldizsár Szentgáli-Tóth</i> .....	61
4.1.4	La cláusula de prevalencia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: ¿criterio para resolver un conflicto normativo? <i>Verónica Yazmín García Morales</i> .....	77
4.1.5	Legittimazione democratica vs legittimazione funzionale e procedurale del potere normativo: il caso delle linee guida vincolanti dell'Anac. <i>Francesca Polacchini</i> .....	89
4.1.6	La incidencia de la Constitución en la regulación del sistema español de Derecho internacional privado. <i>José Ignacio Paredes Pérez</i> .....	105
4.1.7	La jurisprudencia continental y la del <i>common law</i> : ¿un acercamiento? <i>Natalia del Barrio</i> .....	125

PARTE 2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

4.2.1	Cuarenta años de justicia constitucional en España. Materiales para el estudio de la historia del Tribunal Constitucional. <i>Luis Pomed Sánchez</i> .....	143
4.2.2	Balance del perfil orgánico del Tribunal Constitucional: análisis crítico y retos para el futuro. <i>Laura Baamonde Gómez</i> .....	171
4.2.3	Especial trascendencia constitucional y naturaleza del Tribunal Constitucional español (un análisis sobre las reformas de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional). <i>Augusto Aguilar Calahorra</i> .....	187
4.2.4	Interpretación y eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional. El controvertido caso del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. <i>Isabel Paladini Bracho</i> .....	211
4.2.5	Algunos aciertos y desaciertos y una ausencia en torno a los incidentes de ejecución de la STC 259/2015. <i>Francisco Ortega Candela</i> .....	229
4.2.6	La modulazione degli effetti nel tempo da parte della Corte costituzionale: una riflessione alla luce della prassi del <i>Bundesverfassungsgericht</i> . <i>Nannerel Fiano</i> .....	239
4.2.7	Corte costituzionale e sentenze di accoglimento a retroattività limitata: alla ricerca di un difficile equilibrio tra Stato sociale e sanità dei conti pubblici. <i>Ignazio Spadaro</i> .....	257
4.2.8	La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la tutela integrale dei diritti: <i>ratio</i> , concrete applicazioni e prospettive future. <i>Alice Stevanato</i> .....	275
4.2.9	Alcune considerazioni sul caso Ilva in tema di bilanciamento. <i>Anna Giurickovic Dato</i> .....	293

PARTE 3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

4.3.1	Solidaridad y lealtad como ejes axiales de articulación de las relaciones de colaboración horizontales. <i>M.<sup>a</sup> Josefa Ridaura Martínez</i> .....	309
4.3.2	La «sfida» secessionista e il valore «unificante» della solidarietà territoriale. L'ultima frontiera della protesta populista. <i>Ida Angela Loredana Nicotra</i> .....	333
4.3.3	El derecho de secesión en el sistema constitucional español. <i>Gaspar González Represa</i> .....	357
4.3.4	El llamado «hecho regional», óptica comparativa en la Constitución italiana de 1948 y la Constitución española de 1978. <i>María Martínez García</i> .....	373

4.3.5	Unità nazionale e riconoscimento delle comunità locali nelle costituzioni spagnola e italiana: un percorso comparativo. <i>Alessio Martino</i> .....	385
4.3.6	L'insegnamento spagnolo? Modelli di regionalismo differenziato a confronto. <i>Simone Neri</i> .....	397
4.3.7	Il regionalismo differenziato italiano e le recenti iniziative (referendarie e non). <i>Matteo Trapani</i> .....	411
4.3.8	Una reconsideración de las principales premisas para la reforma del Senado español. <i>Ignacio González García</i> .....	427
4.3.9	Il Senato delle autonomie territoriali: quale futuro in Italia e in Spagna? <i>Serenella Migliorino</i> .....	449
4.3.10	Una aproximación en la evolución de la forma de gobierno en las Regiones italianas y en las Comunidades Autónomas españolas. ¿Un nuevo escenario en la democracia representativa? <i>Andrés Iván Dueñas Castrillo</i> .....	463
4.3.11	De la apertura del sistema de financiación al federalismo fiscal. <i>Adoración Galera Victoria</i> .....	479
4.3.12	El Estado Social autonómico: configuración constitucional y cambios en el modelo. <i>Silvia Soriano Moreno</i> .....	493
4.3.13	El área metropolitana como medio para una organización administrativa y una prestación de servicios más eficiente. <i>Luis Miguel García Lozano</i> .....	509

## VOLUMEN V: RETOS EN EL SIGLO XXI

### PARTE 1. EL ESTADO SOCIAL Y LA ECONOMÍA

5.1.1	Las características del constitucionalismo neoliberal. <i>Miguel J. Arjona Sánchez</i> .....	25
5.1.2	L'aufheben del socialismo nello Stato sociale: problemi storici della scienza giuridica e nuove prospettive nel frame costituzionale repubblicano. <i>Alessandro Tedde</i> .....	41
5.1.3	Los derechos sociales en el paradigma personalista de la Constitución italiana: notas breves. <i>Giuseppe Laneve</i> .....	59
5.1.4	El principio de eficiencia en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. <i>Fernando Pérez Domínguez</i> .....	71
5.1.5	La mutación del Derecho constitucional presupuestario. <i>Rafael J. Sanz Gómez</i> .....	93
5.1.6	El «veto presupuestario» del art. 134.6 de la Constitución española como origen de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. <i>José Carlos Nieto Jiménez</i> .....	109

	Páginas	
5.1.7	L'indisponibilità del tributo negli ordinamenti italiano e spagnolo: fondamento e contenuti, comparazioni e dimensione europea. <i>Antonio Guidara</i> .....	125
5.1.8.	Nuevos actores en la gobernanza económica europea: Los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. <i>Daniela Dobre</i> .....	147
5.1.9	Ministro dell'economia, forma di governo e Unione europea. <i>Luca Bartolucci</i> .....	165
5.1.10	Eurobonds for Germany and Italy: a win-win solution. <i>Damiano Censi</i> .....	183
5.1.11	Prospettive per una Unione «sociale» europea: i vincoli di bilancio e la garanzia dei diritti sociali in Italia. <i>Giuseppe Eduardo Polizzi</i> .....	191
5.1.12	Il principio di equilibrio finanziario e i vincoli di bilancio: l'impatto delle politiche fiscali europee sui diritti sociali. <i>Antonio Tipaldi</i> .....	205
5.1.13	La extrafiscalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. <i>José Miguel Martín Rodríguez</i> .....	221
5.1.14	Constitucionalismo indígena latinoamericano y derechos sociales. <i>M.ª Concepción Pérez Villalobos</i> .....	233
5.1.15	Precisiones necesarias para comprender el proceso constituyente iniciado en Cuba con el Proyecto de Constitución de 22 de julio de 2018. <i>Antonio-Filiu Franco Pérez</i> .....	253

## PARTE 2. LA ERA DE LA TECNOLOGÍA Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

5.2.1	Il costituzionalismo nella società tecnologica. <i>Tommaso Edoardo Frosini</i> .....	273
5.2.2	La democrazia liberale alla prova della rivoluzione tecnologica: una sfida tra dati e date. <i>Marco Schirripa</i> .....	291
5.2.3	L'amministrazione e la sfida dei <i>Big data</i> . <i>Giovanna De Minico</i> ..	301
5.2.4.	El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones. <i>Joaquín Sarrión Esteve</i> .....	321
5.2.5	Derechos humanos e inteligencia artificial. <i>Ana Gascón Marcén</i> ...	335
5.2.6	Dificultades específicas del e-government en el seno de Estados descentralizados. Los casos español e italiano. <i>Alfonso Sánchez García</i> .....	351
5.2.7	Retos del Derecho constitucional a la luz del cambio climático. <i>Borja Sánchez Barroso</i> .....	367

PARTE 3. LA SEGURIDAD Y LA LEGALIDAD SANCIONADORA		
5.3.1	El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición. <i>Enrique Guillén López</i> .....	387
5.3.2	Algunas consideraciones acerca de las referencias a la dignidad en el Derecho penal. <i>Clara Moya Guillem</i> .....	405
5.3.3	¿El Derecho Penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, sociales y laborales? Un cuestionamiento desde el análisis del delito de discriminación laboral. <i>Ignacio Valentín Mayoral Narros, David Pavón Herradón</i> .....	421
5.3.4	Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador a la luz de la Constitución española: franja de convergencia y divergencia. <i>Ignacio Valentín Mayoral Narros, María José Molina García</i> .....	437
5.3.5	Sanzioni amministrative e CEDU: l'esperienza italiana. <i>Paolo Provenzano</i> .....	453
PARTE 4. EL FENÓMENO RELIGIOSO		
5.4.1	La laicità positiva: la cooperazione Stato-chiese nella declinazione di un «diritto dei valori». <i>Antonio Fucillo</i> .....	471
5.4.2.	La funzione nomopoietica dell'art. 20 della Costituzione italiana. <i>Ludovica Decimo</i> .....	485
5.4.3	El tratamiento jurídico del uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas en las competiciones deportivas. <i>Elena García-Antón Palacios</i> .....	505
5.4.4	Europa militante: le «politiche» della Corte EDU sul rapporto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso. <i>Andrea Gatti</i> .....	515
5.4.5	Uguaglianza <i>versus</i> Personal law: la multietnicità e i suoi rischi. Spunti a partire da Corte EDU, <i>Molla Sali c. Grecia. Costanza Nardocci</i> .....	531
5.4.6	Il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo tra Carte e Corti. <i>Angela Valletta</i> .....	549
5.4.7	El pastelero Phillips no vende tartas para bodas gay. ¿Le ampara la Primera Enmienda? <i>Víctor J. Vázquez Alonso</i> .....	565

## PRÓLOGO

Esta extensa e importante obra recoge las aportaciones científicas de ciento cincuenta y seis participantes en el IV Congreso Internacional ítalo-español celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia del 28 al 30 de noviembre de 2018 y a cuyas sesiones también asistieron más de cien estudiantes. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que me honro en dirigir, ha prestado su apoyo y colaboración institucional, junto con el Boletín Oficial del Estado, a la coedición de esta obra. Ya en su cuarta edición y bajo el título, en esta ocasión, de *Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo*, este Seminario ítalo-español da continuidad a un proyecto singular, iniciado por Antonio Pérez Miras y Germán M. Teruel Lozano, cuando apenas estaban finalizando sus estudios de doctorado en el Real Colegio de España en Bolonia, y Edoardo Raffiotta, profesor de esa Universidad italiana, donde se celebró el 3 y 4 de mayo de 2012 el primer seminario. A aquella experiencia le han seguido las ediciones de Madrid en 2014, Catania en 2016 y la ya mencionada de Murcia en 2018, con un carácter bienal y una alternancia geográfica que son señas de identidad de este Seminario Internacional.

La experiencia del seminario celebrado en Bolonia en 2012 no pudo ser más satisfactoria. Con una metodología conocida pero poco aplicada en el ámbito universitario español, investigadoras e investigadores séniores y novales interactúan dentro de ámbitos temáticos definidos en cada edición del Seminario a los que se unen otras aportaciones que se incorporan a la publicación que ha recogido los resultados de cada seminario. Tuve la oportunidad de participar en la primera edición de 2012 y he seguido participando, de una u otra forma, en las ediciones siguientes, lo que me ha permitido comprobar no solo la evolución del proyecto sino también la de sus propios artífices. Tanto Ger-

mán M. Teruel Lozano como Antonio Pérez Miras desarrollan sendas carreras docentes e investigadoras (en las Universidades de Murcia y Granada respectivamente) y atesoran ya méritos relevantes a los que, con seguridad, se les unirán otros en el futuro. Su capacidad para organizar con éxito cuatro ediciones del seminario internacional ítalo-español, en el que han participado cientos de ponentes, comunicantes y moderadores y, también, otros cientos de estudiantes, así como haber coordinado la correspondiente publicación de cada uno de ellos avalan el alto nivel de gestión de la investigación que poseen ambos investigadores.

\*\*\*\*\*

Que la democracia requiere continua atención y tutela no es una afirmación nueva, pero conviene insistir en que ningún logro democrático permanece sin su defensa constante. Quizá, por ello, los organizadores de este IV seminario internacional ítalo-español han querido referirse en el título del mismo a las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo, en clara alusión al pasado, presente y futuro del constitucionalismo democrático. Desde hace algo más de una década, la democracia constitucional ha sido puesta a prueba, una vez más; la crisis económica ha producido un innegable desgaste en las instituciones; la ciudadanía ha perdido confianza en el sistema y éste se ha visto incapaz de dar respuesta a retos que no eran esperables y que han castigado severamente a amplios sectores de población. Las medidas adoptadas por los Estados han sido desiguales, tanto en su aplicación como en sus resultados. Quizá no podía ser de otra manera, con una multiplicidad de sociedades diversas con intereses frecuentemente contrapuestos. Aun en este contexto, ciertamente convulso, una cosa sí puede afirmarse: solo el sistema constitucional democrático puede aportar soluciones basadas en la libertad, la justicia y la igualdad. Ante circunstancias adversas debe profundizarse en vías de solución, en cambios que renueven el sistema, pero nunca debe renunciarse a un modo de convivencia democrático que es el único que puede aportar vías de solución y de mejora. Las dificultades no deben llevarnos a una crítica fácil e inicua del constitucionalismo, en torno al cual se han construido sociedades democráticas basadas en el respeto a la ley y a los derechos de las personas, sino a un fortalecimiento de nuestra conciencia democrática y de nuestra adhesión al sistema constitucional.

A lo largo de los numerosísimos capítulos contenidos en los cinco volúmenes que integran esta obra se analizan gran parte, sino todos, los grandes retos del constitucionalismo actual; un constitucionalismo que se debate entre sus fundamentos dogmáticos y los cambios que ineludiblemente deberán abor-

darse para acomodarlo a las nuevas demandas de una sociedad globalizada y enfrentada a desafíos innegables. En su IV edición, este seminario internacional tenía dos referencias inexcusables para cualquier constitucionalista, ya que en 2018 se celebró el 40 aniversario de la Constitución española, casi en coincidencia con el 70 aniversario de la Constitución italiana de 1947. No podía un seminario italo-español olvidar tan importantes efemérides en España e Italia, donde el constitucionalismo democrático ha sabido abrirse paso a pesar de algunas oscuras páginas de su historia. Por ello, los primeros artículos de esta obra están dedicados a tratar estos periodos constitucionales y algunos de los aspectos sobre los que se ha reflexionado en relación a posibles reformas constitucionales. Junto a éstos, se incluyen los trabajos relativos a la dimensión constitucional de Europa, que plantea a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de afrontar nuevos retos si no quieren perder lo mucho que se ha conseguido con la integración supranacional. La salida del Reino Unido de la Unión Europea está siendo uno de los asuntos más controvertidos en este proceso. El tiempo dirá cuál de las dos partes pierde o gana más con esta separación, aún pendiente, pero la historia constatará la dificultad, en el plano jurídico y en el político, de abordarla, a pesar de la claridad del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, cuya aplicación ha dado lugar a que la Unión haya demostrado, una vez más, su fortaleza y la vigencia de sus principios inspiradores.

A estos trabajos iniciales le siguen otros muchos de igual interés, como los más de treinta artículos dedicados a los derechos fundamentales, en los que podemos encontrar un conjunto muy relevante de aportaciones sobre temas centrales en el constitucionalismo de este siglo. Algo parecido cabe decir sobre el volumen tercero, que recoge las contribuciones referidas a las instituciones políticas y a la democracia, con trabajos sobre democracia parlamentaria, representación y participación política, sistema electoral y partidos políticos y grupos. Se completa el análisis global del constitucionalismo con casi una veintena de aportaciones sobre el sistema de fuentes, la organización territorial y la justicia constitucional, en los que se pone de manifiesto la necesidad de seguir reflexionando sobre asuntos clásicos pero a la luz de nuevos desafíos.

Un último volumen de esta vasta obra, bajo el título «Retos del siglo XXI», recoge cuatro grandes ámbitos de reflexión: el Estado social y la economía; la era de la tecnología y el cambio climático; la seguridad y la legalidad sancionadora; y el fenómeno religioso. Respecto a cada uno de ellos se puede encontrar un conjunto de trabajos que apuntan hacia las transformaciones necesarias en un constitucionalismo que debe adaptarse a las necesidades de una sociedad

en evolución pero que debe seguir siendo la referencia obligada para la organización del poder político y para la garantía de la libertad.

\*\*\*\*\*

No cabe sino concluir felicitando a todos los que participan en esta obra por sus aportaciones y, muy especialmente, a los directores de la misma, los profesores Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, Maria Pia Iadicicco y Antonio Pérez Miras, y a los distintos coordinadores de los volúmenes, los profesores Silvia Romboli, Carmen Montesinos Padilla, Aday Jiménez Alemán y Fernando Pérez Domínguez, por la labor realizada, esperando que continúen con esta estimable iniciativa en años venideros.

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ  
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales  
Catedrática de Derecho constitucional  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

## NOTA DE LOS DIRECTORES

Las efemérides son una buena ocasión para hacer balance, tratar de captar la realidad cotidiana y alzar la vista crítica al retrovisor de los años que nos han traído irremediablemente al presente, y que nos coloca ante las incertidumbres del futuro. Así, y como no podría ser de otro modo, el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales ha querido contribuir en 2018 a la conmemoración del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, enmarcando por vez primera nuestros encuentros bienales en el marco del proyecto Jean Monnet Eucons.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, fieles a nuestro compromiso, nos congratulamos de presentar los estudios «Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta de Constitución española», reunidos en cinco volúmenes, que afrontan el análisis de los distintos desafíos que acucian al constitucionalismo contemporáneo.

El Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales, que nació en Bolonia en el 2011 casi como una aventura, fruto de la colaboración entre colegas del Real Colegio de España en Bolonia y de jóvenes profesores del *Alma Mater*, se ha tornado hoy en un proyecto maduro que ha ido creciendo junto a las carreras académicas de sus promotores y de las sobresalientes incorporaciones a su grupo de trabajo. Ahora, la concesión por la Comisión Europea del Proyecto Jean Monnet Eucons ha dado un importante impulso a la iniciativa que adquiere plenitud al proyectarse más allá del espacio ítalo-español para

ponerse al servicio de la construcción de una cultura constitucional europea común, en un momento en el que resulta imperioso facilitar espacios de encuentro para los juristas europeos, que hagan de Europa una realidad constitucional más cohesionada.

Precisamente con ese espíritu haerberliano, el Seminario ha venido promoviendo congresos bienales que han reunido a centenares de constitucionalistas principalmente de ambos países: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y, el último de ellos, ya con dimensión europea, en Murcia (2018). Del 28 al 30 de noviembre de 2018 se congregaron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia 115 jóvenes investigadores, 55 profesores entre ponentes, moderadores y contraponentes, y más de 100 estudiantes para participar en el IV Congreso Internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo». Un año después estamos en condiciones de publicar los resultados de aquella investigación, reuniendo en esta obra los trabajos de constitucionalistas italianos y españoles de todas las generaciones, desde los más jóvenes que todavía cursan sus estudios de postgrado a egregios maestros, junto a algunos colegas europeos. Con estos volúmenes se ejemplifican así los valores de nuestro proyecto: diálogo intergeneracional, excelencia académica y construcción europea.

Este volumen I está dividido en dos bloques con contenidos diferentes pero complementarios. La primera parte, siendo la que inaugura la colección, se dedica a recoger las contribuciones de los Autores que han querido homenajear a las Constituciones italiana y española en sus respectivos aniversarios, proponiendo un detallado examen tanto de las virtudes como de los elementos susceptibles de revisión en cada una de ellas. La segunda parte del volumen tiene el propósito de introducir una problemática actual y, como se ha dicho, complementaria respecto de aquellas analizadas en el primer bloque: la dimensión constitucional europea. En efecto, el Derecho Constitucional contemporáneo no puede prescindir de su dimensión supranacional y del estudio de las relaciones que se desarrollan entre los sistemas constitucionales de los distintos países y los ordenamientos, de un lado, de la Unión Europea y, de otro, del Consejo de Europa.

Con estos temas, y los abordados en los restantes volúmenes, analizamos la situación en la que se encuentran los Estados constitucionales en Europa, hacemos balance de la evolución que se ha vivido desde el final de la II Guerra Mundial y de las respuestas que se han sucedido a los cambios en estas décadas, al tiempo que nos preparamos doctrinalmente para los retos que están por venir en el nuevo contexto global. El constitucionalismo sigue en expansión pero necesita de nuevos planteamientos para afrontar los actuales de-

saños, especialmente acuciantes pasada una década en crisis, que no sólo ha impactado en la economía sino que también ha tenido profundos efectos sobre nuestros sistemas políticos. Observamos de esta forma la panorámica, espacial y temporal, del *ius commune* constitucional.

Así las cosas, comprometidos con los principios antes enunciados, hemos querido festejar la coincidencia de los dos aniversarios constitucionales abordando todas estas cuestiones mediante un debate intergeneracional que enriquezca la doctrina jurídica. Pero, si esta ingente obra ve la luz, es gracias, primero, a los que desinteresada y anónimamente nos han ayudado en cuidar todos los detalles, y en especial, al apoyo editorial del BOE, en coedición con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y a la financiación facilitada por el Proyecto Jean Monnet y por la Fundación Cajamurcia, a los que mostramos nuestra infinita gratitud. Un agradecimiento que no debe escudarse en las instituciones en sí sino que debe permear hasta las personas que desde aquellas nos han guiado hasta este puerto. Y nos van a permitir que nos detengamos en una de las personas que más ha colaborado con esta iniciativa desde sus comienzos, que creyó en el proyecto y nos ha hecho crecer como universitarios: la Profesora Yolanda Gómez, hoy Directora del CEPC y que con justicia prologa los cinco volúmenes sobre la doble efeméride constitucional de nuestras penínsulas europeas.

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO  
Directores

SILVIA ROMBOLI  
Coordinadora

## NOTA DEI CURATORI

Le ricorrenze sono una buona opportunità per fare il punto della situazione, per cercare di comprendere la realtà quotidiana, per sollecitare il pensiero critico attraverso un'indagine retrospettiva degli avvenimenti accaduti in anni passati e che ci hanno condotto fino al presente, ponendoci davanti al futuro con non poche incertezze. Proprio per questo, nel 2018, il Seminario Italo-spagnolo di studi costituzionali ha voluto contribuire alla commemorazione del 70° anniversario della Costituzione italiana e del 40° della Costituzione spagnola, inserendo altresì e per la prima volta il suo incontro biennale nell'ambito del progetto Jean Monnet Eucons.

L'Europa, come in realtà il mondo intero, attraversa un momento complesso. In particolare, i ritmi della globalizzazione economica, i progressi tecnologici, i profondi cambiamenti sociali e i disordini politico-istituzionali che stanno investendo le democrazie occidentali rendono quanto mai necessario domandarsi quali siano le prospettive del costituzionalismo contemporaneo. Per questo, facendo fede all'impegno assunto, siamo lieti di presentare gli studi «Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta de Constitución española», raccolti in cinque volumi, i quali analizzano approfonditamente alcune tra le diverse e più rilevanti sfide che deve affrontare il costituzionalismo contemporaneo.

Il Seminario Italo-spagnolo di studi costituzionali, nato a Bologna nel 2011 quasi come un'avventura, frutto della collaborazione tra membri della scuola del Reale Collegio di Spagna a Bologna e giovani professori dell'*Alma Mater*, si è convertito oggi in un progetto maturo che è cresciuto parallelamente alle carriere accademiche dei suoi promotori e grazie alla crescita del suo gruppo di lavoro, che ha incorporato nuovi ed eccellenti membri. Recente-

mente, la concessione da parte della Commissione Europea del Progetto Jean Monnet Eucons, ha dato un importante impulso all'iniziativa che acquisisce così pienezza proiettandosi oltre lo spazio italo-spagnolo e dedicandosi alla costruzione di una cultura costituzionale europea comune, in un momento in cui appare indispensabile fornire spazi di incontro per i giuristi europei, con lo scopo di rendere l'Europa una realtà costituzionale più solida.

Proprio con tale spirito haberliano, il Seminario ha promosso congressi biennali che hanno riunito centinaia di studiosi, prevalentemente ma non esclusivamente costituzionalisti, dei due Paesi citati, dapprima a Bologna (2012), poi a Madrid (2014), poi a Catania (2016) e, da ultimo, con una già più ampia dimensione europea, a Murcia (2018). Dal 28 al 30 novembre 2018, 115 giovani ricercatori, 55 professori, relatori, moderatori e *discussants* e oltre 100 studenti si sono riuniti nel IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo». Dopo un anno siamo in grado di pubblicare i risultati di quella poderosa ricerca, raccogliendo in questa opera i contributi di costituzionalisti italiani e spagnoli di tutte le generazioni, dai più giovani, ancora in formazione nei corsi post-lauream, agli illustri Maestri e colleghi europei. Questi volumi vogliono essere quindi una testimonianza dei valori sottesi al nostro progetto: dialogo intergenerazionale, eccellenza accademica e costruzione europea.

Il presente volume (I) è diviso in due parti recanti contenuti diversi ma complementari. La prima parte, essendo quella che inaugura la collezione, è dedicata alla raccolta dei contributi degli Autori che hanno voluto rendere omaggio alle Costituzioni italiana e spagnola in occasione nei rispettivi anniversari, proponendo un esame dettagliato delle virtù di ciascuna e valutando gli elementi suscettibili di revisione in ognuna di esse. La seconda parte del volume ha lo scopo di introdurre una questione attuale e, come è stato detto, complementare rispetto a quelle analizzate nel primo blocco: la dimensione costituzionale europea. In effetti, il diritto costituzionale contemporaneo non può rinunciare alla sua dimensione sovranazionale e allo studio delle relazioni che si sviluppano tra i sistemi costituzionali dei diversi Paesi e gli ordinamenti dell'Unione europea, da un lato, e del Consiglio d'Europa, dall'altro.

In quest'ottica i temi affrontati in questo come nei restanti volumi, consentono di analizzare la condizione complessiva degli Stati costituzionali in Europa, facendo il punto sulle evoluzioni compiutesi dalla fine della seconda guerra mondiale e sulle risposte e letture fornite in questi decenni, chiamando, al contempo, la dottrina a guardare le sfide del futuro nel nuovo contesto globale. Il costituzionalismo continua ad espandersi, ma ha bisogno di nuovi strumenti per affrontare le attuali sfide, ancor più difficili da affrontare dopo un

decennio di crisi economico-finanziaria, che ha avuto un forte impatto non solo sull'economia ma ha inciso anche profondamente sui nostri sistemi politici. In questo modo ci poniamo in una prospettiva, spaziale e temporale, che è quella dello *ius commune* costituzionale.

E pertanto, alla luce dei valori poc' anzi menzionati, abbiamo voluto celebrare la coincidenza dei due anniversari costituzionali affrontando tutte queste questioni attraverso un dibattito intergenerazionale che spera di arricchire la dottrina giuridica. Se questo imponente lavoro vede oggi la luce, è grazie, innanzitutto, a coloro che ci hanno aiutato volontariamente e talvolta in forma anonima a curare tutti i dettagli e grazie al contributo editoriale del BOE, in collaborazione con il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* e ai finanziamenti forniti dal Progetto Jean Monnet e dalla *Fundación Cajamurcia*, ai quali vogliamo indirizzare la nostra infinita gratitudine. Il nostro ringraziamento desideriamo che giunga non soltanto alle Istituzioni appena menzionate, ma anche ad ogni persona che ci ha accompagnato fino a questo porto. Tra queste vogliamo rivolgere un particolare ringraziamento ad una delle persone che ha maggiormente contribuito alla realizzazione di questa iniziativa sin dalla sua nascita, che ha creduto nel nostro progetto e che ci ha accompagnato nella nostra crescita come studiosi: la professoressa Yolanda Gómez, attualmente Direttrice del CEPC, la quale ha gentilmente redatto il Prologo ai cinque volumi sul doppio evento costituzionale delle nostre penisole europee.

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO  
Curatori

SILVIA ROMBOLI  
Coordinatrice

PARTE I

**RETROSPECTIVAS Y MIRADAS  
AL FUTURO**

# LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN SU 40º ANIVERSARIO

MANUEL ARAGÓN REYES\*  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. El significado de nuestra Constitución: consenso, gradualismo y democracia. 2. La Monarquía parlamentaria. 3. Parlamentarismo y Monarquía. 4. El Estado de Derecho. 5. Problemas de la organización territorial del Estado. 6. Constitución y globalización. 7. Conclusiones.

## 1. EL SIGNIFICADO DE NUESTRA CONSTITUCIÓN: CONSENSO, GRADUALISMO Y DEMOCRACIA

Cuando ahora se cumplen sus cuarenta años de vida, conviene subrayar el significado de nuestra Constitución, que es doble: de un lado, por su procedimiento de elaboración y, de otro, por su contenido. El primero resulta muy relevante para comprender e incluso interpretar el segundo.

Fueron dos las características principales del modo en que la Constitución se elaboró y aprobó: el consenso y el gradualismo. La Constitución

---

\* Catedrático emérito de Derecho Constitucional. Magistrado emérito del Tribunal Constitucional. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Este texto se corresponde con la ponencia presentada en el IV congreso internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo: con ocasión del 70.º aniversario de la Constitución italiana y el 40.º aniversario de la Constitución española» del Seminario Ítalo-español, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia del 28 al 30 de noviembre de 2018.

suscitó un consenso extraordinariamente amplio no sólo entre las principales fuerzas políticas, sino también en el seno de la sociedad. Consenso que ya venía produciéndose desde la transición política. Así, en lugar de partirse de un proyecto constitucional presentado por el Gobierno o por un partido, se decidió que surgiera de una ponencia parlamentaria que integró a representantes de los diversos partidos existentes en el Congreso de los Diputados, que elaboró un anteproyecto de Constitución que fue después sometido a debate en la Comisión Constitucional y en el Pleno de la Cámara. De manera que el texto fue aprobado en el Congreso por la casi unanimidad de todos los grupos políticos. Pasado al Senado, sucedió lo mismo. Al final, pues, ese texto obtuvo el apoyo de la inmensa mayoría de los miembros de las Cortes Generales. Sometido posteriormente a referéndum de todos los ciudadanos españoles, fue ratificado por aproximadamente el 90 por ciento de los votantes.

La clave de ese extraordinario consenso fue el espíritu de concordia que animó todo el proceso, de modo que los diversos partidos renunciaron a las diferencias que podían separarlos para mostrarse de acuerdo en el objetivo que todos perseguían: dar a la luz una Constitución democrática, con autonomías territoriales y Monarquía parlamentaria, sellando así un gran pacto de convivencia, un amplio acuerdo de paz, que viniera a cerrar los enfrentamientos que a lo largo de nuestro constitucionalismo histórico habían desgarrado a la sociedad española, sanando las heridas producidas por la guerra civil y por sus consecuencias durante la pasada dictadura del General Franco.

Esa característica, con ser muy importante, y que diferencia netamente a nuestra actual Constitución de otras del pasado, no fue la única, pues tan importante como ella lo fue el carácter evolutivo y no revolucionario de aquella operación, por lo cual la Constitución, más que a inaugurar un sistema político nuevo, lo que hizo en realidad es consolidar y desarrollar un cambio político que ya había venido produciéndose a lo largo de la transición iniciada a partir de 1976.

Efectivamente, el Estado democrático, que la Constitución definiría y desarrollaría, ya era una realidad, al menos en sus líneas esenciales, cuando se celebraron las elecciones de junio de 1977, que pudieron ser democráticas precisamente porque en ese momento, mediante los cambios normativos realizados entre finales de 1976 y mediados de 1977, se habían garantizado los derechos, legalizados todos los partidos y dictada una legislación electoral que garantizaba la libre competencia entre partidos y la celebración de unas elecciones por sufragio universal, libres, igual, directo y secreto, con plena traspas-

rencia de todo el proceso electoral y efectivo control de la veracidad de sus resultados.

Las autonomías territoriales que la Constitución vendría a garantizar, ya se fueron adelantando antes de que la Constitución naciera, mediante la implantación en todo el territorio de los regímenes provisionales de autonomía. La misma Monarquía parlamentaria, que la Constitución proclamaría y regularía, también se fue adelantando a lo largo de la transición, pues el Rey Don Juan Carlos, a partir de las elecciones de junio de 1977, renunció en la práctica, voluntariamente, a ejercer los poderes que las Leyes Fundamentales del régimen de Franco le atribuían (y que fueron tan importantes para auspiciar y dirigir el cambio de la dictadura a la democracia), comportándose, una vez que ya había unas Cortes democráticas, como el Jefe del Estado de una Monarquía parlamentaria. Incluso antes de que se celebraran aquellas elecciones, se produjo un acto especialmente significativo: en mayo de 1977 Don Juan de Borbón transmitió sus derechos dinásticos a su hijo, el Rey Don Juan Carlos, que dejaba de ser así el sucesor de Franco para convertirse en el «legítimo heredero de la dinastía histórica», como reconocería después el art. 57.1 de la Constitución.

Ese gradualismo, ese cambio evolutivo y no revolucionario que orientó todo el proceso, de manera que, habiendo ruptura jurídica en el fondo, no la hubo en las formas, o que logró que la ruptura (el cambio radical de modelo de Estado) se hiciera por la vía de la reforma, fue uno de los grandes logros de la transición política que dio lugar a la Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978. De ahí que sin ese significado, realmente extraordinario, del proceso de cambio político que culminó en la Constitución, no quepa interpretar correctamente lo que el texto de la misma ha venido a establecer.

El otro significado de la Constitución se refiere a su contenido. En él se regula un auténtico Estado social y democrático de Derecho, parangonable con el de los Estados extranjeros más auténticamente democráticos, con una extensa y completa garantía de los derechos fundamentales, un aseguramiento de la independencia judicial y una jurisdicción especializada, el Tribunal Constitucional, para velar por la adecuación de los actos de todos los poderes públicos a la Norma Fundamental. Una democracia pluralista, que tiene como regla general la de la democracia representativa mediante elecciones con pleno control jurisdiccional de su veracidad, complementada con determinadas instituciones de democracia directa. Un Estado social, que procura facilitar las condiciones materiales para que la libertad e igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean «reales y efectivas» (art. 9.2 CE). Y, en fin, un Estado con autonomías territoriales, cuyas líneas generales la propia Constitu-

ción establece, pero cuyo desarrollo se confió a un momento posterior: al de constituirse las diversas comunidades autónomas y aprobarse sus respectivos estatutos de autonomía.

Respecto de esto último, es cierto que, sobre todo a partir de 2005, se han producido determinadas actuaciones muy perturbadoras para el Estado autonómico, que han desembocado en la situación originada en 2017 por los graves acontecimientos producidos en Cataluña. Pero ello, con ser grave, no creo que empañe el balance general de estos cuarenta años de Constitución, que han proporcionado a los españoles la mejor etapa en paz, progreso y libertad, de nuestra historia política. Hoy podemos estar orgullosos de poseer un auténtico Estado constitucional y democrático de Derecho, con plenas garantías de las libertades ciudadanas y con unos servicios sociales muy superiores, en términos generales, a los que tienen los Estados más desarrollados del mundo. Afirmar esa realidad no significa el menosprecio de lo ajeno, sino evitar el menosprecio de lo propio, costumbre tan española y que hoy debiera abandonarse por la sencilla razón de que carece de toda veracidad.

## 2. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La vieja distinción radical entre monarquía y república, que tanto lastró nuestro pasado, resulta falsa en los tiempos actuales. Como dijo muy bien Kelsen, la distinción radical entre las formas de Estado ya no es entre monarquía y república, sino entre autocracia y democracia. De manera que puede haber monarquías y repúblicas autocráticas y monarquías y repúblicas democráticas. La conciliación entre democracia y monarquía es, justamente, la conseguida con la monarquía parlamentaria. En ese sistema, tan consolidado en diversos Estados europeos que, por cierto, son los que disfrutan de mayores cotas de democracia y desarrollo, la monarquía no se opone a la democracia porque el Rey reina pero no gobierna, es decir, no posee ni poder constituyente, ni poder legislativo ni poder ejecutivo. Ello no significa que su función carezca de relevancia, en cuanto que el Rey es símbolo de la unidad y permanencia del Estado, factor de integración histórica, política, social y territorial, con capacidad de ejercer un papel moderador de las instituciones públicas que se basa más en la *auctoritas* que en la *potestas*, que se despliega más por la influencia que por la competencia, y que se manifiesta, principalmente, a través de los clásicos derechos de un monarca parlamentario de «advertir, animar y ser consultado». Ese es el ejemplo que nos proporcionan las monarquías parlamentarias europeas. Y ese es el ejemplo que nuestra Constitución ha seguido.

El art. 1.3 CE establece que la Monarquía parlamentaria es la forma «política» del Estado español. Esa dicción es muy correcta, pues la forma «jurídica» de nuestro Estado es la democracia (art. 1.1 CE), en cuanto que determina, en Derecho, las relaciones entre los ciudadanos y el poder. La Monarquía es forma «política» porque cualifica no tanto a esas relaciones, sino al «modo de ser permanente» del Estado español: un reino y no una república. Un modo de ser que se proyecta en todas las instituciones públicas, cargado de significación simbólica y de capacidad de integración, reforzando la unidad y permanencia (en este caso por el modo de acceso hereditario a la Jefatura del Estado) de la comunidad política.

Y justamente esas capacidades se acentúan cuando la Monarquía es parlamentaria, esto es, cuando el Rey reina y no gobierna y, por ello, situado en una posición de neutralidad política al margen del legítimo pluralismo democrático. El Rey no lo es de un partido, ni de una ideología determinada, pues lo que representa es lo que tiene de común la sociedad, pese a las legítimas diferencias políticas, sociales y territoriales que se alberguen en su seno. Por ello el art. 1.3 CE no dice sólo que la Monarquía sea la forma política del Estado, sino más correctamente, que lo es la «Monarquía parlamentaria».

Pero la Monarquía parlamentaria es también la forma jurídica de la Jefatura del Estado, y por ello dotada de una serie de competencias de necesario ejercicio para que el Estado pueda funcionar. Ello está muy bien descrito en el art. 56.1 CE: «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente, con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes». Y esas funciones son de un extraordinario relieve, no sólo las simbólicas, sino también las efectivas: sanciona y promulga las leyes, expide los decretos aprobados por el Consejo de Ministros, designa a las más altas autoridades del Estado, convoca y disuelve las Cortes, convoca elecciones y referéndums, propone candidato a Presidente del Gobierno, tiene el mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 62 CE).

Pero lo que sucede es que, por ser un Monarca parlamentario, esas funciones efectivas son de obligatorio ejercicio, «actos debidos» que el Rey no puede rehusar. Esa es la clave «jurídica» y «política» de la Monarquía parlamentaria. Forma «política» del Estado que no puede ser aprehendida sólo por el Derecho, sino por el cumplimiento de unas reglas políticas sin las cuales la Monarquía parlamentaria no podría funcionar. Reglas políticas que se proyectan sobre el propio Monarca, que no está sometido al Derecho por la *vis coac-*

*tiva*, pues su persona es inviolable (art. 56.3 CE), y así debe ser, pues de lo contrario no podría mantenerse la Monarquía, sino por la *vis directiva*, es decir, por el voluntario acatamiento del Monarca a esas condiciones que le vienen impuestas por propio significado de la Monarquía parlamentaria. Sin la firma del Rey el Estado no podría funcionar, pero el Rey siempre debe firmar.

Ahora bien, como en un Estado democrático no debe haber ejercicio de competencias públicas sin que su titular proceda, directa o indirectamente, de la representación ciudadana, los actos del Rey han de ser refrendados por otra autoridad (arts. 56.3 y 64 CE), careciendo de validez sin dicho refrendo (art. 56.3 CE); y como en un Estado democrático de Derecho no puede ejercerse el poder público sin incurrir en responsabilidad (art. 9.3 CE), y el Rey, por esencia, ha de ser irresponsable (art. 56.3 CE) de sus actos, «debidos», responderá siempre la autoridad que los refrende (art. 64.2 CE).

Ese es, en consecuencia, el delicado y complejo equilibrio que rige en una Monarquía parlamentaria. Y ello no sólo se proyecta sobre la actuación regia, como antes de dijo, sino también sobre todas las autoridades públicas y responsables políticos que han de relacionarse con el Rey, que han de respetar su neutralidad, que no pueden pedir al Rey lo que éste, constitucionalmente, no puede dar, y que han de observar en su conducta una lealtad plena a la función regia y a la posición institucional de un Monarca parlamentario. Por ello decía muy bien Jellinek que la Monarquía parlamentaria no podría entenderse sólo mediante el Derecho, sino, sobre todo, mediante la política, porque se trata de una forma «política» del Estado que impone, para su estabilidad y permanencia, el cumplimiento de unas reglas políticas consustanciales a ella, y que obligan a todos: Rey, instituciones y partidos.

Dicho lo anterior, sería un error entender que el Rey, aunque no pueda ejercer, por sí solo, el poder público, es una figura inane, o, como se ha dicho equivocadamente, «un simple adorno constitucional». Al contrario, debido a la capacidad de integración de la Corona, a la función simbólica que ésta despliega, a la influencia (que no la competencia) del Monarca, basada en la *auctoritas*, por estar situado al margen de las lícitas contiendas ideológicas y sociales y favorecido por la experiencia que deriva de su permanencia en el cargo, el Rey, en una Monarquía parlamentaria, es una figura central en el entramado institucional, un auténtico pilar de la Constitución y del sistema democrático que ella ha establecido. Como tantas veces se ha dicho en el constitucionalismo británico, «el Rey hace más de lo que parece hacer».

En España, además, todo ello se ha demostrado en la práctica, no sólo por la decisiva influencia del Rey en el buen funcionamiento de las instituciones durante estos cuarenta años, o por su éxito en las relaciones internacionales

(donde ha quedado claro que el Monarca es «nuestro mejor embajador», como tantas veces se ha dicho), sino incluso por la actuación del Rey en momentos decisivos de nuestra vida constitucional: así la llevada a cabo por Don Juan Carlos I para desactivar el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, o la más reciente de Don Felipe VI en su discurso del día 3 de octubre de 2017 para «advertir» con energía de que el orden constitucional no podría ser desmantelado por los acontecimientos ocurridos aquellos días en Cataluña, y para «animar» a los poderes legítimos del Estado a cumplir con sus obligaciones constitucionales, y a los ciudadanos a tener confianza en que aquellos acontecimientos no podrían destruir la convivencia en paz y libertad de todos los españoles.

En definitiva, creo, fundadamente, que tenemos en España la fortuna histórica de contar con una Monarquía parlamentaria que, hoy, está representada por un Rey, Don Felipe VI, de probada formación y capacidad y de irreprochable ejemplaridad ética e institucional.

### 3. PARLAMENTARISMO Y MONARQUÍA

Si, como dijo con acierto Kelsen, la suerte del parlamentarismo es la suerte de la democracia, en cuanto que no es posible (es decir, efectiva) otra democracia que la democracia parlamentaria, cabe decir igualmente, entendido el parlamentarismo no como forma de Estado (democracia parlamentaria), sino como forma de gobierno (régimen parlamentario), que, en una Monarquía parlamentaria, la suerte del parlamentarismo es también la suerte de la Monarquía. Régimen parlamentario y Monarquía están indisolublemente unidos, no en vano la única Monarquía compatible con la democracia es la Monarquía parlamentaria.

Y en ese aspecto sí que conviene advertir de las disfunciones que, en los últimos tiempos, se vienen manifestando en nuestro régimen parlamentario, que no sólo suponen un riesgo para la democracia, sino también, por lo que acaba de decirse, para la propia Monarquía. De entre los muchos ejemplos de tales disfunciones, pueden destacarse las que considero más graves, tales como el uso desmedido y dudosamente constitucional de los decretos-leyes, la incapacidad de pactos entre las principales fuerzas políticas parlamentarias, la consiguiente inestabilidad de los Gobiernos o simplemente su incapacidad para gobernar, el mal entendimiento, por los políticos, de la función regia de propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno, la comprensión incorrecta

del significado de la investidura del Presidente del Gobierno e, incluso, el uso desviado de la moción de censura.

No es posible ahora (dado el tiempo limitado que se ha fijado para exponer la presente ponencia) examinar en detalle esos problemas, pero sí alertar sobre lo que suponen de desvirtuación de las reglas no escritas del régimen parlamentario, e incluso de desvío de la orientación o las finalidades que a ese régimen nuestra Constitución le asigna. El nuestro, por designio de la Constitución, es un régimen parlamentario racionalizado, que está previsto para evitar, en la medida de lo posible, la inestabilidad gubernamental o la ingobernabilidad, que tanto mal produjeron al régimen parlamentario en el pasado (especialmente en la III y la IV República en Francia, y en la República de Weimar en Alemania). Para combatir esos males se ideó, precisamente, el «parlamentarismo racionalizado», y, más aún, el tipo de parlamentarismo racionalizado según el modelo alemán de su actual Constitución, que es precisamente el que nosotros incorporamos a la nuestra.

Ese modelo se basa en la obligación constitucional de pactar cuando no existe una mayoría absoluta de un solo partido en el parlamento, de manera que siempre haya un Gobierno con suficiente apoyo en la Cámara (ya sea mediante una coalición de partidos para gobernar, ya sea mediante un pacto de legislatura), único modo de lograr dos fines consustanciales a este parlamentarismo: la eficacia de la acción gubernamental (por supuesto, sin merma de los derechos de la oposición) y la legitimación democrática por ejercicio que de ello deriva.

De ahí que la investidura a Presidente de Gobierno exige que no sólo haya apoyo suficiente en el Congreso de los Diputados a la persona del candidato, sino también «al programa político del Gobierno que pretenda formar» (art. 99.2 CE). Por ello, una investidura en la que únicamente se muestre el apoyo a la persona, pero en la que no se presente un programa de Gobierno, o que, presentado éste, no suscite sobre él un claro y suficiente apoyo parlamentario, viene a suponer un quebranto no sólo del espíritu de nuestro parlamentarismo, sino incluso de la expresa regla constitucional. En tal sentido es muy dudoso, como dije antes, que la investidura del anterior Presidente del Gobierno cumpliera con aquellas exigencias.

Por otro lado, nuestra moción de censura (copiada de la Constitución alemana), en coherencia con el modelo adoptado, es, necesariamente, «constructiva», lo que también significa que no basta para que prospere con el voto negativo mayoritario al Presidente del Gobierno, sino que requiere, al mismo tiempo, el voto positivo a favor del candidato a sustituirle y a favor del programa que ese candidato presenta. La moción de censura, en consecuencia, no

está para «destruir» el Gobierno anterior, sino también, y necesariamente, para «construir» un nuevo Gobierno capaz de gobernar porque el candidato presente un programa de Gobierno que obtenga, para ello, el claro y suficiente apoyo mayoritario en la Cámara.

A partir de esos presupuestos constitucionales, tengo dudas, como antes apunté, de que la investidura del anterior Presidente del Gobierno se hubiera adecuado completamente a ellos, puesto que el apoyo que recibió (en segunda votación) fue claramente diferenciado: una parte (la de su propio grupo parlamentario) sí era favorable a su programa de Gobierno, pero otra (la del grupo parlamentario de Ciudadanos) lo que manifestó fue el propósito de cambiar de inmediato algunos de los aspectos nucleares de ese programa.

Menos dudas ofrece el juicio que cabe hacer de la moción de censura que después se presentó y triunfó, con la consiguiente investidura automática del actual Presidente del Gobierno. En ese caso estamos, en mi opinión, ante un patente desvío de los designios constitucionales, en cuanto que se obtuvo un apoyo para destruir al Gobierno (más exactamente, para remover a su Presidente), pero no un apoyo para el programa de Gobierno que el candidato presentara. Más aún, es que ni siquiera ese candidato formuló un auténtico programa de Gobierno, salvo que se entendiera por tal la mera intención de obtener la investidura para convocar inmediatamente unas nuevas elecciones, algo que el propio Presidente investido después negaría, declarando su intención de agotar, en la medida en que pudiera, lo que quedaba de legislatura.

Fue, de esa manera, una moción de censura «destructiva», no «constructiva». Y una consiguiente investidura a favor de una persona, pero no a favor de un auténtico programa de Gobierno.

No cabe negar, en consecuencia, que nuestro régimen parlamentario, a partir de las elecciones de diciembre de 2015 y junio de 2016, ha entrado en crisis. Es cierto que el resultado de aquellas elecciones vino cambiar la situación de bipartidismo o cuasi bipartidismo que, hasta ese momento, había caracterizado a la representación parlamentaria desde la entrada en vigor de nuestra Constitución. Pero también es cierto que la existencia de un parlamento pluripartidista, con una representación intensamente fragmentada, que es, por lo demás, lo más común en los regímenes parlamentarios próximos al nuestro, no tenía por qué impedir la estabilidad gubernamental o, al menos, no tendría por qué provocar la ingobernabilidad. Si no fuera así, la conclusión apresurada que se obtendría es que el régimen parlamentario únicamente funciona satisfactoriamente en el bipartidismo, lo que de ninguna manera es cierto, como lo demuestran los ejemplos foráneos, en los que es rara la existencia

de mayorías absolutas de un solo partido, y en los que los gobiernos se construyen mediante coaliciones o pactos de legislatura.

Realmente, lo que en España, a partir de aquellas elecciones, ha fallado es la idea central que sostiene al parlamentarismo: la capacidad de pacto, la no exclusión *a priori* de compromisos a alcanzar entre las fuerzas políticas sostenedoras del sistema, la consideración de que unas y otras son adversarios con los que se puede llegar a acuerdos, no enemigos que han de ser excluidos e incluso destruidos. Esta percepción schmittiana de la vida pública, que tantos males produjo en Europa en el primer tercio del pasado siglo, es precisamente lo que el parlamentarismo no puede aceptar. Sencillamente porque entonces el parlamentarismo no puede funcionar. Y esa concepción schmittiana es, por desgracia, la que ha surgido en la realidad política española de los últimos años.

Nuestros dirigentes políticos parece que no han entendido la esencia del parlamentarismo y, por ello, de un inmediato pasado de viciado parlamentarismo «presidencialista» (propiciado por el bipartidismo, pero no consecuencia necesaria de éste, sino de una mala práctica que condujo al debilitamiento del parlamento y a la excesiva preeminencia del Presidente del Gobierno) hemos desembocado en el extremo contrario: el de un parlamentarismo «de asamblea» que es tan nocivo o más que aquél para el buen funcionamiento del régimen parlamentario.

Téngase en cuenta, además, de que en las repúblicas parlamentarias el Jefe del Estado tiene unas competencias efectivas para paliar, o embridar, ese riesgo, cosa que no puede suceder en las monarquías parlamentarias, donde el Rey carece (y así ha de ser) de esos poderes que sí tienen los presidentes de las repúblicas. En nuestra Monarquía parlamentaria, la responsabilidad para mantener con eficacia el régimen parlamentario recae exclusivamente en los partidos. Por ello precisamente se les exige un comportamiento leal con los designios constitucionales que orientan el sistema. Vale un ejemplo: en la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno (art. 99 CE) no puede trasladarse al Rey una decisión que éste no puede tomar por sí solo, de manera que, en las consultas regias previstas para ese trámite, los dirigentes políticos han de acudir con los «deberes hechos», es decir, en un caso de parlamento fragmentado, con las propuestas de pacto que permitan al Rey designar un candidato que ya cuenta, *a priori*, con previsibles apoyos en el Congreso de los Diputados. Y eso es, justamente, lo que no se hizo en el proceso fallido de investidura que siguió a las elecciones de diciembre de 2015, lo que provocó una también fallida legislatura con la inmediata e inevitable disolución de las Cámaras y la convocatoria de nuevas elecciones.

Una vez celebradas éstas en junio de 2016, sí hubo, por fin, investidura, pero no con el exacto cumplimiento del espíritu constitucional, y por ello la calificué públicamente, de investidura «convulsa». Tan convulsa, que terminó abruptamente con la aprobación de una moción de censura que, por meramente «destructiva» como ya he dicho más atrás, tampoco se acomodó exactamente a las reglas y al espíritu constitucional de nuestro parlamentarismo racionalizado.

En fin, no creo que estemos ante las consecuencias de unas reglas constitucionales defectuosas y que por ello debiéramos cambiarlas para que funcione mejor nuestro régimen parlamentario, sino ante una mala práctica por no haberlas seguido de manera adecuada. No hace falta reformar el art. 99 CE (dedicado a la investidura de Presidente del Gobierno), tampoco el art. 113 CE (sobre la moción de censura constructiva), sino exigir a los responsables políticos que actúen con fidelidad al espíritu y el fin de tales preceptos constitucionales. Y que no olviden que, incluso al margen de las prescripciones normativas, el régimen parlamentario sólo puede ser eficaz si también se cumplen unas reglas políticas, que no jurídicas, consustanciales a él: la capacidad de pacto para formar gobiernos estables capaces de dirigir la política de manera efectiva, sin merma, por supuesto, de la capacidad del parlamento para controlarla. Esa es una distinción esencial del parlamentarismo racionalizado que nuestra Constitución establece: el Gobierno dirige la política (art. 97 CE) y el parlamento la controla (art. 66.2 CE). No es consecuente con esa distinción postular, como algún candidato a la investidura dijo hace pocos años, que fuese el Parlamento el que gobernase. Nada es más contrario a nuestra Constitución que un parlamentarismo de asamblea.

Ojalá que los responsables políticos hayan aprendido la lección y se comporten en el futuro de manera más fiel al espíritu constitucional y a las reglas políticas que suelen cumplirse en todos los países democráticos con régimen parlamentario. Y, más aún, en aquellos que tienen monarquía parlamentaria. En ellos, y en el nuestro, ante un mal funcionamiento del parlamentarismo no existe el recambio hacia un régimen presidencialista, sencillamente porque ello supondría acabar con la monarquía y establecer una república. De ahí que, si queremos conservar la Monarquía (y a mí no me caben dudas en que así debiera ser, pues se ha demostrado su carácter verdaderamente imprescindible para el buen funcionamiento de nuestra democracia constitucional), debemos afianzar nuestro régimen parlamentario, lo que es perfectamente posible si el Gobierno y los partidos se empeñan, decididamente, en ello.

En los últimos años, nuestra Constitución ha recibido los graves envites del separatismo territorial, pero creo, fundadamente, que la Constitución y su

Estado de Derecho prevalecerán frente a ellos. Tanto o más me preocupan los riesgos que para nuestra democracia constitucional y para la Monarquía parlamentaria se están produciendo como consecuencia de una mala práctica del parlamentarismo, sencillamente porque no hay remedio jurídico para ellos, sino sólo el que una buena práctica política de las reglas y principios constitucionales puede proporcionar. De ahí que únicamente a través de una rectificación, por el Gobierno y los partidos (al menos los partidos comprometidos con la Constitución), de la nociva tendencia que han venido siguiendo en los dos últimos años, será posible remontar esta crisis del parlamentarismo que padecemos, y que, si no lo hicieran, tal crisis, muy probablemente, se extendería a todo el sistema constitucional.

En definitiva, no conviene olvidar, y no me importa reiterarlo, que democracia, parlamentarismo y Monarquía están indisolublemente unidos en nuestra Constitución, de manera que la suerte que corra cualquiera de esos dos elementos se traslada, inevitablemente, al conjunto del que forman parte. No permitamos, pues, que por impericia, desidia o mala fe de algunos pueda ponerse en peligro un sistema que nos ha proporcionado los mejores cuarenta años de progreso y libertad de toda nuestra historia.

#### 4. EL ESTADO DE DERECHO

El Estado constitucional, que por principio ha de ser Estado de Derecho, se asienta en una división básica entre los poderes: el poder político (que ejercen los parlamentos y los gobiernos) y el poder jurisdiccional (que ejercen los jueces y tribunales). Poderes que han de estar separados y no interconectados, a diferencia de lo que sucede en las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo tanto en el régimen presidencialista (dónde esas relaciones se manifiestan a través de diversas formas) como en el régimen parlamentario (dónde esa relación es mucho más acentuada).

En el fondo, aquella división básica entre poder político y poder judicial se corresponde con la vieja distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, lo que sucede es que en el Estado constitucional moderno la separación entre ambos descansa, necesariamente, en la independencia del segundo (poder judicial) y en su capacidad de control jurídico (que no político) sobre el primero (poder político), de manera que los jueces (en el modelo europeo, únicamente los tribunales constitucionales) pueden controlar la constitucionalidad de las leyes y la adecuación a Derecho (en este caso todos los jueces y tribunales) de los actos y reglamentos del poder ejecutivo. Además, y en España ello sí está cla-

ro, también el Tribunal Constitucional puede controlar, mediante el recurso de amparo, los actos sin valor de ley del propio Parlamento.

Nuestra Constitución, así, consagra un auténtico Estado de Derecho en el que todos los actos de los poderes políticos son jurídicamente controlables por el poder jurisdiccional. El propio art. 9.3 CE lo expresa muy bien al garantizar «*la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*», que incluso se proyecta sobre el propio poder judicial, pues, si sus decisiones incurrieran en arbitrariedad, también pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo frente a resoluciones judiciales.

Y es que, efectivamente, sin jueces que lo hagan cumplir, el Derecho (todo el Derecho, constitucional y ordinario) carecería de su necesaria fuerza de obligar. Pero ello obliga a que en el ejercicio de su poder la jurisdicción no deba, de ninguna manera, actuar políticamente, sino exclusivamente conforme a Derecho, pues sólo así puede ejercer legítimamente esa ingente potestad de controlar las decisiones de un poder político que, en la Constitución auténtica, emana, directa o indirectamente, de la voluntad popular. Atenerse a criterios objetivos de interpretación del Derecho, fundar jurídicamente sus decisiones, de manera que sean ejercicio de razón y no de mera voluntad, es, en consecuencia, una obligación que el poder jurisdiccional siempre ha de cumplir.

Creo que nuestra Constitución ha regulado perfectamente esa condición, y que la práctica de sus cuarenta años de vigencia pone de manifiesto que, de manera general (salvo alguna excepción que siempre puede remediarse por las vías de los recursos jurisdiccionales habilitados para ello), esa condición se ha cumplido por los órganos jurisdiccionales españoles. En este punto no creo, pues, que nuestro sistema necesite de reforma alguna, salvo quizás en lo que concierne al gobierno del poder judicial (que no ejerce función jurisdiccional), en cuanto que el modo de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial ha mostrado unas consecuencias indeseables de «aparente politización» que convendría remediar optando por un modelo menos anclado en la lógica del Estado de partidos.

## 5. PROBLEMAS DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Ya apunté antes que, sin menospreciar la alta gravedad que hoy revisten los actos de rebelión («rebelión» en el sentido llano, no en su calificación penal) frente al sistema constitucional producidos durante los últimos años en Cataluña, creo que también suponen un grave peligro para la ordenada subsistencia de ese sistema los desvíos que, respecto de nuestra democracia parla-

mentaria, y, más en concreto, de nuestro régimen parlamentario de gobierno, se están experimentando desde 2016 por obra de una actuación reiterada de los principales partidos políticos. Poner fin a esos desvíos no sólo es necesario para conservar la salud de nuestra democracia parlamentaria, sino que también es requisito, me parece, para poder hacer frente al problema de integración territorial que tenemos planteado, pues una y otra cuestión están relacionadas. Antes he tratado de la primera. Ahora debo referirme a la segunda.

No puede negarse que nuestro Estado autonómico, producto del desarrollo constitucional llevado a cabo por los Estatutos de Autonomía y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha supuesto un éxito en el orden político y social, al menos hasta 2005. Sin embargo, los últimos años han puesto de manifiesto que adolece de determinados problemas a los que convendría poner remedio. Algunos son de carácter funcional (excesivas duplicidades orgánicas, uso inadecuado, no sólo por exceso, sino también por defecto, de la legislación básica, régimen ineficaz de financiación autonómica, desigualdades en materia educativa, entre otros) y por ello remediables a través de modificaciones legales y de las prácticas políticas, aunque no pueden ocultarse las dificultades para ello, dado el lamentable enfrentamiento radical entre partidos que hoy caracteriza a nuestro sistema representativo (de lo que me he ocupado más atrás). Por ello, la normalización de nuestro parlamentarismo es condición necesaria para remediar los problemas funcionales del Estado autonómico. El sistema de organización territorial del poder ha podido soportar, hasta ahora, esas disfunciones, gracias, sobre todo, a la constante labor del Tribunal Constitucional. Pero no conviene seguir así por mucho tiempo más.

Cosa distinta son los problemas estructurales del Estado autonómico, latentes quizás desde su inicio, pero expresos a partir del año 2012, y que no derivan tanto de la organización general del Estado autonómico cuanto de su muy accidentada situación actual en algunas partes del territorio. Me refiero sobre todo a los acontecimientos producidos en Cataluña entre 2014 y 2017, cuyo extraordinario peligro pudo ser desactivado, sólo temporalmente, por la aplicación del art. 155 CE y las medidas jurisdiccionales, del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios, en defensa del Estado de Derecho, pero que no han supuesto, ni pueden suponer, por sí solas, una solución definitiva para una situación cuya extrema gravedad continúa. Ante ello se han propuesto como remedio determinadas reformas de la Constitución, cuyo análisis en detalle no puedo efectuarlo en el tiempo limitado de esta ponencia.

Sí quiero advertir de la probable inutilidad de tales propuestas para resolver, o ayudar a revolver, el problema planteado. Caminar hacia una mayor federalización puede contribuir a mejorar el funcionamiento general del Estado

autonómico, pero no creo que sirva para integrar en la Constitución a los partidos claramente independentistas, que no desean una mejor Constitución, sino el abandono de la Constitución misma, no un mejor Estado (aunque se le llame federal) sino una separación de ese Estado. Tampoco creo que convertir a nuestro Estado en un Estado plurinacional, como algunos pretenden, sea una vía para lograr aquella integración, sino, todo lo más, un impulso para conseguir después la secesión. Aparte de que, en términos jurídico-constitucionales, y no en términos meramente políticos o culturales, no cabe aceptar en el texto de la Norma Fundamental más nación que la nación soberana. Una nación de naciones, hablando en Derecho, resulta un contrasentido. No hay Constitución que pueda resistir esa pluralidad de soberanías. Salvo que se trate de una Constitución, como la británica, donde no es soberana la nación, sino el parlamento. Ni siquiera en Canadá, ejemplo tan socorrido para los valedores de aquella solución, se reconocen varias naciones, sino varias «sociedades diferenciadas». El ejemplo de la actual Constitución de Bolivia no creo que pueda tomarse en cuenta desde el punto de vista de un constitucionalismo riguroso.

Por lo demás, la pretensión, de algunos, de que por reforma constitucional pueda reconocerse el derecho de autodeterminación, hay que desecharla, sencillamente porque esa Constitución reformada ya no sería Constitución, en cuanto que desaparecería la unidad de acción del soberano, dado que una parte tendría, unilateralmente, la potestad de decidir su abandono del todo sin la anuencia del resto. Mientras exista Constitución no puede haber derecho de autodeterminación. El único capaz de autodeterminarse es el soberano, en España el pueblo español en su conjunto, que puede decidir su composición y su destino a través de la vía prevista en el art. 168 CE. Mediante ese precepto cualquier amputación del territorio nacional podría ser posible (pese a que hay razones de peso para sostener lo contrario), pero no preverse que una fracción de ese territorio (más exactamente, una fracción de la comunidad nacional cuya voluntad la expresan todos los españoles) pueda libremente separarse.

Es cierto que una mejor distribución constitucional de las competencias territoriales, aparte de servir para extraer las consecuencias que en esa distribución se derivan de nuestra integración en la Unión Europea, podría mejorar el actual sistema, excesivamente complejo, previsto por los art. 148 y 149 CE y por los estatutos de autonomía, y que hace descargar en exceso sobre las espaldas del Tribunal Constitucional la tarea de ir definiendo y redefiniendo, a golpe de sentencia, la distribución de competencias. También es cierto que una mejor ordenación constitucional de la financiación autonómica podría ser eficaz para evitar la inestabilidad actual de esa financiación. Menos esperanza tengo en que la, tanta veces, propues-

ta reforma constitucional del Senado pueda servir para integrar mejor en el Estado global a las Comunidades Autónomas, aunque pudiera intentarse.

El problema de fondo es que estas reformas constitucionales, y otras similares que se han propuesto, no valdrían para integrar en la Constitución a aquellos que de ninguna manera quieren integrarse. Quizás, todo lo más, para limitar o disminuir el apoyo social de los partidos independentistas, no para hacerlos desaparecer. En realidad, la Constitución, y sus reformas, no tienen respuesta definitiva al problema del nacionalismo. Un problema que, como decía Ortega y Gasset en los años treinta del pasado siglo, no puede solucionarse, sino únicamente conllevarse. Y combatirse con armas que no son del Derecho, sino de la opinión, del debate político parlamentario y electoral, de la cultura y la educación, pues el Estado constitucional y democrático de Derecho ofrece suficientes razones para defender su validez como sistema de convivencia capaz de integrar la pluralidad política, social, cultural y territorial que puedan legítimamente darse en el seno de una comunidad, en este caso de la comunidad formada por todos los españoles, que tantos siglos lleva unida y que sería muy pernicioso destruir, porque ninguna parte ganaría y todas perderían.

Frente a la secesión, lo más que puede, y debe, el Estado de Derecho es emplear las medidas que el ordenamiento le proporciona para evitar momentáneamente la fractura territorial. Para evitarla permanentemente sólo puede valer la persuasión, esto es, la capacidad de ofrecer un discurso político e intelectual que lleve al convencimiento de todos (o de la mayoría de) los ciudadanos, cualquiera que sea el territorio donde residan, de que es mejor estar juntos que separados. Quizás reformas constitucionales orientadas a mejorar la estructura del Estado autonómico podría ayudar en ese empeño. El problema es que, en nuestro actual momento político (caracterizado por el enfrentamiento radical entre los grandes partidos), es muy difícil acometer esas reformas. Habrá que esperar a que, ojalá, pase esa crisis política, para intentar después resolver, o ayudar a resolver, nuestra crisis territorial.

## 6. CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Hoy, la globalización de la economía, las comunicaciones, la política y el Derecho supone una realidad a la que no pueden permanecer ajenas las constituciones. Esa globalización ha ocasionado que, de facto, la soberanía de los Estados haya disminuido cuantitativamente, pero ello no significa que haya desaparecido. La soberanía, en términos jurídicos, sigue siendo una cualidad necesaria del Estado (ya sea unitario o federal), lo que sucede es que la globalización im-

pone constricciones fácticas (que no jurídicas) a la capacidad de los Estados de adoptar libremente, en el ámbito interno, las decisiones que sus constituciones les atribuyen. No es el momento de entrar en la discusión sobre si ello ha significado un detrimento del principio democrático en que la constitución se basa, pero sí de advertir que dicha situación obliga a que los Estados, en sus relaciones internacionales, procuren organizar un sistema de cooperación multilateral que facilite las vías para estar presentes en la grandes decisiones globales que, por ello, afectan a todos los Estados y a todos los ciudadanos del planeta.

Cuestión próxima, pero distinta, es la originada por la pertenencia de los Estados a entidades políticas supranacionales, en nuestro caso, la Unión Europea. Ahí sí que se da, jurídicamente, una abdicación parcial de soberanía. Y por ello uno de los defectos de nuestra Constitución reside en no contener en su texto una regulación de los efectos jurídicos de nuestra integración en la Unión Europea. Hasta ahora, el único anclaje constitucional español de esa realidad jurídica está en el escueto, e inconcreto, art. 93 CE. De ahí la conveniencia de acometer, cuando las circunstancias lo permitan, una reforma constitucional que recoja la llamada «cláusula europea».

Sin embargo, también debe advertirse que esa cesión de competencias estatales a la Unión no significa la desaparición de la soberanía del Estado, sino sólo su modificación cuantitativa. La Unión Europea no es exactamente un Estado Federal y, por ello, se trata de una unión de Estados que se encuentra en un punto intermedio entre la confederación y la federación. Los Estados, pese a su integración en la Unión, siguen siendo independientes porque, en última instancia, tienen la capacidad de separarse libremente de esa entidad supranacional, lo que de ninguna manera podría ser si la Unión fuera un Estado federal. Que esa separación, en la práctica, sea difícil, y de efectos perniciosos, como lo demuestra el *brexit* decidido en el Reino Unido, no viene a negar el principio jurídico de que los Estados, que son, y no conviene negarlo, los sujetos de la Unión (y por tanto los señores de ella), siguen siendo independientes en cuanto que, jurídicamente, pueden abandonarla.

Por lo demás, el llamado «déficit democrático» del que algunos, reiteradamente, acusan a la Unión Europea, debe matizarse y contextualizarse. De un lado, porque las instituciones europeas están democráticamente legitimadas, en un caso (el parlamento) de un modo directo, en otros (el Consejo e incluso la Comisión) de un modo indirecto. Y por lo que se refiere al Tribunal de Justicia, su legitimación, como la de los órganos judiciales estatales, proviene (y no debiera ser de otra manera) de las normas superiores (el Derecho originario europeo) que los crea, pues la legitimidad de la jurisdicción es exclusivamente «racional», «normativa» y no exactamente democrática. Y, de otro lado, por-

que esa modulación del principio democrático es coherente con el estadio en que se encuentra la Unión Europea. Cosa distinta sería si ésta, en el futuro, se convirtiese en un Estado federal, en el que, claro está, habría que exigir una proyección del principio democrático de mayor extensión e intensidad de las que ahora tiene. Esa realidad futura, si se produjera, sí que obligaría a transformar radicalmente el significado y sentido de las actuales constituciones de los Estados miembros (y por ello la Constitución española), en cuanto que ellas tendrían que basarse más en la autonomía que en la soberanía. Pero ese es un futuro incierto que, en la actual situación problemática de la Unión, no parece previsible, al menos a corto y medio plazo.

## 7. CONCLUSIONES

A lo largo de esta exposición he intentado reflexionar sobre el significado de nuestra Constitución, de la forma de Estado y de gobierno que ha establecido, de la práctica producida en los últimos cuarenta años y de los problemas que esa práctica ha puesto de manifiesto, apuntando las posibles medidas para remediarlos así como también las dificultades que para ello existen. Reflexiones muy generales, ciertamente, pues dada la limitada extensión de una ponencia, no podía entrar en análisis de detalle.

Sin embargo, sí que puedo exponer unas conclusiones, también de carácter general:

a) Nuestra Constitución, por su modo de elaboración y por su contenido, creo que puede considerarse como la mejor que hemos tenido en nuestra historia política. Fue un gran pacto de consenso y articula un Estado democrático, social y de Derecho, con autonomías territoriales y con forma de Monarquía parlamentaria de una manera que considero muy aceptable en líneas generales.

b) Sus cuarenta años de vigencia han significado para España una etapa fructífera de convivencia en progreso, paz y libertad, como pocas veces hemos tenido en el pasado, pese a los graves problemas que a lo largo de esos cuarenta años ha tenido que afrontar, pero que han sido vencidos gracias a la solidez de nuestro sistema constitucional.

c) Sin embargo, en los últimos años ese sistema está corriendo unos riesgos derivados del mal entendimiento de nuestra democracia parlamentaria, y especialmente de nuestro régimen parlamentario, así como de los fuertes envites planteados por partidos secesionistas en cierta parte del territorio espa-

ñol. De ahí la necesidad de acometer determinadas reformas, normativas y de la práctica política, que puedan ayudar a conjurar esos riesgos, que son ciertos y graves.

*d)* No obstante, el Derecho, por sí solo, no sirve para ponerles remedio, y ha de ir acompañado de actuaciones políticas y culturales que vengan en su ayuda. Pues, en el fondo, la permanencia de las constituciones (y esa permanencia se garantiza incluso mediante sus reformas) reside no tanto en sus garantías jurídicas, necesarias, cuanto en sus garantías políticas y sociales, que son, en último extremo, las que aseguran la permanencia del sistema constitucional. Por ello, la ejemplaridad de los dirigentes políticos, la lealtad constitucional de los partidos, la eficacia de los gobiernos, la revalorización de los parlamentos, el correcto funcionamiento de las instituciones de control, la lucha frente a la corrupción, y en fin la continuada «educación» constitucional, son requisitos para la aceptación popular de las constituciones.

*e)* Esa legitimación democrática por el ejercicio ha de añadirse a la legitimidad democrática de origen para que el sistema constitucional democrático perviva. Hoy, en España, y en todos los países auténticamente constitucionales, sometidos a una crisis similar (aunque menos grave, creo) a la que afectó en el primer tercio del pasado siglo a las democracias europeas, tomar buena nota de ello y actuar en consecuencia es de extraordinaria y urgente necesidad. Ese es el reto más importante al que se enfrenta en nuestros días la Constitución española.

# LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, OBJETO DE CULTO Y DE ACOSO, EN SU XL ANIVERSARIO

ANTONIO TORRES DEL MORAL\*

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Defensa numantina de la inmodificabilidad de la Constitución vigente. 3. Cambio de registro: críticas a la constitución. 3.1 ¿Es la española una Constitución anticuada? 3.2 La Constitución vigente como material de desecho. 4. Consenso para la reforma y lealtad constitucional. 4.1 Consideraciones previas para una reforma constitucional viable y estable. 4.2 Interpretaciones mutadoras e intentos de reforma por vías falsas. 5. Conclusión. 6. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se suele contar que Ruiz del Castillo, catedrático que fue de Derecho Político de la Universidad Complutense, ponderaba en una ocasión que la aportación inglesa a la cultura constitucional había sido el modelo de monarquía parlamentaria; la de Estados Unidos, la república presidencialista y el federalismo; la francesa, la regulación expresa de los derechos y de sus garantías y el modelo napoleónico de Administración pública; y, cuando al-

---

\* Este escrito se corresponde con la primera parte de un capítulo que, con el título «¿Reforma constitucional o reforma política?», ha sido publicado en la obra *Regeneración democrática y reforma constitucional*, dirigido por el Prof. GERARDO RUIZ-RICO (2017), a cuya lectura invitan las presentes páginas.

guien le preguntó cuál ha sido la aportación española, respondió: el pronunciamiento militar.

Es verdad, aunque una verdad algo desfigurada por la hipérbole. Frente a este lastre histórico, a la muerte de Franco Bahamonde, se inició un proceso de institucionalización del poder estatal y de las estructuras políticas que, tras la Ley para la Reforma Política, desembocó en la promulgación de la Constitución democrática vigente, la cual canceló una dilatada etapa histórica identificada por un régimen consistente en la concentración de todo el poder en el vencedor de una guerra civil.

El principal reto de la transición (que algunos escriben con mayúscula) de un régimen a otro, fue hacer posible lo necesario sin correr el riesgo de que saltaran las alarmas del Estado totalitario. Y esa tarea se desplegaba en varios cometidos concretos:

1. La preservación y consolidación de la Monarquía.
2. La vertebración política España sobre la base del pluralismo político.
3. La gobernabilidad, atenuando ese pluralismo.
4. La inclusión de un amplio elenco de derechos y libertades, incluida la por entonces muy delicada libertad ideológica y religiosa, así como de sus garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales.
5. La instauración de un Estado social.
6. Organizar territorialmente el Estado en Comunidades Autónomas.

El punto de arranque fue la Ley para la Reforma Política, norma aprobada por las Cortes del régimen que se pretendía extinguir y que tenía una gran virtualidad reformadora propiciada por ciertas dosis de ambigüedad.

Dicha ley posibilitó las primeras elecciones libres habidas en España desde la II República, tras las cuales se redactó la vigente Constitución, la única hecha en nuestro país mediante un diálogo intenso y extenso, a lo largo de casi un año y medio y siempre guiado por la búsqueda del consenso entre todas las fuerzas políticas que aceptaban la democracia como método, aunque pilotado por el Gobierno y por el primer partido de la Oposición.

## 2. DEFENSA NUMANTINA DE LA INMODIFICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Como tan delicada operación resultó exitosa, se generó un culto y una dependencia de la clase política respecto de la Constitución que llegó a una

actitud renuente a practicar en ella ninguna reforma, ni siquiera parcial o mínima, en los cuarenta años de su vigencia, salvo dos casos inevitables, como comentaré después. La Constitución se convirtió, para la clase política, en un icono intocable, en un objeto de respeto y de veneración tal que hablar de reforma constitucional era como atentar contra ella, una actitud desestabilizadora, poco patriótica o, por lo menos, políticamente. Y eso incluso existiendo la idea común, desde antes incluso de que la Constitución fuera promulgada, de que el Senado había salido defectuoso de los talleres constitucionales y necesitaba algunos cambios. Andando el tiempo, incluso el Senado se hizo inmodificable.

El argumento ha sido recurrentemente el mismo: no se debía proceder a ninguna reforma que no concitara a su favor tanto consenso como el que obtuvo su elaboración y aprobación.

No importaba la objeción de que las constituciones, como toda obra humana, si no son sometidas a retoques y mejoras, terminan amenazando ruina, como una casa a la que no se le hace ninguna reparación. Sólo se reforma lo que se quiere conservar; lo intocable envejece y muere. En palabras de Ortega, «la vida es una operación que se hace hacia delante»; o de Azorín: «todo lo que no cambia está muerto». Tampoco era suficiente alegar que las constituciones de los países amigos o socios europeos se modifican con cierta frecuencia: algunas más de diez veces; Alemania, más de sesenta.

El resultado ha sido que en nuestro país sólo se han hecho dos reformas constitucionales en cuarenta años. Y aun así, lo fueron, la primera, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht, para incorporar únicamente dos palabras; modificación que se hizo en verano y sin debate parlamentario; todo muy elocuente del excesivo recelo que han tenido las fuerzas políticas a la hora de acomodar el texto constitucional a las necesidades de los tiempos. Y la segunda, por exigencias de la Unión Europea respecto de la situación financiera de España, también en verano, con premura y con un debate mínimo e inapropiado.

Ha habido, por tanto, una verdadera resistencia numantina a reformar la Constitución. Frente a esta actitud, un pasaje de Gracián (1964, 59), ilustra bien hacia donde quiero apuntar; le dice así Critilo a Andrenio:

«Advierte que vamos subiendo por la escalera de la vida y las gradas de los días que dejamos atrás, al mismo tiempo que movemos el pie desaparecen, no hay por donde volver a bajar ni otro remedio que pasar adelante.»

### 3. CAMBIO DE REGISTRO: CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN

#### 3.1 ¿Es la española una Constitución anticuada?

Con 40 años de existencia, la Constitución ha sufrido el ritmo de intensa aceleración histórica experimentada en todo el Planeta sobre todo en el último cuarto de siglo. En 1978, algunas cuestiones, como las relativas al medio ambiente o a la extensa materia del Bioderecho, ya convertida en materia de estudios jurídicos especializados, no suscitaron la atención del constituyente como con toda seguridad lo habrían sido en 2018; algunas ni siquiera estaban en las preocupaciones científicas ni jurídicas de la época. El capítulo III del título I, relativo a los principios de política social y económica, habría recibido otro tratamiento de producirse hoy el momento constituyente; algunos preceptos, para ser simplificados; otros, para ser refundidos con preceptos parecidos en aras de la economía del lenguaje, y acaso algún otro para ser suprimido. También hay alguna reiteración innecesaria en la parte orgánica del texto, que podría aligerarse, como sucede con los artículos 62.e) y 100, ambos referentes al nombramiento de los miembros del Gobierno a propuesta del Presidente, etcétera.

Y habría sucedido otro tanto con el título VIII porque los datos actuales distan mucho de los existentes en 1978. El ascenso competencial de las Comunidades Autónomas y la reclamación, por parte de algunas, del reconocimiento de su(s) hecho(s) diferencial(es) habrían tenido una detenida atención.

Por último, la reordenación de la Unión Europea con los tratados de Lisboa y de Funcionamiento de la Unión contrasta con la veteranía de nuestra Constitución. Esto ya habría sido suficiente para actualizarla, pero, frente a la diligencia de los poderes públicos de algunos socios europeos, los españoles fueron renuentes a hacer lo propio. El resultado ha sido una evidente asintonía de algunos de sus preceptos, capítulos o títulos (no de todo el texto, claro está) con la Europa y la España actuales.

En resumen, la Constitución española es técnicamente aceptable, tiene un nivel similar a las de nuestros países aliados, incluso algo superior a alguna de ellas, pero ni es perfecta, como decían algunos idólatras dispuestos a protegerla de toda veleidad reformista, ni tan desechable como ahora se dice desde ciertos sectores políticos.

### 3.2 La Constitución vigente como material de desecho

De tener a la Constitución como intocable, muchos han pasado a su acoso y derribo. De no querer reformarla porque ha presidido el periodo más pacífico y próspero de la historia española y sólo necesita ser respetada, muchos la culpan ahora de todos nuestros males por ser vieja, elitista, poco democrática, monárquica, impulsora de una democracia de partidos poco participativa, etcétera. País extremoso el nuestro.

Por otra parte, la crisis económico/política y el síndrome reformador son dos fenómenos unidos entre sí por una indisimulable relación de causa-efecto y ha golpeado a España con dureza, con la consecuencia más dolorosa del aumento vertiginoso del paro, azotando principalmente a una juventud de la que se dice que es la mejor formada de nuestra historia, formación que se ha traducido en una amplia protesta y en la extensión de una opinión declaradamente adversa al *statu quo*.

A dicha crisis se ha sumado en nuestro país otra polarizada preferentemente en la organización territorial del Estado y en las dificultades por las que atraviesa la Corona, pero extendida a otros sectores de nuestro ordenamiento constitucional. Raro es el título o capítulo de la Constitución que no se ha visto denunciado por inútil o vetusto. Se ha extendido la convicción de que sin reforma constitucional el país se viene abajo irremediablemente, lo cual tiene su eficaz traslado en la adjudicación de responsabilidades puesto que un partido político que no lleve en su programa la reforma constitucional de varios aspectos sensibles a la opinión pública será estigmatizado como cómplice de la situación.

La suerte está echada en el decisivo campo de la opinión pública, que se traduce intermitentemente en votos y, por tanto, pone y quita gobiernos. Algunos partidos políticos espolean dicha opinión e incorporan a sus programas propuestas de reforma no siempre bien estudiadas. Porque una cosa es quejarse de la Constitución (o rechazarla por completo, como también se hace bajo el argumento de que su generación no la votó, argumento que descalifica a quien lo emplea) y otra tener una idea bien formada acerca de lo que debería ser reformado, por qué, cómo y cuándo.

Las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2014 arrojaron unos resultados que, vistos conforme a cierto punto de mira, eran preocupantes: los dos partidos que se habían repartido el poder en España desde 1978 (PSOE y PP, que había sustituido hacía tiempo a UCD) quedaron por primera vez en minoría. Lo cual hacía aventurar que en las subsiguientes elecciones municipales y generales se repetiría el fenómeno; se vislumbraba, pues, un cambio en la política nacional con nuevos protagonistas, que eran, más o menos declaradamente, de ideología republicana. Más todavía: de los dos partidos que pode-

mos llamar «dinásticos» porque han apoyado durante casi cuarenta años a la monarquía, uno de ellos, el PSOE, es ideológicamente republicano; no tanto como lo era al comienzo de la transición (su exsecretario general, Felipe González se ha manifestado recientemente como *accidentalista*), pero republicano al fin. Como he escrito en otro lugar (Torres del Moral, 2015, 13-48) no debe ser frecuente en la Historia que una forma política dependa tanto de la lealtad que le guarde un adversario ideológico.

La abdicación de Don Juan Carlos no se hizo esperar. Se la revistió de torpes explicaciones, pero lo cierto es que pareció la única forma de intentar que la monarquía remontara ante la ciudadanía. Y, aunque en las elecciones generales los dos partidos llamémosles tradicionales han logrado una mayoría absoluta de escaños, la necesidad de reforma se ha instalado ya firmemente entre nosotros.

Siempre en el lado más incómodo, yo abogué temprana (allá por 1992) e inútilmente en favor de introducir reformas parciales en nuestra Constitución y ahora insto a tomar la reforma constitucional con una buena dosis de prudencia. No hay contradicción en ello, sino percepción de la muy acentuada diferencia existente entre aquella fecha y 2016. Entonces estaba España en luna de miel con la Unión Europea y celebrando la Exposición Universal de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona. Ahora está inundada por las noticias diarias de paro y corrupción. Entonces aún quedaban en pie los políticos que hicieron posible la transición en una gesta de primera magnitud y ahora no se ve a sus equivalentes.

Pero, si prestamos atención, bajo el grito ¡abajo la Constitución! y más allá de las reivindicaciones de su reforma total, lo que hay son propuestas de reformas parciales, como la nada novedosa del Senado, la también muy aireada supresión de las prerrogativas de los parlamentarios, o, más recientemente, la de las Diputaciones. Más allá de esto no abundan los planteamientos concretos y argumentados sobre qué otras instituciones habría que reformar, qué prohibiciones formular y qué garantías adoptar. Solamente el Partido Socialista ha avanzado una propuesta federal detenidamente estudiada.

Mal asunto empezar una magna obra de reforma sin una idea medianamente clara de lo que se quiere hacer. Malos tiempos para la prudencia política, virtud habitualmente olvidada y, sin embargo, tan inexcusablemente necesaria. Más conducente resultaría seleccionar aquellos pasajes de necesaria y oportuna reforma e ir dosificando posteriormente otras operaciones similares.

Una primera medida habría de ser la de discriminar las materias para no incluir en la reforma constitucional las que pueden ser reguladas por ley. Así lo dicta la experiencia de algunas reformas estatutarias torticeras que han incluido materias propias de ley con el fin de que la Oposición, si ganaba las elec-

ciones siguientes por escaso margen, no pudiera modificar la regulación de esa materia. Una operación reformadora debe estar hecha con el triple compromiso de limpieza, neutralidad y consenso.

Pero, por otra parte, aprovechando esta mención, quiero llamar la atención acerca de que toda empresa reformadora de la norma suprema debe tener presente, antes de ser puesta en marcha, un nuevo dato empírico de nuestra realidad política: con la presencia del grupo parlamentario *Podemos* (o *Unidos Podemos*) en el Congreso de los Diputados, se puede pronosticar que, en un dilatado horizonte temporal, no habrá ninguna reforma constitucional que no haya de ser aprobada por referendo nacional.

En efecto, a partir de ahora, las únicas diferencias que habrá entre los procedimientos reformadores que llamamos *ordinario* y *agravado* consistirán en las distintas mayorías aprobatorias de las Cámaras y la necesaria disolución de las Cámaras y celebración de elecciones para continuar con la reforma; pero, una vez hecho esto y que las cámaras se pronuncien por segunda vez, todos los textos reformadores serán sometidos a referendo. Basta con que lo *solicite* la décima parte de diputados (éste es el verbo utilizado por la Constitución, artículo 167.3, pero, en realidad, es una *exigencia* puesto que no está constitucionalmente prevista una respuesta negativa a esa «solicitud»; son cosas del frecuentemente retórico lenguaje constitucional); y el grupo parlamentario aludido tiene efectivos suficientes y una declarada inclinación en favor de las instituciones de participación directa, que, salvo dudoso pacto político en contrario, se traduciría en una exigencia de sometimiento de todo texto reformador al referendo previsto en el citado precepto. Dicho de otro modo: los procedimientos que la Constitución establece para su propia modificación, si bien discurren por diferentes itinerarios, convergerán al final en su más que probable sometimiento a referendo nacional.

#### 4. CONSENSO PARA LA REFORMA Y LEALTAD CONSTITUCIONAL

##### 4.1 Consideraciones previas para una reforma constitucional viable y estable

Lo antes descrito equivale al cuadro médico que presenta actualmente el enfermo con un pronóstico que, si no queremos calificar de grave, sí diremos que al menos es reservado. Y es con ese pronóstico con el que hemos de vérnoslas para afrontar una reforma constitucional que es presentada por algunos como una labor de derribo y desescombros de nuestra norma suprema.

En 2003, con motivo del XXV aniversario de la Constitución, los ponentes constitucionales evaluaron la salud de la misma y su adecuación a la España de

entonces. Emitieron con tal ocasión lo que se ha llamado *Declaración de Gredos*, en la que pusieron el acento en el necesario consenso a la hora de reformar la norma suprema, consenso que debería ser tan alto, al menos (¡al menos!), como el que dicho texto concitó en 1978. Sin embargo, si en 2003 quizás pudiera entenderse que el consenso inaugural del actual régimen constitucional no estaba agotado, hoy, en 2018, es bien seguro que hay que proceder a su renovación.

A mi juicio, la reforma constitucional debería responder las siguientes consideraciones, o a algunas de ellas:

1. Ciertamente, todo el texto constitucional es susceptible de mejora. Pero hay que calcular costes y beneficios. Posicionados en esta actitud, no parece rentable abrir un proceso constituyente para elaborar un texto enteramente nuevo porque esta operación tiene un alto coste (la larga provisionalidad o interinidad en que deja al sistema político durante un tiempo) sin beneficio estimable, toda vez que un buen número de preceptos y de grupos normativos del vigente texto fundamental son válidos a poca inteligencia que se ponga en su interpretación.

2. Una apelación a la prudencia nos persuade de que lo más conveniente, por el momento, es no hacer tabla rasa de lo existente, ni siquiera abrir un proceso reformador que alcance a los pilares fundamentales del sistema político, sino proceder a varias reformas legislativas parciales que vayan facilitando su mejor funcionamiento, y a partir de ahí, en su caso, plantear modificaciones de más largo alcance. Sorprenderá lo mucho que se puede hacer en ese terreno, que es más asequible y propicio, y cómo puede influir en la mejora del funcionamiento del sistema político.

3. En este mismo sentido, tampoco parece práctico hacer propuestas singulares de este o aquel precepto porque el proceso reformador resultaría interminable, sino proceder haciendo uno o varios paquetes reformadores parciales integrados por grupos normativos concretos sin mezclar materias. Por ejemplo, desde hace varios años se manejan dos propuestas de reforma constitucional: una, del partido Ciudadanos, que versa sobre la eliminación del fuero de los parlamentarios y de los miembros del Gobierno; la segunda, ya citada, sobre la reorganización de España como Estado federal, presentada por el PSOE, es de más largo alcance y de más laboriosa conciliación de las diferentes posiciones políticas. Conforme a la pauta antes indicada y siempre a título de ejemplo o ilustración, la segunda tiene entidad suficiente como para ser acometida por separado. En cambio, a la primera se le debería añadir, al menos, una más extensa relación de incompatibilidades de los diputados, de los senadores, de los miembros del Gobierno y de los jueces y magistrados (arts. 70, 98 y 127 de la Constitución respectivamente).

4. La o las reformas deben ser necesarias para el próximo futuro de España; por ejemplo, para adecuar nuestra Constitución a los tratados de la Unión Europea, y también para adecuar una institución o un derecho a los nuevos tiempos.

5. Deben servir igualmente para ganar en claridad y funcionalidad: un precepto actual, si es inteligible y no presenta problemas de aplicación, no debería ser tocado. Viceversa: sí lo debe ser cuando afecte negativamente a un principio, fundamento o valor en que descansa la Constitución. Y en cualquiera de los dos supuestos, ser formulado en términos sencillos, para que sea bien entendido por la ciudadanía; cuanto más compleja sea la materia y su formulación, menos consenso ganará.

6. Por eso, si la reforma constitucional es entendida como un instituto de defensa de la norma suprema, o, mejor, como un instituto de garantía de su supremacía normativa, no puede ser utilizada a cada instante allá donde veamos un defecto técnico o una mejora posible. Alguna vez habrá de ser practicada la reforma constitucional superando los miedos a nuestros demonios familiares, pero será de nuevo la prudencia política la que dicte qué, cuándo y cómo.

#### 4.2 Interpretaciones mutadoras e intentos de reforma por vías falsas

La interpretación jurídica puede ser más o menos abierta o cerrada, pero no debe innovar el texto interpretado más allá de lo que éste da de sí, porque entonces lo que se produce es una mutación constitucional que falsea el texto de origen, a no ser que termine consolidándose. Así, pues, las interpretaciones, las «lecturas» y las «relecturas» del texto constitucional, tienen como límite, si no la letra, sí el espíritu del precepto interpretado y aun del texto de la Constitución como un todo, más allá del cual no estaríamos en presencia de una interpretación adaptadora del texto a las circunstancias históricas, sino ante un falseamiento de la norma suprema por atractivo y conveniente que resulte.

Por otra parte, es de todo punto improcedente y desleal intentar la reforma de la Constitución mediante una modificación de Estatutos de Autonomía, como subyacía en el llamado *Plan Ibarretxe*: siendo como era materialmente inconstitucional, más pareció un desafío nacionalista-soberanista-secesionista que había que leer en clave política y no jurídica. También ha ocurrido con no pocos pasajes del Estatuto catalán de 2006, cuya declaración de inconstitucionalidad, hecha por el Tribunal Constitucional, y la interpretación que éste ha

impuesto de otros preceptos ha desatado la más grave crisis constitucional que ha sufrido nuestro país desde la promulgación de la Constitución.

## 5. CONCLUSIÓN

Las páginas que anteceden son una breve exposición del estado de la cuestión, ciertamente problemático. Abordar sucesivas reformas puntuales del texto constitucional no parece aconsejable puesto que, como son muchas las reformas parciales que habría que hacer, abriría un proceso que tardaría varios años en ser cerrado, durante los cuales habrían de celebrarse inúmeros referendos nacionales. No hay país que resista tan prolongada situación de provisionalidad. De otro lado, abrir un proceso constituyente completo en las actuales circunstancias me parece sumamente imprudente ya que, según trasciende a la opinión pública, no hay consenso en casi nada, sobre todo en las opciones políticas fundamentales. No bajan las aguas tan mansas como para bañarse en el río.

Por cierto que esta alusión a la bajada del río me trae al recuerdo el capítulo XXIV de *El Príncipe*, en el que Maquiavelo lo toma como ejemplo-argumento de lo que debe hacer un príncipe que lo sea de verdad. Y lo que éste debe hacer es, cuando las aguas remansen, hacer diques y pantanos para que una nueva crecida de agua no sea tan nociva. ¿Y qué hacer antes, mientras está arreciando el temporal? El florentino no lo dice pero va de suyo: acomodarse y esperar.

Así las cosas, lo que haría un príncipe prudente y lo que debemos hacer nosotros es no plantar cara gallardamente al temporal de un nuevo proceso constituyente, sino acomodarnos mientras vamos tomando medidas sencillas y oportunas para quitar vehemencia a las constantes reclamaciones de reforma constitucional. Para ello, nada más conducente que comenzar por el cumplimiento cabal de la Constitución y la reforma de muchas normas subconstitucionales que están dando mal juego y cuya adecuación a las exigencias de la democracia y de un sistema parlamentario de gobierno acondicionarían bastante el funcionamiento de nuestras instituciones.

Ejemplifiquemos esta tesis con una breve enumeración de acuerdos y retoques normativos que no dejan lugar a la duda.

### A) En materia de fuentes:

1. Decreto-ley: cumplir la Constitución.
2. Decreto legislativo: id., acentuando el control parlamentario.
3. Leyes del artículo 150: Hasta ahora no se ha promulgado ninguna ley marco ni de armonización, salvo el intento fallido de la LOAPA. Sin embargo,

hay muchas cosas que enmarcar y otras tantas que armonizar. En cambio, se han delegado y transferido muchas más competencias de lo conveniente. Etc. Cambiemos el rumbo.

B) En materia de derechos

Nada impide aumentar por ley orgánica las garantías de muchos derechos sociales incluidos en el capítulo III del título I. Esto disminuiría la urgencia de una reforma constitucional en similar sentido.

C) Título II

1. No parece sino que lo único reformable es la discriminación de la mujer en la sucesión en el Trono. La naturaleza está ayudando en restar urgencia a esta medida.

2. En cambio, me parece urgente, urgentísimo, aprobar una ley orgánica, al amparo del artículo 57.5, que aclare el actual orden sucesorio y que excluya automáticamente de la sucesión a toda persona con derechos sucesorios (o, mejor, con expectativas de derecho) que sea condenada por sentencia penal firme.

3. Es muy necesaria una Ley de la Corona que regule todo lo que hasta ahora se hace siguiendo usos dinásticos, un tipo de norma inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

4. Incluido en dicha ley o en pieza separada, debe procederse a la aprobación de un estatuto jurídico del Heredero, como vengo reclamando desde hace más de veinte años.

D) Sistema electoral

Retocarlo dentro de las previsiones del artículo 68.

E) Cortes

1. Eliminar el funcionamiento de las Juntas de Portavoces con voto ponderado.

2. Aprobar el Reglamento de las Cortes Generales y, dentro de él, el funcionamiento de éstas en las competencias que tienen respecto de la Corona.

F) Actuación sobre los reglamentos parlamentarios para una mejor regulación de las relaciones Cortes-Gobierno

1. Agilizar ambos reglamentos a fin de facilitar el control del Gobierno por las Cámaras.

2. Modificar dichos reglamentos y/o la Ley del Gobierno aclarar que el Gobierno en funciones sí está sometido al control de las Cámaras.

3. Por la misma vía, otorgar carácter de censura propiamente dicha a las mociones de reprobación de los ministros, cuya situación actual es de irresponsabilidad política, salvo su disponibilidad por parte del Presidente, que va de suyo porque los nombra y los cesa sin necesidad de motivación alguna.

4. Modificar la regulación de las comisiones de investigación a fin de que cumplan la función que les es propia.

#### G) Tribunal Constitucional

De momento, dejarlo tranquilo sin dotarlo de competencias que pueden malograr su principal función.

Etcétera, etcétera, hasta varias docenas de medidas subconstitucionales que acondicionarían el funcionamiento del sistema político mientras se va tejiendo un consenso constituyente de mayor alcance. Superada esta primera prueba, estaremos en mejores condiciones de afrontar la empresa mayor de un nuevo proceso constituyente, que en determinados pasajes podría consistir en elevar al texto fundamental algunas de las medidas menores tomadas en la fase anterior. En nada como en esto es tan necesaria la muy despreciada virtud de la prudencia política.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRACIÁN, B. (1964), *El Criticón*, Edic. de Espasa Calpe, Madrid.

RUIZ-RICO, G. (2017), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

TORRES DEL MORAL, A. (2015), *En torno a la abdicación en la Corona*, en *REDC*, n.º 102.

# LA CONSTITUCIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA\*  
Tribunal Supremo. Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. Las transiciones constitucionales según Giuseppe de Vergottini y la crisis. 2. La perspectiva de la Unión Europea. 3. Los efectos de las crisis sobre las Constituciones. 4. La vitalidad del constitucionalismo. 5. En torno a los posibles remedios. Los parlamentos, la representación política y la participación directa. 6. Los Gobiernos y los gobernantes. 7. Los tribunales de justicia. 8. La jefatura del Estado. 9. Los derechos y sus garantías. 10. La Constitución económica. 11. Referencias bibliográficas.

## 1. LAS TRANSICIONES CONSTITUCIONALES SEGÚN GIUSEPPE DE VERGOTTINI Y LA CRISIS

De entre los numerosos libros que ha escrito Giuseppe de Vergottini, me quiero fijar ahora en el titulado *Le transizioni costituzionali*, publicado en 1998 y traducido al castellano en Colombia en 2002.

---

\* Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba. Miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Las páginas siguientes son fruto de la reelaboración, puesta al día y desarrollo de las ideas principales que expuse en la sesión vespertina del *Convegno Internazionale di Studi «Giuseppe de Vergottini. Costituzionalista e comparatista»* que, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y la Academia de las Ciencias del Instituto de Bolonia, se celebró el 8 de abril de 2016 en la Sala Ulises de dicho Instituto. Aunque mi contribución a las jornadas de Murcia no versó sobre esta cuestión, agradezco a los editores que me permitan participar con las siguientes páginas en este libro.

En esa obra se pregunta, en los momentos finales del siglo xx, sobre el éxito del constitucionalismo de derivación liberal. Escribe nuestro autor a pocos años de la caída del Muro de Berlín y del conjunto de acontecimientos que llevaron a la transformación de Rusia y de los Estados surgidos a la independencia de partes de la Unión Soviética y de las antiguas democracias populares en Estados constitucionales. Estaba celebrándose entonces el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y parecía que el fin de la historia anunciado por Francis Fukuyama (2015) tenía su correlato constitucional en la imposición de la forma de Estado de derivación liberal.

Giuseppe de Vergottini nos explica en las páginas de este ameno libro que el éxito de ese constitucionalismo tiene sus límites y que no puede hablarse de su triunfo histórico pues sigue habiendo millones de personas en el mundo que no se rigen por él e, incluso, rechazan los postulados en los que descansa, entre ellos los derechos humanos tal como los concebimos.

La existencia de distintas concepciones sobre lo que deban ser estos derechos es una realidad que nos ha recordado con frecuencia Giuseppe de Vergottini. Por ejemplo, en la lección que pronunció con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense el 25 de junio de 2015. El fruto de sus investigaciones se lo ha puesto de manifiesto y él se ha preocupado de que lo tengamos bien presente para que no incurramos en el error de creer que contamos con un patrimonio jurídico-político compartido universalmente.

Giuseppe de Vergottini se ha interesado por las transiciones no sólo en este libro de 1998. Mucho antes estudió los casos concretos de las que tuvieron lugar en Portugal –ahí está su libro sobre *Le origini della seconda repubblica portoghese* (De Vergottini, 1977)– y en España, preocupación plasmada en otro libro que promovió y dirigió –*Una Costituzione democrática por la Spagna* (de Vergottini, 1978)– y en sus encuentros con juristas españoles a lo largo de los años. Y basta repasar la última edición de su *Diritto costituzionale comparato* para comprobar que ha seguido con atención los avatares constitucionales de muchos otros países.

Al recibir la invitación para participar en el encuentro en el que se repasa y valora su obra, de inmediato pensé en su ensayo sobre las transiciones constitucionales porque pareciera que estamos ahora en tiempos de transición. Es decir, en un momento de cambio hacia nuevas formas de entender el ordenamiento del poder político. Al menos, son generales las críticas al régimen constitucional existente y muchas de ellas no obedecen a la manera en que funciona sino a la misma concepción de muchas de sus instituciones. De ahí que, junto a propuestas de reforma que miran a superar las disfunciones advertidas sin cuestionar los principios sobre los que aquellas descansan, son cada

vez más frecuentes las que propugnan nuevos paradigmas y defienden soluciones que implican alteraciones profundas de los modelos establecidos.

Conviene, pues, prestar atención a los aspectos más destacados de las nuevas circunstancias y a los efectos principales que están produciendo en las estructuras políticas y constitucionales por las que se rigen los Estados cuyo ordenamiento responde a los principios derivados del liberalismo político y del pensamiento democrático. Desde los resultados que se obtengan será posible valorar qué remedios se les deben dar a fin de corregir las consecuencias negativas que han traído consigo y, al mismo tiempo, responder a la pregunta de si se ha agotado el ciclo del constitucionalismo de derivación liberal.

## 2. LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

En efecto, la crisis económica general desatada mediada la primera década del siglo XXI ha provocado, está provocando todavía, transformaciones profundas en las sociedades afectadas. Se trata de un fenómeno que se manifiesta de manera desigual en unos Estados y otros, pero está presente en todos los que la han sufrido e incide, ciertamente, en la Unión Europea en su conjunto. Y, dada su complejidad, no está claro si entendemos bien lo que ha significado y, sobre todo, si lo entienden bien quienes dirigen las instituciones europeas y quienes gobiernan los Estados que la componen.

Además, las consecuencias de las guerras en Oriente Medio y de la desigual distribución de la riqueza han elevado la presión migratoria hasta unos niveles que no está siendo capaz de asumir la Unión Europea. Sus gobernantes y los de los Estados que la integran no encuentran la forma de afrontar esa creciente demanda de asilo político y económico y se preocupan más de cerrar las fronteras exteriores para impedir o, al menos, limitar el acceso a nuestras sociedades del bienestar de los miles de personas que huyen de la guerra o que, simplemente, aspiran a disfrutar del nivel de vida que les muestran a diario los medios de comunicación o ven directamente por internet. No es difícil pronosticar que sólo con esas medidas no se conseguirá frenar esa avalancha humana mientras persistan las causas que la provocan. La huida de la guerra y de la miseria hacia donde se disfruta de paz y de bienestar ese un estímulo tan poderoso que difícilmente detendrán las fronteras por muy protegidas que se encuentren.

Es éste un problema global de la Unión Europea pues, aunque incide más en los Estados que poseen fronteras físicas exteriores, ninguno queda el margen de la presión migratoria y en todos está provocando reacciones que van

desde la xenofobia y el populismo demagógico más o menos exacerbado, a la defensa de posiciones restrictivas frente a los refugiados y a los inmigrantes económicos.

Por otro lado, la respuesta europea a la crisis económica basada en la estabilidad presupuestaria, la austeridad, la reducción del déficit y el saneamiento del sector financiero ha intensificado el deterioro de la calidad de vida que ha traído la recesión para amplias capas sociales. Así, a los destrozos de la crisis se añaden los causados por la política y por el Derecho de la crisis.

De este modo, al empobrecimiento y a las nuevas formas de desigualdad, a la precariedad y menor calidad del empleo, se añade la frustración de las expectativas de avanzar hacia la sociedad democrática avanzada –como, por ejemplo, la anunciada en su preámbulo por la Constitución española– que aunaría libertad y bienestar generales y que hasta hace poco se creía al alcance de la mano. Tales circunstancias están en el origen de movimientos y fuerzas sociales que han terminado por canalizar el amplio malestar social existente y por hacerse sitio en el sistema político.

Ese fenómeno se ha producido con distinta intensidad en unos países y en otros, pero no se ha reflejado del mismo modo en el seno de las instituciones europeas. Al fin y al cabo, en ellas prima la posición hecha valer por los gobiernos, especialmente por los de los Estados con más peso político y, sobre todo, económico, y aunque en el Parlamento Europeo ya se sientan representantes de esas nuevas formaciones políticas, no cuentan dentro de él con la capacidad determinante que sí han logrado en algunas asambleas legislativas nacionales, sucede que la cámara de Estrasburgo carece en el seno del ordenamiento de la Unión Europea del peso que tienen en el suyo las de los Estados miembros.

No obstante, puede tratarse de una cuestión de tiempo. Y tal vez no demasiado.

La Unión Europea habrá de afrontar más pronto que tarde los retos de hacerse más estrecha y más fuerte pero también más sensible a la pluralidad de su composición y a las diferencias que existen entre unos y otros países. Asimismo, tendrá que buscar el modo de superar, en este punto de concierto con las respuestas que den los Estados miembros, la lejanía con que los ciudadanos perciben a sus instituciones, incluido al Parlamento Europeo. Lejanía que dificulta la aceptación social de las determinaciones políticas adoptadas por los órganos europeos. Porque es en los Estados, en las sociedades estatales, donde se proyectan los efectos positivos o negativos de esas decisiones.

Y, mientras no hay un *demos* europeo estructurado y activo, sí lo hay en los Estados. Un *demos* que, al pedir cuentas a sus gobernantes por los resulta-

dos de su gestión, se encuentra con que ésta viene condicionada por acuerdos o resoluciones tomados en las instancias de la Unión que no siente como propias sino como fruto de la imposición o del predominio de uno o varios Estados o de quienes los gobiernan y no como resultado del mandato que dio a sus representantes. Surge así un efecto deslegitimador en el seno de las sociedades estatales tanto de las instituciones propias como de las europeas. De estas últimas, por no atender debidamente a los intereses particulares de un determinado país o, en general, de los menos favorecidos. De las primeras, por la incapacidad de sus gobernantes para hacer ver o para defender eficazmente ante los órganos europeos las necesidades y aspiraciones nacionales.

En otras palabras, la respuesta europea a la crisis y a la inmigración ha de ser preferentemente política y no sólo, o no predominantemente, económica. Pero, sobre todo, debe ser establecida de manera que los ciudadanos europeos se sientan partícipes de las correspondientes decisiones, lo cual exige, como condición previa, que dispongan de cauces efectivos para integrarse, para participar, en los procedimientos que llevan a la adopción de aquellas. Y eso requiere, por un lado, de mecanismos internos, en los Estados, en los que se debata y decida con la debida publicidad sobre los extremos relevantes de la política europea y sobre la posición que ha de defenderse ante la Unión. Y, por el otro lado, exige que la Comisión Europea explique con claridad los criterios que defiende y que sean sometidos al escrutinio del Parlamento Europeo con la misma claridad. Además, es preciso que, posteriormente, una vez tomadas por los órganos de la Unión las determinaciones correspondientes, se expliquen con precisión sus consecuencias para cada Estado de manera que sus ciudadanos perciban cuáles han sido los resultados alcanzados y en qué se traducen para ellos.

En la actualidad, existen procedimientos que responden a estos objetivos. No obstante, se desarrollan de tal modo que no llegan a los ciudadanos o lo hacen de una manera tan limitada que no son aptos para suscitar la participación y apoyo social necesarios.

La Unión Europea sigue estando lejos de las personas. El reto es, sigue siendo, acercarla.

### 3. LOS EFECTOS DE LA CRISIS SOBRE LAS CONSTITUCIONES

En este panorama complejo las nuevas fuerzas políticas aparecidas en el contexto o a consecuencia de la crisis levantan en el seno de los Estados voces de cambio, reclaman procesos constituyentes, propugnan la devolución de la

soberanía al pueblo al que, se dice, se la ha arrebatado una «casta» gobernante, que sólo atiende a sus intereses. Y se comprometen a recuperar y garantizar los derechos sociales mediante su reconocimiento constitucional inequívoco y la eliminación de cláusulas de los textos fundamentales que lo impiden, como se considera que lo son las que prescriben la estabilidad presupuestaria y proscriben el déficit de las cuentas públicas.

La descripción anterior descansa esencialmente, lo reconozco, en la realidad que se vive desde hace unos años en España, en particular desde los acontecimientos de mayo de 2011 y las circunstancias que llevaron a reformar la Constitución para dar una nueva redacción a su artículo 135 que sancionara aquellos principios, pero no creo que sea del todo diferente a la que se da en otros países. Por eso, en las consideraciones que siguen, aunque seguiré teniendo preferentemente a la vista la experiencia española, haré observaciones que –me parece– valen también para los ordenamientos de países distintos.

Parece claro que el panorama expuesto nos plantea la pregunta de cuál habrá de ser la suerte de la Constitución en el tiempo inmediato que nos aguarda. Porque todas esas críticas y todos los propósitos que llevan consigo –y sigo refiriéndome a España– van asociados a la descalificación de una Constitución, la de 1978, nacida del compromiso democrático, que ha permitido refundar el ordenamiento jurídico a partir del presupuesto de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes y conformar desde esos fundamentos un Estado social y democrático de Derecho en términos semejantes a como se hizo antes en Europa occidental a partir de 1945.

Nuestra Constitución, que supuso una ruptura pacífica con el régimen de Franco mediante un proceso de transición considerado singular y ejemplar por propios y ajenos, es descalificada por quienes no lo vivieron y nutren las filas de algunas de las formaciones políticas recién aparecidas. Para estas nuevas fuerzas, en parte expresión del movimiento de indignación que eclosionó espontáneamente en 2011 y muy escuchadas por la juventud que no encuentra trabajo o solamente el que se ha calificado de precario o «trabajo basura», la Constitución ampara lo que llaman «el régimen del 78» y la ven como el «candado de 1978». Por eso, frente a ese régimen y a ese candado, estos movimientos emergentes proclaman la necesidad de una segunda transición. Estas calificaciones entrañan una profunda deslegitimación porque en el lenguaje político la primera de esas expresiones evoca la que se utilizó en su día para distinguir y rechazar política y moralmente al «régimen de Franco» y parecen equiparar el ordenamiento constitucional y las leyes fundamentales de la dictadura.

El éxito electoral apreciable logrado por quienes hacen esos planteamientos –ahora no miro sólo a España– se ha beneficiado, ciertamente, de la inca-

pacidad de las instituciones constitucionales y de los partidos que han venido encauzando la opinión pública hasta ahora para expresar, primero, y dar respuestas inmediatas y eficaces, después, a la amplia insatisfacción ciudadana producida por la crisis económica y por las políticas seguidas para combatirla.

Ni las asambleas representativas, ni el Poder Ejecutivo, ni los órganos de garantía se han podido librar de los efectos devastadores traídos por la crisis.

Los parlamentos, porque no han sabido representar a los principales perjudicados hasta que estos han llevado a las cámaras a quienes les ofrecían los remedios que querían oír o, sencillamente, han preferido castigar, no eligiéndolos, a quienes antes les decepcionaron y facilitaron así el acceso a las cámaras de candidatos no comprometidos con las políticas rechazadas.

Los gobernantes, porque no supieron ver lo que venía ni, ya en la crisis, encontraron la forma de superarla sin causar más perjuicios y, también, porque no han podido o sabido mantener en los órganos que establecen la política europea la autonomía necesaria para corregir un rumbo que aumentaba las desigualdades y hacía recaer en los sectores más débiles las consecuencias de la crisis.

Los tribunales ordinarios, porque o no tienen en su mano los instrumentos necesarios o no son capaces de aplicar con agilidad los remedios a su alcance y, además, porque ya no hay tolerancia ni comprensión para la politización de los órganos que los gobiernan. Politización que se reprocha, además, a los tribunales constitucionales.

A ese clima de exigencia no se ha sustraído ni siquiera la jefatura del Estado a la que se le demanda, más que nunca, ejemplaridad.

En definitiva, la crisis y la forma en que se ha afrontado nos sitúan ante problemas constitucionales de primer orden. La cuestión es si atajarlos requiere hacer tabla rasa o, si por el contrario, el ordenamiento constitucional permite encontrar respuestas eficaces para resolverlos.

#### 4. LA VITALIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO

Seguramente, no existen en el mundo las condiciones objetivas para que la democracia representativa y el Estado de Derecho comprometido con los derechos humanos tal como los concebimos y están expresados en los documentos internacionales –la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, esencialmente– y europeos –la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– se asienten como estructuras universales de la convivencia. El éxito del constitucionalismo de deriva-

ción liberal al que se refiere Giuseppe de Vergottini no ha llegado tan lejos, como él mismo nos advierte en el libro al que he hecho referencia.

No obstante, en sociedades desarrolladas como las de los países europeos que participan de la que se ha llamado cultura jurídico-política euroatlántica, sí se dan tales presupuestos y no parece atractiva la posibilidad de prescindir de ese constitucionalismo que, en realidad, es el genuino en tanto vincula la técnica jurídica con la garantía de la libertad e igualdad de las personas y se ha demostrado capaz de perseguirla mejor que cualquier otra solución conocida. Por eso y porque, en el fondo, es moralmente superior, sigue teniendo prestigio. Y, por eso, también, despliega un efecto legitimador del que han querido valerse, incluso, autócratas de toda laya y al que no renuncian quienes proponen cambios sustanciales y anuncian nuevas transiciones constitucionales.

Así, las fuerzas políticas emergentes se remiten a o reivindican esas ideas de libertad e igualdad y afirman la soberanía del pueblo y los derechos que le corresponden. Al tiempo, insisten en la participación de los ciudadanos y propugnan formas –las que facilita la tecnología– en que tenga lugar de manera directa para, así, hacer genuinamente democráticas las instituciones representativas y las que de ellas traen causa. En realidad, las propuestas de cambio, de renovación, de nuevo régimen, parecen orientarse en la dirección de recuperar la esencia de los principios democráticos que consideran sus autores traicionados o privados de contenido por las élites que gobiernan para satisfacer sus propios intereses. De este modo, estaríamos, más que ante una nueva transición, frente a una recuperación de lo perdido o no conseguido plenamente. Frente a la reivindicación del verdadero constitucionalismo y de la verdadera democracia.

Recuerdos de juventud me dicen que cuando se insiste en poner apellidos a la democracia, ya sea para identificarla nacionalmente o para sostener que la manera de organizarla que se propugna es la «auténtica» frente a otras formas de la misma, ajenas o artificiales, lo más probable es que esa variante que se quiere radicalmente auténtica suponga la desnaturalización de los rasgos esenciales con las que la conocemos. Esa misma memoria me permite afirmar con conocimiento directo de causa cuál es la diferencia jurídica, política y vital que hay entre tener democracia y no tenerla, entre vivir bajo una Constitución o bajo el arbitrio del gobernante. Y conozco el efecto radicalmente transformador del goce efectivo de las libertades, de la limitación del poder propia del Estado de Derecho y, en definitiva, de la democracia representativa. En suma, de ese constitucionalismo de derivación liberal que Giuseppe de Vergottini ha caracterizado con tanto acierto.

De ahí que prefiera, frente a las propuestas encaminadas a poner en marcha iniciativas que tratan de promover un constitucionalismo de corte distinto, so pretexto de hacerlo auténtico, insistir en que la solución a los problemas de la crisis no está en nuevas concepciones de lo que la Constitución y los derechos e instituciones que recoge deban ser, sino en recuperar su esencia, en hacer realidad los principios en que descansa tal constitucionalismo de derivación liberal.

En este sentido, me parece útil recordar que hace ya varias décadas, Karl Loewenstein (1965), jurista alemán huido del nazismo y exiliado en Estados Unidos, al clasificar las constituciones, distinguió entre las que llamó originarias y las que calificó de derivadas. Las primeras son las que aportan elementos nuevos, originales. Las segundas son las que siguen pautas ya establecidas por otras anteriores. De ese modo, es posible agruparlas en familias según el modelo al que se adscriban. Pues bien, el aspecto sobre el que quiero llamar la atención es el siguiente. Loewenstein advierte que originarias son muy pocas Constituciones: la inglesa, la de los Estados Unidos y la francesa de 1793 y la belga de 1831, principalmente.

En otras palabras, desde entonces –dejando aparte la experiencia del Estado socialista– la inventiva constitucional, más allá de la decisiva generalización de principios y derechos que vino de la mano de la democratización del régimen liberal, no ha aportado elementos sustanciales nuevos. En realidad, conserva su validez la noción de Constitución recogida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: la que descansa en las ideas de separación de poderes y garantía de los derechos. Sin ellas no hay Constitución<sup>1</sup>.

Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea pertenecientes a la misma familia a la que pertenece la española responden a esa idea clásica y la ponen práctica separando efectivamente el poder para limitarlo y así hacer efectivos los derechos reconocidos a las personas que viven bajo ellas. Varias han experimentado diversas reformas para ajustar mejor sus previsiones a la realidad política que deben ordenar pero esos cambios no han supuesto una variación de sus elementos identificadores aunque en algún caso –singularmente, el de Bélgica– hayan comportado una profunda transformación de la estructura territorial del Estado. Siguen, pues, ofreciendo los medios para afrontar las dificultades que se han indicado.

---

<sup>1</sup> El artículo 16 de esa Declaración dice: «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*».

Esto mismo se puede decir de la Constitución de 1978. Es una Constitución derivada. Intensamente derivada, hasta tal punto que tempranamente se puso de manifiesto que esa extrema derivación le daba originalidad (Varela Díaz, 1978). Ha servido para encauzar en términos de libertad la convivencia política durante cuatro décadas en las que se ha construido democráticamente a partir de sus previsiones el Estado social y el que hemos dado en llamar Estado autonómico. No es perfecta, ni mucho menos, pero, sin perjuicio de ajustes y complementos, sobre los que, por otra parte, no hay consenso, que podrían introducirse en ella, sus valores en que descansa, los principios proclama y los derechos que reconoce y garantiza siguen siendo válidos. De igual modo lo es el régimen electoral que ha reflejado el pluralismo de la sociedad, permitido la alternancia en el poder y el acceso a la representación de nuevos sujetos. Y otro tanto cabe decir de la arquitectura de los poderes públicos. La experiencia vivida desde 1978 es la mejor confirmación de ello.

Los sucesos relacionados con la frustrada secesión de Cataluña no invalidan esas apreciaciones. Ha sido la aplicación de la Constitución la que ha permitido impedir que la actuación del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, con el apoyo de una mayoría de su Parlamento que no representa a la mayoría de los catalanes, en abierta desobediencia al Tribunal Constitucional y manifiesto incumplimiento del Estatuto de Autonomía y de la propia Constitución, separase de España una de sus partes.

En realidad, como vamos a ver, al igual que aquellas con las que comparte esencia y contenidos, puede aportar los instrumentos necesarios para corregir los defectos que se han puesto de manifiesto. No estamos, por tanto, en tiempos de nuevas transiciones ni de nuevos constitucionalismos sino simplemente de cabal aplicación del que tenemos.

## 5. EN TORNO A LOS POSIBLES REMEDIOS. LOS PARLAMENTOS, LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y LA PARTICIPACIÓN DIRECTA

Las claves de la necesaria operación de saneamiento constitucional están bien identificadas. No se trata sino de superar las clamorosas deficiencias advertidas.

En primer lugar, es preciso restablecer la capacidad representativa de los parlamentos. En este punto, las reformas del régimen electoral pueden ser útiles pero la verdad es que en España hemos comprobado la idoneidad del sistema pactado en 1977 y sustancialmente recogido en la Constitución y luego en la legislación electoral para formar mayorías estables y, también, para dar ex-

presión a las nuevas manifestaciones del pluralismo político que emergen en la sociedad aunque comporte una prima notable para el más votado y perjudique a quienes quedan en segundo o tercer lugar y tienen sus votos dispersos por todo el territorio en vez de concentrarlos en unas pocas circunscripciones.

Seguramente, habrá que introducir las modificaciones necesarias para corregir esos efectos, reformando, incluso, la Constitución especialmente para superar la circunscripción provincial y pulir otros detalles. No obstante, los pasos que se den en ese sentido me parece que han de ser muy prudentes y partir de la certeza de que no es posible la transformación perfecta de los votos en escaños, ya que son diversos y distinta naturaleza los factores que inciden en esa operación. Desde esa premisa, será preciso valorar con sosiego las ventajas e inconvenientes de las soluciones que se proponen y ser prudentes en la aplicación de técnicas de ingeniería constitucional. En este sentido, es ilustrativa la experiencia vivida en Italia desde 1993, con la utilización del referéndum abrogativo para alterar la legislación electoral a fin de transformar el método de transformación de los votos en escaños y con las diversas peripecias políticas y jurídicas por las que desde entonces hasta hace escasas fechas ha pasado.

En todo caso, no creo que esté en la regulación de las elecciones la raíz del principal problema, del determinante de la pérdida de la capacidad representativa del parlamento. Aunque es muy importante contar con reglas claras en materia de incompatibilidades y hacer transparentes los patrimonios y los intereses de los representantes, tampoco creo que se halle aquí esa clave.

Tal como se ha visto por lo sucedido en otros lugares, el problema debe situarse esencialmente en los partidos. En sus estructuras, cerradas sobre ellos mismos, y en uno de los tipos de dirigente –ciertamente no el único– que han producido cuya presencia está suficientemente extendida como para que pueda considerarse característico. También en determinadas actitudes frecuentes en las formaciones políticas, más atentas a preservar su propia posición que a responder a los intereses de sus electores.

Me refiero, por un lado, al profesional de la política, formado desde joven en organizaciones partidistas financiadas públicamente, que ha ido escalando posiciones en ellas y, cuando pasa a las instituciones, se esfuerza en mantenerse en su seno. Diestro en el manejo del poder puesto en sus manos, más que atento a transformar las inquietudes de quienes representa en propuestas o actuaciones, está convencido de que puede dirigirlas en el sentido que le interesa y no suele explicarles de forma comprensible las razones que impiden dar satisfacción a sus demandas cuando no está en condiciones de lograrla. Tampoco acostumbra a reconocer errores ni a pedir excusas por los que comete

salvo cuando ya es demasiado tarde. Esos comportamientos, cuando se reiteran y extienden, acaban por impregnar a la organización a la que pertenecen quienes los protagonizan. De ese modo se resiente su capacidad representativa y de dirección política.

Actitudes de esa naturaleza, contribuyen al alejamiento o falta de sintonía entre los representados y quienes les representan o aspiran a hacerlo. Esta es una de las explicaciones del problema. Si se le une la falta de liderazgo que suele acompañar a tales prácticas, la distancia se hace mayor. Por eso, como decía, el problema está antes en el partido que en el régimen electoral. Aquél no consigue realizar su principal función: recoger, canalizar y satisfacer las aspiraciones de los ciudadanos, articular su participación política. Por eso, cuando estos perciben esa incapacidad, lo cual suele suceder en los momentos en que aparecen dificultades, dan la espalda a aquellos en quienes habían confiado antes y buscan a los que vean dispuestos a atenderles en adelante.

Hace años, Ernst Wolfgang Bockenförde (1985) se preguntaba por las claves de la democracia representativa. Y decía que residían en contar con buenos dirigentes y en una amplia educación cívica de los ciudadanos. Pues bien, disponer de buenos dirigentes o, si se prefiere, la mejora de la clase política, va unida a la apertura de los partidos a la sociedad y a la democratización efectiva de la vida interna de los partidos de manera que su orientación política y la selección de los candidatos a la dirección de los mismos y a las asambleas representativas, sea el resultado del debate y de la competición en el seno de las organizaciones partidistas por parte de todos sus afiliados. En este punto, la tecnología se ha revelado muy útil para abrirles espacios de participación que pueden extenderse a quienes son simpatizantes o se sienten próximos a unos u otros partidos.

No hay duda de que las formas de participación directa pueden complementar el sistema representativo, pero nuestra democracia o es representativa o no es. Las dimensiones de las sociedades contemporáneas no permiten la que se ha llamado democracia directa o de la identidad entre gobernantes y gobernados, pues solamente es practicable en unidades políticas de pequeño tamaño y los Estados de nuestros días no lo son.

Los progresos tecnológicos y, en especial, los que se están produciendo en el campo de la información y de las comunicaciones no alteran este juicio. En la actualidad es, desde luego, posible someter las más variadas cuestiones a un número amplísimo de personas y lograr de todos los que quieran manifestarse una respuesta inmediata a ellas –en tiempo real– que pueden emitir desde sus hogares o desde donde quiera que se hallen con sólo disponer de un terminal electrónico conectado a la red.

Resolver así puede ser apropiado para otros fines, pero no lo es para tomar decisiones políticas, o sea las que dicen relación a la organización y al ejercicio del poder político, o sea, a la manera en que se lleva a cabo y a quiénes y para qué lo ejercen. Tales decisiones, en la medida en que afectan a los intereses de todos y tienen que ver con los equilibrios posibles y con los necesarios entre los diferentes sectores sociales, requieren de una fase deliberativa y de un período de reflexión o maduración, de deliberación, que esa tecnología no permite ya que la interacción que busca se limita a optar por posibilidades predeterminadas sin que medie un debate contradictorio ni quepa llegar a posiciones intermedias que armonicen los intereses en juego y, sobre todo, sin que transcurra el tiempo necesario para que se asienten las opiniones.

Y resulta que el proceso de adopción de decisiones sobre la sociedad en su conjunto o, si se prefiere, sobre su gobierno, ha de ser preservado de los impulsos momentáneos que periódicamente atraviesan las sociedades pues desfiguran u oscurecen, cuando no la ocultan por completo, la realidad y, así, llevan a dar pasos que, de haber mediado el necesario sosiego, se hubieran evitado.

No creo, pues, que los avances tecnológicos lleven a prescindir de la democracia representativa. Por eso, además de la correspondencia de la composición de las asambleas legislativas con las principales sensibilidades presentes en la sociedad, objetivo, en general, conseguido, será preciso asegurar que su funcionamiento sea igualmente coherente con las preocupaciones de los ciudadanos, no sólo para abordarlas sino, también, para hacerlo a tiempo. En este aspecto, para que partidos y representantes les escuchen y cuenten con la mejor información sobre sus inquietudes y sobre las medidas o iniciativas que reclaman sí deben servir los nuevos medios de comunicación y relación social extendidos ya de manera general.

## 6. LOS GOBIERNOS Y LOS GOBERNANTES

A los gobiernos y a los gobernantes habrá que exigirles capacidad de dirección política, liderazgo del país y disposición a entender una sociedad plural. Les corresponde, por tanto, decidir, pero han de ser conscientes de que su función no puede quedar reducida a un catálogo de imposiciones, sino que ha de venir precedida de su capacidad para suscitar adhesión, al menos, de la mayoría.

Entre las reformas que se defiende últimamente para aportar más calidad democrática a los gobiernos, se halla muy extendida la preocupación por limi-

tar los mandatos al frente del gobierno. No me parece, sin embargo, que la permanencia más o menos prolongada en su presidencia sea especialmente negativa en sistemas de gobierno parlamentario, como son los que predominan en Europa y, como vamos a ver, en la experiencia española, no es la pauta el mantenimiento de la misma persona al frente del gobierno.

El sistema parlamentario se caracteriza porque el gobierno se forma a partir de la relación de confianza que se establece entre la mayoría de la cámara<sup>2</sup> y el gabinete. La formalización de ese vínculo puede producirse de diversas formas y tener lugar antes o después de la formación del gobierno. Ahora bien, en todos los casos de la existencia y mantenimiento de una mayoría que lo sostenga depende la vida del ejecutivo surgido de ella y también su actuación cotidiana. La investidura democrática de los gobernantes en el sistema parlamentario es, pues, indirecta, está mediada por el parlamento que puede ponerle fin y provocar su cese. Ciertamente, tal mediación está condicionada por el resultado electoral y por el sistema de partidos, pero lo que me importa destacar ahora es que la posición del gobierno se ve modulada por estos factores y, también, el poder del que dispone el primer ministro o su presidente.

De ahí que, en general, quepa afirmar que los sistemas parlamentarios se han revelado compatibles con permanencias prolongadas de los gobernantes tanto en el nivel estatal como en los infraestatales.

En cambio, en los sistemas presidenciales, en los que el jefe del ejecutivo es elegido por los ciudadanos, no hay tal mediación ni modulación. De ahí que, tuviera sentido la limitación de mandatos impuesta mediante la vigésimo segunda enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1947, después de que Franklin Delano Roosevelt concurriera con éxito a cuatro elecciones presidenciales consecutivas<sup>3</sup>.

Si trasladamos estas reflexiones a España, la conclusión anterior se hace más clara. No se ve la necesidad de establecer normativamente un límite a los mandatos al frente del Gobierno cuando, salvo en el caso de Felipe González, que ganó cuatro elecciones generales –las de 1982, 1986 y 1989 por mayoría

---

<sup>2</sup> O de las cámaras en los supuestos en que, siendo el Parlamento bicameral, el gobierno deba contar con la confianza de las dos, tal como sucede en Italia.

<sup>3</sup> El primer presidente de los Estados Unidos, George Washington, se retiró al finalizar su segundo mandato. A partir de ese precedente se habló de un uso según el cual los presidentes permanecerían en el cargo un máximo de dos mandatos. Aunque algunos aspiraron sin lograrlo a un tercero, Roosevelt, elegido por primera vez Presidente en 1932, en medio de los efectos de la crisis de 1929 y reelegido en 1936, lo incumplió presentándose a las elecciones de 1940 y, de nuevo, en 1944 aunque murió el 12 de abril de 1945, pocas semanas después de comenzar su cuarto mandato. El Congreso decidió en 1947 transformar aquél uso en disposición constitucional y aprobó la vigésimo segunda enmienda, en vigor desde el 27 de febrero de 1951, cuando fue ratificada por el número de legislaturas estatales exigido.

absoluta y las del 1993 por mayoría relativa— y gobernó casi catorce años (desde diciembre de 1982 a mayo de 1996), ninguno de los presidentes del Gobierno ha permanecido en el cargo más de dos legislaturas.

Adolfo Suárez González, que ganó las elecciones de 1977 y 1979, gobernó entre julio de 1976 y enero de 1981, desde marzo de 1979 ya bajo la Constitución. Leopoldo Calvo-Sotelo Bustelo, que le sucedió en febrero de 1981 y gobernó hasta noviembre de 1982, no concurrió como aspirante a presidirlo a ninguna elección. José María Aznar López ganó las elecciones de 1996, accedió a la presidencia del Gobierno en mayo de ese año, repitió su triunfo, ahora con mayoría absoluta, en 2000 y ya no concurrió a las de 2004. José Luis Rodríguez Zapatero ganó las elecciones de ese año y las de 2008 pero no concurrió a las de 2011. Mariano Rajoy Brey ganó las elecciones de 2011, gobernó desde diciembre de ese año, siguió en funciones tras las del 20 de diciembre de 2015 y volvió a ser investido después de las de 26 de junio de 2016 en noviembre de ese año, pero el 2 de junio de 2018 fue cesado al prosperar la moción de censura que invistió de la confianza del Congreso de los Diputados al candidato Pedro Sánchez Pérez Castejón, quien gobierna desde ese día 2 de junio de 2018.

Por tanto, en realidad, no existe el problema. La excepción representada por el prolongado gobierno de Felipe González Márquez debe buscarse en las circunstancias especiales que se produjeron en 1982 y, en particular, en la autodestrucción del partido político que aglutinó al centro derecha en la transición: la Unión de Centro Democrático.

Más importante es el establecimiento de reglas precisas y estrictas en materia de incompatibilidades, presentes y futuras, y de transparencia en lo relativo a los intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos. Además, algunas experiencias indican que la prohibición de la reelección impulsa a quienes acceden a cargos electivos a utilizarlos para obtener otro una vez expirado el tiempo de permanencia en él en vez de para cumplir la función que les es propia.

## 7. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

A los tribunales se les debe dotar de los medios personales y materiales y de las leyes de procedimiento necesarios para que estén en condiciones de juzgar en tiempos razonables y de satisfacer así las demandas de sociedades con altos niveles de litigiosidad, crecientes en períodos de crisis como el que atravesamos. En general, la independencia de los jueces está suficientemente preservada en el

Estado de Derecho que las Constituciones establecen y la atribución de las funciones correspondientes a su nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario a Consejos de la Magistratura, extendido a partir de 1945 y, especialmente, desde finales del siglo xx, no la ha mermado aunque haya venido acompañada de una difusa crítica a su «politización» a consecuencia de la elección parlamentaria –si bien por mayoría cualificada– de todos (España) o de parte de sus miembros (Italia, Portugal), y de la tendencia de las cámaras a *lottizzare* los correspondientes nombramientos.

Pese a todos los reproches que se les puede hacer por la subordinación de algunos de los integrantes de estos Consejos a las fuerzas políticas que defendieron su nombramiento o a las asociaciones profesionales a las que se encuentran vinculados, no puede decirse que bajo estos órganos de gobierno de los jueces haya menguado la independencia judicial. Más bien ha sucedido lo contrario.

La misma crítica de politización se ha dirigido contra los tribunales constitucionales, bien por la designación parlamentaria y o gubernamental de parte de sus magistrados, bien por el prejuicio de algunos sectores que han venido a contraponer el carácter técnico y «apolítico» del juez profesional y de la función jurisdiccional que realiza desde los tribunales ordinarios frente a la naturaleza política de la llamada justicia constitucional y a la afirmada dependencia de quienes la ejercen de los partidos. No obstante, creo que, en general, su actuación ha reivindicado al órgano y a la función que desempeña y un buen indicio de ello es que llegar a ser juez constitucional es una aspiración compartida por los juristas, ya procedan de la universidad, del foro, de la Administración o de los tribunales de justicia. La experiencia europea de la justicia constitucional ha sido, es, sumamente positiva.

## 8. LA JEFATURA DEL ESTADO

La Corona en los sistemas parlamentarios europeos se caracteriza por ser una magistratura representativa de la unidad y permanencia del Estado privada de poderes efectivos y, por tanto, carente de responsabilidad política. Su legitimación procede de la Constitución y se halla plenamente sujeta a ella. Republicanizada esencialmente, la monarquía no es disfuncional en el Estado social y democrático de Derecho. La jefatura del Estado ejercida por el rey no es, en realidad, muy diferente de la que desempeña el presidente de una república parlamentaria el cual, por otra parte, adopta formas y se rodea de una estética

protocolaria más intensa, incluso, que la de la mayoría de las monarquías parlamentarias.

El sistema de gobierno prevalece y relativiza decisivamente la forma de gobierno y es significativo que, de las democracias más estables y avanzadas de Europa, varias de ellas adopten la forma monárquica: Reino Unido, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Suecia, Noruega.

La ejemplaridad es, desde luego, una de las principales exigencias de quien desempeña la jefatura del Estado, sea bajo la forma monárquica, sea bajo la forma republicana. No en vano quien la desempeña ejerce la más alta representación del Estado. Por eso, hemos visto la renuncia de presidentes de repúblicas para preservar la dignidad de la institución comprometida por su comportamiento.

En España se pretende entablar un debate sobre la monarquía. Coinciden en el intento de suscitarlo las fuerzas políticas que se presentan como nueva izquierda y las que tratan de separar Cataluña del resto del país. Toman como pretexto para ello conocidos episodios protagonizados por familiares del rey Juan Carlos I y de su propia vida privada y relaciones personales. Es sabido, sin embargo, que en 2014 abdicó y fue proclamado rey de Felipe VI. En la nueva etapa iniciada con la sucesión en la jefatura del Estado, la Corona ha seguido desempeñando el papel que la Constitución le confió y, aunque se ha alejado en el tiempo el protagonismo decisivo que tuvo en la transición democrática y en la defensa del orden constitucional y las nuevas generaciones no lo presenciaron y carecen de esas referencias ya históricas, sin embargo, puede afirmarse que con Juan Carlos I y con Felipe VI la monarquía ha sido y sigue siendo útil y funcional para el Estado social y democrático de Derecho. Se ha visto, incluso, en los momentos difíciles que produjo en el otoño de 2017 el intento de secesión de Cataluña cuando el Rey tuvo que llamar a los poderes constitucionales del Estado para que ejercieran su responsabilidad. La Corona, promotora en su día del proceso que llevó a la Constitución y siempre respetuosa del cometido que le encomienda, se volvió a identificar en esa ocasión con ella y no creo equivocarme al decir que esa actuación hizo que, a su vez, se sintiera identificada con el Rey la inmensa mayoría de los españoles.

A la postre, el verdadero debate no es entre monarquía y república, según se quiere presentar por quienes lo plantean, sino, en realidad, por un lado, entre esta Constitución y otra distinta también en principios y valores a la vigente y, por el otro, entre la afirmación de la unidad de España y su ruptura mediante la independencia de Cataluña al margen de la Constitución y del Estatuto de Autonomía.

## 9. LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS

Los derechos, reconocidos en instrumentos internacionales universales y de ámbito europeo, proclamados en el ordenamiento de la Unión Europea y presentes en la mayor parte de las Constituciones, siempre pueden ser puestos al día. Incluso, en Constituciones, como la española o la italiana, con un catálogo bien completo de ellos y con cláusulas que permiten incorporar los que se deduzcan de los ya reconocidos o previstos en tratados y convenios internacionales, no se debe rechazar la posibilidad de especificar categorías nuevas.

No obstante, la solución no está en la diversificación o en la enumeración *ad infinitum* de los derechos reconocidos constitucionalmente sino en el mantenimiento de las vías que permitan la ágil incorporación de los que sean necesarios para satisfacer las demandas sociales y asegurar las condiciones esenciales en las que descansa la convivencia, que es para lo que sirven.

Esto no quiere decir que no se puedan o no se deban incorporar aquellos que, por su importancia, lo merezcan ni que no se deban mejorar las garantías existentes. Por ejemplo, se ha discutido, prácticamente desde el primer momento, la virtualidad jurídica de los llamados derechos sociales o, si se prefiere, de las normas constitucionales que los reconocen. La Constitución española se hizo cuando ya se había resuelto en otros ordenamientos<sup>4</sup> el debate entablado sobre la naturaleza de esos derechos y precisado la forma que surten efectos jurídicos. Por eso, ella misma estableció la forma en que operarían la mayor parte de ellos. Los presentó como principios rectores del orden económico y social, dispuso que produjeran efectos orientadores, interpretativos y limitadores de los actos de los poderes públicos en la materia y precisó que solamente podrían fundamentar pretensiones deducibles ante los tribunales de justicia cuando así lo previeran las leyes que los desarrollaran.

Pues bien, al día de hoy la mayor parte, por no decir, todos los principios rectores han sido objeto de desarrollo legislativo. Esa regulación ha dado lugar al reconocimiento de derechos legales a la salud, a la seguridad social, a diversas formas de protección de los consumidores y usuarios, ha previsto diversos niveles de protección medioambiental accionables procesalmente y dispuesto medidas específicas en favor de los discapacitados, de los menores y de otros colectivos vulnerables. No es una singularidad, sino que lo mismo sucede en otros ordenamientos europeos con una intensidad, incluso, superior.

---

<sup>4</sup> En particular en el italiano, donde se debatió sobre el carácter jurídico de las llamadas normas constitucionales programáticas (Cfr. CRISAFULLI, 1952).

En la medida en que se han creado ya las estructuras necesarias para satisfacer pretensiones de esta naturaleza, podría llevarse a las Constituciones esta realidad y en función de ella, dar a los derechos sociales una cobertura superior a la que ofrecen las leyes. Ahora bien, de efectuarse esa elevación del rango normativo de los preceptos que los reconocen, será preciso observar gran cuidado en la redacción que se les dé a fin de limitar el reconocimiento de tales derechos a aquellos contenidos cuya realización sea materialmente posible. Por otra parte, esa transformación no tiene por qué suponer —es más, no conviene que suponga— la supresión de las cláusulas generales ni prescindir de la afirmación de los principios en los que ha descansado hasta ahora la tutela jurídica de los derechos económicos y sociales.

Por lo demás, la consolidación constitucional de algunos derechos sociales puede servir para orientar en direcciones distintas de la reducción de prestaciones sociales la actuación de los poderes públicos en supuestos de crisis económica, imponiendo así una forma distinta de distribuir los costes que provoque.

## 10. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

En esta relación de aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la imprescindible tarea de recuperar la capacidad ordenadora y legitimadora de la Constitución en el tiempo de crisis que atravesamos, no se puede olvidar cuanto hace referencia al modelo económico.

Los textos constitucionales de la postguerra de 1945, con distintos matices, asumieron la economía de mercado, pero introdujeron las disposiciones para salvaguardar la capacidad reguladora del Estado, legitimar su intervención en las relaciones socio-económicas, asegurar la función social de la propiedad privada y construir un sistema fiscal idóneo para llevar a cabo la función redistribuidora de la riqueza propia del Estado social. Las posteriores Constituciones europeas siguieron esa orientación que se mantiene en la actualidad.

Es conocida la crítica a los fundamentos en que descansa el Estado social y a su propia capacidad para prestar los servicios públicos y llevar a cabo esa función igualadora que está en sus orígenes. No sólo se ha sostenido la imposibilidad de mantenerlo, sino que, además, se ha visto en el crecimiento experimentado por las Administraciones públicas y en la extensa e intensa regulación de los más variados aspectos de las relaciones sociales y económicas, no sólo una amenaza a la libertad de las personas sino, también, una rémora al

desenvolvimiento de esas mismas relaciones a causa de los excesos burocráticos y de los costes que conlleva la injerencia administrativa.

A esas opiniones contrarias, se ha unido desde los últimos años del siglo xx la defensa a ultranza de la libertad económica, del dinamismo de la iniciativa privada, de su capacidad de crear riqueza y, por tanto, empleo e ingresos fiscales, y de introducir racionalidad mediante la competencia en la actividad económica. En este contexto, se ha exaltado la figura de los que han venido en llamarse «emprendedores», erigida en el modelo a promover y apoyar, se ha propugnado lo privado frente a lo público y la desregulación frente a la intervención de los poderes públicos en la vida económica. A la postre, esta línea de pensamiento defiende que el mercado ha de funcionar con las menores trabas y cargas fiscales posibles para producir esos beneficiosos efectos.

Después de varias décadas de controversia y de aplicación de políticas de diversos signos, entre ellas las de esa forma de neoliberalismo, y vistas las consecuencias de una profunda crisis económica cuyos orígenes guardan relación con esas concepciones, lo cierto es que las sociedades democráticas europeas no están dispuestas a renunciar a la protección que ofrece el Estado social, aunque sí compartan la idea de corregir los excesos que le aquejan y de hacerlo eficaz y eficiente en la administración de los recursos públicos y en la gestión de los servicios que debe prestar.

La Unión Europea, cuyo ordenamiento está más inclinado hacia la lógica del mercado que a la dimensión social asumida por las constituciones de sus miembros, ha transmitido a los Estados orientaciones que reflejan esa tendencia. A ellas se han unido, ya en los últimos tiempos, las directrices políticas y las prescripciones jurídicas encaminadas a consagrar el principio de la estabilidad presupuestaria y las políticas de reducción del déficit y de austeridad como remedio a las consecuencias de la crisis económica.

En determinados casos, como el de España, se ha llegado a imponer una reforma de la Constitución para sancionar tales postulados con el máximo rango. Es el caso de la que afectó a su artículo 135 en 2011. Pero no es el único ya que, de un modo u otro, los Estados de la Unión los han ido asumiendo formalmente. Por ejemplo, Italia lo hizo mediante la nueva redacción que dio a los artículos 81, 117 e) y 119 de su Constitución, la Ley constitucional de 20 de abril de 2012.

Es sabido, además, que en la política europea contra la crisis económica se han adoptado medidas encaminadas a proteger el sector financiero, especialmente afectado por ella, e impuesto reformas en el ordenamiento laboral dirigidas a flexibilizar el empleo y a reducir el peso de los sindicatos en la negociación colectiva. Ya he apuntado alguna de sus consecuencias políticas: la contestación social, la entrada en los parlamentos de nuevas fuerzas políticas

contrarias a esos designios y ha erosionado todas las instituciones constitucionales. Por eso, seguramente, ha llegado el momento de recuperar el equilibrio alterado por la política y por el Derecho de la crisis entre las exigencias de la economía y las de la sociedad y corregir el mayor peso dado en los últimos años a la primera y, también, establecer cautelas que aseguren en adelante un reparto más equitativo de los costes que sea preciso afrontar como consecuencia de los desajustes y crisis que se produzcan en la economía.

En este sentido, me parece importante recordar que la actividad económica no queda al margen de la dirección política que corresponde trazar el Gobierno, con el apoyo de la mayoría parlamentaria, a partir de las preferencias mostradas por los electores. Dirección política que aplican después las Administraciones. Ni que, si bien tal dirección gubernamental ha de cohererarse con la libertad de empresa constitucionalmente garantizada, puede, sin embargo, enmarcar la forma de ejercerla y fomentar su orientación de manera que favorezca los intereses públicos a los que los privados han de subordinarse sin sacrificarlos.

## 11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1985), *Democrazia e rappresentanza*, *Quaderni costituzionali*, n.º 2, pp. 227 ss.
- CRISAFULLI, V. (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano.
- DE VERGOTTINI, G. (2019), *Diritto Costituzionale Comparato*, 10.ª ed., Cedam, Padova.
- (2015), *Discurso de investidura como doctor honoris causa. Comparación y tradición constitucional*, Traducción de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/3-2015-10-01-Discurso%20web.pdf>.
- (2002), *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*, Traducción de Santiago Perea Latorre, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- (1998), *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna.
- (1977), *Le origini della seconda repubblica portoghese (1974-1976)*, Giuffrè, Milano.
- (a cura di) (1978), *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Franco Angeli, Milano.
- FUKUYAMA, F. (2015), *¿El fin de la historia? y otros ensayos*, Traducción de María Teresa Casado Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid.

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

LOEWENSTEIN, K. (1965), *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona.

VARELA DÍAZ, S. (1978), La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado, en Fernández Rodríguez, T. R. (coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, vol. I, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 13 ss.

# UNA CRISI DELLO STATO COSTITUZIONALE?

GIUSEPPE DE VERGOTTINI\*

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'indebolirsi del processo di integrazione europea. 3. La ingovernabilità. 4. La crisi della forma partito non contrastata dalle legislazioni elettorali. 5. La crisi della democrazia dei partiti. 6. La trasformazione del concetto di cittadinanza. 7. Come conclusione.

## 1. INTRODUZIONE

Non occorre molta immaginazione per rendersi conto che lo stato costituzionale europeo di cui ci siamo fatti attenti analisti nei decenni passati sta vivendo una profonda crisi.

Nessuno rigetta frontalmente i principi di fondo delle costituzioni fondate sui principi liberali. Sia il regime dei diritti che la forma di governo rimangono iscritti nei testi costituzionali e apparentemente i soggetti politici non sembrano volere rinunciare a un patrimonio di valori che ha caratterizzato le scelte costituenti dopo il secondo conflitto mondiale e che è stato ribadito con la ondata dei testi costituzionali adottati dopo il tramonto dello stato socialista dell'Est. Si tratta degli stessi valori che trovano riscontro nelle grandi conven-

---

\* Professore emerito di Diritto Costituzionale nella Università di Bologna. Presidente Onorario della International Association of Constitutional Law.

zioni internazionali sui diritti, dalla CEDU alla Carta dei diritti fondamentali della Unione.

Ma se mettiamo da parte i documenti solenni e guardiamo alle prassi applicative, sia sul fronte dei diritti fondamentali e delle loro garanzie, sia su quello della politica in seno agli organi costituzionali che improntano le diverse forme di governo europee appare di tutta evidenza la frattura fra forme e sostanza. La realtà ordinamentale appare spesso lontana dalle determinazioni dei padri costituenti e dei sottoscrittori dei grandi trattati.

La nostra insoddisfazione, che scaturisce dalla presa d'atto di quello che può apparire un fallimento dei criteri guida dello stato costituzionale, è comprensibile. Ma tale stato d'animo non deve necessariamente trasformarsi in radicale pessimismo. Se crisi oggi c'è, in realtà non si può negare che situazioni di insoddisfazione si siano costantemente riscontrate già negli anni passati e per quanto gravi non hanno ancora condotto al superamento della attuale forma di stato. Crediamo quindi che gli ordinamenti europei, nonostante la crisi, sapranno riprendersi. Il timore di un generale sconfinamento nel campo delle democrazie illiberali va quindi fermamente respinto.

Dopo questa premessa vorrei presentare qualche riflessione su alcuni degli aspetti problematici della crisi di cui si discute oggi.

## 2. L'INDEBOLIRSI DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

Se si osserva la situazione in cui si trovano oggi le istituzioni in Italia e in Europa dobbiamo constatare che viviamo in un periodo protratto di incertezze, di instabilità.

Lo stato di incertezza è comprovato anche dalla situazione internazionale.

La tenuta della intelaiatura istituzionale della Unione Europea è sempre più messa in discussione. Al tradizionale problema della legittimazione democratica contestata da disordinati recuperi delle sovranità statali si uniscono i clamorosi esempi di fallimenti o di inadeguate politiche settoriali (politica estera, sicurezza, migrazioni, politica economica e monetaria...).

Accantonato il modello istituzionale integrazionista incentrato su Commissione, Parlamento e Corte, il centro decisionale del processo politico è costituito dalla compresenza necessaria di tutti i partecipanti alla Unione e quindi dalla prevalenza della formula intergovernativa. Quello che impressiona è la estrema debolezza della legittimazione delle istituzioni europee, a cominciare dallo stesso Parlamento che non è sentito dagli europei come rappresentativo dai vari corpi elettorali nazionali.

A una carenza di legittimazione degli organi politico-amministrativi espressione dell'integrazione si sostituisce però una forte legittimazione della giurisdizione europea. Ma qui si manifesta una singolare cesura nel processo di legittimazione dell'insieme delle istituzioni. La legittimazione della Corte non è attribuita dai popoli degli stati membri che in realtà la ignorano. Il soggetto collettivo legittimante è il ceto dei giuristi che deve fare i conti col complicato intreccio di competenze fra giurisdizioni nazionali, gelose della sovranità dei rispettivi stati, e giurisdizione comunitaria posta a presidio dei vincoli voluti dai trattati. La forte legittimazione della Corte di giustizia permane nonostante la evidente crisi che affligge la Unione.

Se il disegno dello spazio giuridico europeo (diritto pubblico europeo) rimane in vita è anche perché le corti nazionali mantengono un approccio collaborativo sulla base di un rapporto di fiducia reciproca con la Corte di giustizia di Lussemburgo e con quella dei diritti di Strasburgo. Può apparire singolare che alla scarsa legittimazione attribuibile dai cittadini europei alle istituzioni corrisponda almeno da parte delle corti nazionali e del ceto dei giuristi dei diversi paesi europei una forte legittimazione della giurisprudenza europea.

Dunque la legittimazione che i giudici nazionali costantemente continuano a riservare alle corti sopranazionali compensa la profonda incrinatura del prestigio istituzionale degli organi politico-amministrativi che sussiste soltanto per l'organo intergovernativo. La stessa Corte di giustizia nel soprassedere alla adesione alla CEDU ha contribuito ad acuire un regime di incertezza. Anche a livello di Consiglio d'Europa l'eccesso di ricorso al «margine di apprezzamento» rende difficile un'armonica visione delle tutele dei diritti a livello europeo lasciando largo spazio agli stati per intervenire come meglio credono nell'assicurare la protezione dei diritti culturali e sociali.

### 3. LA INGOVERNABILITÀ

Gli eventi di questi ultimi anni hanno fatto riemergere il problema drammatico della governabilità dei sistemi politici europei. Appare oggi in profonda crisi quella modellistica della forma di governo dello stato costituzionale contemporaneo che aveva preso a riferimento l'efficacia delle soluzioni organizzative della forma stato. Davanti ai più recenti esiti elettorali in tutta Europa, concetti come governabilità e stabilità sfumano divenendo qualità recessive all'interno di schemi ordinamentali che sull'esaltazione di esse avevano marcato la propria distinzione rispetto ad altri sistemi facenti capo alla medesima forma di governo parlamentare. La caratteristica di stabilità e governabilità che improntava alcuni

ordinamenti si è rivelata fragile venendo sottoposta a continue tensioni destabilizzanti. E ciò avveniva non solo in ordinamenti problematici quale quello italiano ma anche in ordinamenti solitamente considerati come dotati di istituzioni stabili ed efficienti. Basti considerare gli esiti delle ultime elezioni presidenziali e legislative in Francia, il referendum indipendentista in Scozia e in Catalogna e quello sulla Brexit, per non parlare dei risultati elettorali in stati-chiave per la modellistica del diritto comparato come Spagna, Regno Unito, Austria e Germania, tutti forieri di cambiamenti sostanziali, talora solo contingenti, in altri casi forse di lungo periodo. In tutti questi ordinamenti e non solo in quello italiano la formazione della compagine governativa si è rivelata del tutto difficoltosa dando la stura a lunghe estenuanti maratone. Il voto popolare non è stato quasi mai in grado di produrre la immediata formazione della squadra di governo. E' in questo clima che in alcuni casi è emerso il ruolo determinante di un organo quale il Capo di stato solitamente influente nei momenti di operare bipolare del sistema in cui le maggioranze uscivano direttamente dai risultati elettorali. E' così che in Germania, a causa degli esiti delle elezioni politiche per il rinnovo del *Bundestag* del 24 settembre 2017, cui è seguita la più lunga crisi di governo dall'entrata in vigore del *Grundgesetz*, il subentrare di nuove forze politiche ha complicato il processo di negoziazione in vista dell'investitura del nuovo Cancelliere, richiedendo un intervento inconsueto del Capo dello Stato, fattosi attivo promotore di un accordo tra le due principali forze uscite dai comizi elettorali secondo un andamento più tipico di altri ordinamenti come quello italiano.

E' stato quindi recuperato un ruolo attivo del Presidente federale e utilizzando la sua funzione di riserva, rientrando nel novero delle sue prerogative. Questo episodio evidenzia un significativo mutamento dei duraturi equilibri della forma di governo tedesca che si è ora allontanata dal classico archetipo di parlamentarismo a solida stabilità politica con cui si è soliti qualificare la forma di governo della Repubblica federale. In Spagna la precedente stabilità è entrata in crisi con le elezioni nazionali del 20 dicembre 2015 dalle quali è uscito un inedito schema pluralistico. Anche qui è apparso rilevante e innovativo il ruolo sostanzialmente attivo del Re Felipe VI. Il venir meno del sostanziale bipartitismo spagnolo ha complicato la formazione dell'esecutivo superando la centralità della figura del Presidente del Governo, al contempo *leader* di un partito in grado di esercitare uno stabile controllo sul Congresso.

In Italia la difficoltà di formare una maggioranza dopo la consultazione elettorale del 4 marzo 2018, dopo un lungo periodo di inconcludenti trattative e consultazioni, ha costretto il Presidente della Repubblica ad accettare una abnorme coalizione fra due partiti che si erano aspramente fronteggiati nella campagna elettorale e che alla fine avevano concordato un singolare accordo di gover-

no che lasciava aperta la strada alla continuazione della polemica in precedenza svolta. In questa abnorme situazione i due soggetti politici partecipi della coalizione hanno continuato nel tempo una estenuante diatriba, con tesi contrapposte su importanti opzioni politiche, arbitrata da un debole presidente del consiglio privato quasi sempre di un vero potere di indirizzo della compagine governativa, potere autoassunto dai due leaders della compagine di governo.

#### 4. LA CRISI DELLA FORMA PARTITO NON CONTRASTATA DALLE LEGISLAZIONI ELETTORALI

La funzionalità e affidabilità della modellistica costituzionale alla prova dei fatti non si converte in governabilità soltanto o esclusivamente per virtù delle architetture costituzionali ma soprattutto a causa delle carenze del sistema partitico. Le stesse leggi elettorali, maggioritarie o proporzionalistiche che siano, non sembrano essersi manifestate come le principali cause del successo o dell'insuccesso dei sistemi politici. Non soltanto le leggi proporzionalistiche agevolano la frammentazione e rendono problematica la formazione di solide coalizioni. Anche leggi maggioritarie consolidate nel tempo non hanno retto alla crisi dei sistemi partitici.

Sicuramente una delle cause della difficoltà a formare un governo in Italia in seguito alla legge Rosato (Legge 3 novembre 2107, n. 165) è dovuta al suo spinto proporzionalismo. Ma anche altre forme di governo parlamentari in cui operano leggi sia maggioritarie che proporzionali si trovano in qualche modo sotto tensione. Le caratteristiche politiche del nuovo *Bundestag*, scaturito dalle elezioni di settembre 2017, hanno comportato notevoli e inedite difficoltà nella formazione del governo tedesco, impegnando le forze politiche in lunghissime ed estenuanti trattative per la formazione di una coalizione e generando asperissimi conflitti interni ai partiti che poi avrebbero dato finalmente vita alla nuova *Große Koalition*. La situazione di *hung parliament* a Westminster, con il conseguente *minority government* guidato dai *Tories* e appoggiato esternamente dagli unionisti nord-irlandesi del *Dup*, e la relativa debolezza di un Primo Ministro costantemente in bilico, in una fase in cui invece al Regno Unito avrebbe fatto comodo solidità politica per governare al meglio la complicata fase storica aperta dalla Brexit. La delicata condizione in cui versa la Spagna, non è collegabile unicamente alle drammatiche implicazioni della vicenda catalana. Dipende anche dal difficile quadro politico determinato dalle reiterate elezioni per le *Cortes*, i cui risultati stanno suscitando profondi interrogativi sulla capacità della legge elettorale di garantire ancora, in un quadro politico radicalmente mutato, l'alternanza alla guida del Governo, impor-

tante elemento dello storico consolidamento democratico post-franchista. Sono poi note le difficoltà, di ordine politico e istituzionale, evidenziate in anni recenti per la formazione in tempi ragionevoli di Governi stabili in Belgio e Olanda, due Paesi che, oltre ad essere soci fondatori della costruzione europea ed essere situati nel suo cuore geografico e istituzionale, rappresentano da sempre importanti modelli di convivenza democratica e rispetto dei diritti fondamentali.

Inoltre, venendo all'Italia, nessuna incidenza ha avuto la riforma del Regolamento del Senato sulla funzionalità del sistema politico oggi caratterizzato da una inedita coalizione fra forze politiche potenzialmente antagoniste e da una opposizione parlamentare ininfluyente. La riforma approvata negli ultimi giorni della XVII legislatura tocca aspetti cruciali della forma di governo: le norme sulla formazione dei Gruppi parlamentari, le modifiche all'iter legislativo, le rispettive competenze di Aula e Commissioni, il calcolo degli astenuti, la disciplina della questione di fiducia, e così via. Purtroppo la riforma è stata scavalcata dalla radicale trasformazione del sistema politico che vede attualmente la scomparsa di una mera probabilità di una forma di governo improntata sulla dialettica parlamentare Governo/opposizione. Occorrerà quindi verificare quale possa essere l'impatto di tale riforma alla luce delle trasformazioni del sistema politico e dei recenti risultati elettorali.

Bisogna probabilmente considerare che la legislazione elettorale, pur rivelandosi elemento cruciale, ha sempre un potere di incisione limitato e circoscritto, comunque da traguardare e mettere in relazione reciproca con altri elementi decisivi, a cominciare ovviamente dal complesso reticolo delle norme costituzionali. Nelle democrazie contemporanee l'ultimo tassello della forma di governo è sempre costituito dal sistema dei partiti: ad essi spetta, in positivo, la capacità di dare fluidità ai meccanismi istituzionali e, in negativo, una sorta di «potere interdittivo» sul buon funzionamento degli stessi. Una responsabilità grave, che richiederebbe dosi massicce di consapevolezza e *accountability*, purtroppo spesso difficilmente rintracciabili.

## 5. LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA DEI PARTITI

E' riscontrabile una crescente personalizzazione degli assetti del potere statale con la comparsa di una forma di governo in cui i problemi classici della legittimazione e della limitazione del potere, che hanno storicamente costituito il fulcro del costituzionalismo, sono collocati in una posizione recessiva. Una discutibile giustificazione del cambiamento in corso è stata trovata nella

dimostrata incapacità delle istituzioni sia nazionali che europee ad affrontare e risolvere la drammatica crisi economica, con il seguito di insoddisfazione generalizzata per la gestione della politica ad opera degli attori tradizionali. Tale insoddisfazione ha generato un atteggiamento ostile alla rappresentanza politica tradizionale, che delinea una sorta di contro-politica basata sul rigetto dei poteri previsti dalle vigenti costituzioni liberal-democratiche.

I partiti tradizionali sono dovunque in profonda difficoltà o, nella migliore delle ipotesi, rimangono un'ombra del loro essere del passato. Prendono quindi il sopravvento movimenti e partiti populistici che, secondo una diffusa lettura, fanno richiamo al popolo identificato nei ceti sociali culturalmente più arretrati. Questo popolo viene individuato in modo adulatorio quale depositario di tutte le virtù sociali e quale vittima del cinico egoismo e dell'amoralità dei deteriori ceti dominanti. A suo favore vengono formulate proposte politiche atte a gratificare il suo desiderio di rivalsa ma non idonee ad incidere efficacemente sui complessi problemi della odierna società. Tali proposte sono svolte in modo strumentale perché sostanzialmente dirette a perseguire fini di mera conquista o mantenimento del potere da parte dei nuovi soggetti politici in via di consolidamento.

I movimenti populistici fanno leva, di volta in volta, su valori negativi quali la corruzione, la crisi economica, l'antieuropeismo, ma anche su un'ipotetica identità culturale, etnica e/o religiosa assumendo in tal caso toni nazionalisti e razzisti. Nella sostanza sono accomunati dalla contestazione radicale della democrazia rappresentativa. E' quindi in atto un mutamento profondo sotto il profilo politico e costituzionale che comporta la messa in discussione del modello di stato costituzionale che si era affermato al termine del secondo conflitto mondiale.

La democrazia dei partiti di cui si sono nutriti i nostri studi negli anni passati sembra ormai un dato remoto e sostituita dalla più aggiornata democrazia del pubblico, nella quale i partiti cedono spazio alla personalizzazione, l'organizzazione alla comunicazione, mentre le identità collettive si indeboliscono, compensate dalla fiducia personale diretta nella figura di un *leader*. E' questo dato che è divenuto uno dei profili centrali nel più recente sviluppo delle istituzioni e, di riflesso, nel dibattito scientifico.

La tendenza a privilegiare la figura di un *leader* politico indica poi il progressivo rafforzamento di una concezione personalistica del potere particolarmente accentuata quando i candidati vincenti sono figure mediatiche, cioè coloro che hanno una maggiore capacità di utilizzare le tecniche della comunicazione politica.

Il ruolo rafforzato di un *leader* va situato in un quadro più ampio che vede la scomparsa del ruolo mediatore tradizionale dei partiti e della rappresentanza collocata nelle Assemblee rappresentative. Mentre si sta consolidando una concezione della *leadership* politica personale ben lontana dalla idea del governante confrontantesi con l'opposizione nell'aula parlamentare, unica sede istituzionale in cui impegnare la responsabilità politica. Ciò è agevolato dai mezzi aggiornati di comunicazione politica. Si aggiunga l'affermarsi del modello plebiscitario, in cui il predominio della domanda (le pulsioni emotive della gente) è solo apparente, mentre il predominio dell'offerta, cioè della volontà del *leader*, è assai reale.

Deve sottolinearsi che in Italia il cedimento dell'asse partiti-rappresentanza-Parlamento è particolarmente accentuato portandosi così il sistema politico a gravitare apparentemente sul Governo ma sostanzialmente sul vertice dell'esecutivo oggi composto da una triade in cui il Presidente del Consiglio risulta debole mediatore fra i due Vicepresidenti che appaiono come i reali detentori del potere di indirizzo politico. Dunque è vero che è scomparsa la «società di classe» novecentesca e con essa quel sistema dei partiti che ne costituiva la proiezione politico-istituzionale. Sono entrati così in sofferenza i complessi meccanismi della rappresentanza politica democratica, intesa come processo politico e come rapporto che si snoda nel tempo, esprimendo un legame permanente tra la società e gli eletti, con l'Assemblea rappresentativa come luogo in cui unificare la pluralità degli interessi rappresentati, per dare forma politica ad una società sempre più complessa e frammentata.

Su queste premesse appare veramente problematico pensare in modo realistico a una sorta di rinascita del partito tradizionale inteso, fra l'altro, come canale di collegamento fra base sociale e assemblee rappresentative. In tale prospettiva si è parlato di una riconsiderazione della forma partito e della necessità di avere partiti «leggeri» ma funzionanti, con procedure democratiche sia per la scelta del *leader* (e l'attivazione della sua responsabilità) sia per l'individuazione dei candidati alle cariche pubbliche, con metodi di selezione interna garantiti o con elezioni primarie. Diventerebbe in tal senso di vitale importanza costruire formazioni politiche che fossero in grado, certo, di sostenere il *leader*, ma anche di renderlo politicamente responsabile e di sostituirlo quando ciò si rendesse necessario, pena una inaccettabile sorta di de-istituzionalizzazione della figura medesima. Si aggiunga che accanto alla riflessione sul ruolo dei partiti si rivelerebbe essenziale riprendere anche il dibattito su una regolamentazione delle lobbies e dei gruppi di pressione, per il loro ruolo di attori politici.

## 6. LA TRASFORMAZIONE DEL CONCETTO DI CITTADINANZA

Per quanto riguarda il regime dei diritti fondamentali, un grande mutamento si è verificato e ancora è *in fieri* con riferimento al nuovo ruolo assunto dallo straniero in quanto migrante proveniente da diverse aree culturali col proposito di permanere per qualche tempo o definitivamente nel territorio europeo di accoglienza. La tendenza evidente è nella direzione di un progressivo inesorabile superamento della cittadinanza storica legata al territorio (e quindi al principio di sovranità territoriale statale) come *status* giuridico di titolarità potenziale di diritti e doveri propri soltanto del tradizionale cittadino in quanto intimamente legato a una certa sovranità statale.

Ecco che il legame con il territorio e il burocratico concetto ottocentesco di cittadinanza cedono il campo a concezioni dei diritti fondamentali sostanzialistiche e maggiormente inclusive rispetto alla figura del migrante. A certe condizioni lo straniero diviene una componente obbligata della realtà sociale.

Il collante indispensabile per la tenuta complessiva dell'ordinamento sembra condurre a una concezione della cittadinanza di tipo diverso da quella politica, cui si aggiunge senza sostituirla. È la cittadinanza sociale, che riconosce quel livello minimo di garanzia dei diritti attribuibile allo straniero.

Pertanto, si comprende che, se lo stesso concetto di cittadinanza muta, svincolandosi in una certa misura dal legame con il territorio per perseguire un fine sociale che non può non includere la complessa figura del migrante, di conseguenza anche l'intero assetto istituzionale è destinato a mutare laddove non sia già mutato.

Il migliore perseguimento degli scopi universalistici delle costituzioni liberal-democratiche sta conducendo, se non altro in forza di nuovi strumenti di diritto internazionale, ad una maggiore apertura dello stato sociale verso soggetti non più pienamente identificabili in relazione ad un chiaro legame con un dato territorio. Tale apertura incide positivamente sui flussi migratori ma determina drammatici problemi di sostenibilità del sistema economico in grado di innescare altri e diversi mutamenti istituzionali. Emerge con evidenza, quindi, la rilevanza del fenomeno migratorio per riconoscere un nuovo regime dei diritti fondamentali: le transizioni sociali derivanti dai fenomeni migratori internazionali si intrecciano con inevitabili transizioni istituzionali.

Lo straniero è diventato centrale nelle politiche legislative degli stati. E ciò in base a scelte interne ma soprattutto in virtù di normative convenzionali.

È stato a causa del fenomeno dell'ingresso sempre più consistente di stranieri extracomunitari che gli stati hanno dovuto prendere coscienza della insufficienza delle tradizionali normative interne sul regime giuridico dello straniero.

L'abnorme incremento delle presenze con migrazioni di massa verso l'Europa sconvolge molte tradizionali impostazioni. Oggi accanto allo straniero, diciamo generico, c'è il migrante richiedente asilo e il migrante c.d. economico. Per tutti questi nuovi protagonisti delle società nazionali vi sono discipline vecchie e nuove che sicuramente arricchiscono il panorama dei diritti riconosciuti.

Occorre tuttavia sottolineare che le convenzioni internazionali riconoscono diritti ma ad un tempo pongono limiti a protezione cautelativa del tradizionale ordinamento sovrano.

Si veda ad es. l'art. 2, par. 3 del protocollo 4 della CEDU che salvaguarda l'ordine pubblico statale, da intendersi come difesa dei valori essenziali della società democratica che nei vari stati attribuiscono valore ed efficacia alle rispettive comunità statali. Ogni sistema comprensibilmente cerca di proteggere la propria concezione dei valori di base che consentono una regolata convivenza civile. Un solido nucleo di principi europei unificanti esiste e appare veramente problematico pensare che non debba fare argine a valori culturali con questo incompatibili. Quindi tolleranza e rispetto delle diversità non possono non trovare nei valori costituzionali irrinunciabili necessari confini nel procedere alla soluzione di tutti i casi di insanabile contrasto fra culture anche giuridiche. E questa esigenza sembra porsi come moderatrice inevitabile della ampiezza di ampliamento dei diritti degli stranieri.

In questo panorama, parlare di multiculturalismo riferito alla presenza di una molteplicità di concezioni culturali comprendenti le diverse culture giuridiche è perfettamente lecito e non pone problemi.

Questi però sorgono quando si prescinda dalla semplice presa d'atto della diversità e si verifichi una collisione fra diverse culture che pretenda avvicinare o addirittura sovrapporre una cultura a un'altra dovendosi constatare come le stesse si rivelano non sempre compatibili. E' a questo profilo conflittuale del multiculturalismo che ci si riferisce tutte le volte che soggetti parte di una cultura diversa da quella di una maggioranza dominante, e quindi minoritari, invocano una deroga alla concezione prevalente dei valori in modo da salvare il proprio modo di concepire la garanzia dei diritti fondamentali.

A questo punto sia in sede politica che dottrinale si manifesta in Europa un drammatico interrogativo che riguarda il livello di cedevolezza dei principi che tutelano in ogni stato la identità culturale nazionale per fa posto alla tutela delle composite multiformi identità delle comunità di stranieri che progressivamente si radicano sul territorio statale.

Secondo un orientamento discutibile, identità autoctona e nuove identità di minoranze culturali provenienti dall'esterno dell'ordinamento dovrebbero trovarsi fra loro bilanciate consentendo in certi casi il prevalere di queste ulti-

me. Bilanciamento che comporterebbe un atteggiamento recessivo da parte del diritto costituzionale di tradizione liberale. E a tal punto occorre sottolineare che la identità culturale maggioritaria, diciamo «autoctona», che è certamente rapportabile allo stato liberaldemocratico di diritto, non può essere considerata recessiva a favore di minoranze che nel momento in cui decidono di insediarsi sul territorio devono riconoscerne e rispettarne i valori di riferimento.

L'espandersi delle migrazioni, con la presenza di nuove comunità di cultura spesso lontana da quella europea, implica la messa in discussione della cittadinanza tramite l'estensione dei diritti al di là della barriera della cittadinanza statale tradizionale ma fa anche emergere in modo drammatico la incompatibilità di parte dei valori di cui i migranti sono portatori con quelli irrinunciabili previsti dalle costituzioni e dalle carte di diritti europee.

## 7. COME CONCLUSIONE

L'attuale criticità della situazione dei nostri Paesi si presta a considerare una vasta congerie di problemi che caratterizzano da tempo non solo l'ambito sociale, politico ed economico ma anche quello giuridico.

I costituzionalisti da sempre seguono lo sviluppo delle nostre istituzioni in cui l'esperienza nazionale si intreccia continuamente con quella europea e più ampiamente internazionale. L'espandersi delle migrazioni, con la presenza di nuove comunità di cultura spesso lontana da quella europea, implica la messa in discussione della cittadinanza tramite l'estensione dei diritti al di là della barriera della cittadinanza statale tradizionale ma fa anche emergere in modo drammatico la incompatibilità di parte dei valori di cui i migranti sono portatori con quelli irrinunciabili previsti dalle costituzioni e dalle carte di diritti europee.

Lo sviluppo della ricerca produce nuove conoscenze e nuove modalità di affrontare e soddisfare bisogni considerati essenziali per l'uomo in ambito sanitario e ambientale. Ad un tempo porta ad interrogarci sulla compatibilità di simili innovazioni con un concetto consolidato di dignità della persona.

Nell'ambito politico e sociale le istituzioni risentono di modi nuovi di concepire la politica soprattutto per quanto riguarda la validità o meno del tradizionale concetto di rappresentanza che comporterebbe il permanere del ruolo dei partiti quale tramite fra cittadini e istituzione parlamentare. Ad un tempo il prorompente ingresso sulla scena politica di movimenti populistici e il prevalere del ricorso alle più aggiornate tecniche di comunicazione mediatica stanno consolidando una concezione della *leadership* politica personale ben lontana dalla idea del governante confrontantesi con l'opposizione nell'aula

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

parlamentare, unica sede istituzionale in cui impegnare la responsabilità politica. Il tutto in uno scenario istituzionale che ha visto in pochi anni degradarsi rapidamente la costruzione della Unione Europea la cui problematica legittimazione sussiste solo grazie al prestigio della giurisprudenza delle corti sopranazionali che continua ad essere assistita dalla tenacia con cui il ceto dei giuristi ha deciso di non abbandonare l'ideale dell'integrazione.

# UNO SGUARDO AL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

ROBERTO ROMBOLI\*  
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. La relazione tra *iusdictio* e *gubernaculum* come cuore del costituzionalismo: la diversa legittimazione. 2. La valorizzazione dell'attività interpretativa dei giudici comuni ed i limiti alla loro funzione creativa di diritto. 3. Il giudizio costituzionale come parte integrante del procedimento legislativo e la Corte costituzionale come terza camera. Critica. 4. La crisi della democrazia rappresentativa e la crisi economica quali espressioni delle attuali difficoltà del costituzionalismo. 5. Il ruolo delle costituzioni nazionali nella dimensione sovranazionale quali espressione della identità culturale del Paese. La tendenza della Corte costituzionale all'«accentramento»: il caso della interpretazione conforme e quello della efficacia delle interpretazioni della Cedu da parte della Corte di Strasburgo. 6. Segue. Il versante della Unione Europea: la legittimazione della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale; la conclusione del caso Taricco e la «deroga» alla consolidata giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità. 7. Riferimenti bibliografici.

---

\* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

1. LA RELAZIONE TRA *IURISDICTIO* E *GUBERNACULUM* COME CUORE DEL COSTITUZIONALISMO: LA DIVERSA LEGITTIMAZIONE

Gli organizzatori di questo interessante convegno ci propongono, per la sessione conclusiva, un tema niente affatto facile: esprimere un giudizio su quale potrà essere il futuro del costituzionalismo. Un tema certamente affascinante e sul quale molti colleghi si sono espressi, alcuni in senso, anche drasticamente, pessimistico, altri invece ottimistico, alcuni con analisi impietosamente distruttive, altri invece in maniera costruttiva.

Il mio intervento, dopo aver ricordato alcuni aspetti attualmente ancora in discussione con riguardo alle vicende del costituzionalismo su base statale, prende atto che, per indicare una qualche previsione per il futuro, non si possa che ragionare sulla base di una dimensione sovranazionale e ricercare in questa il ruolo attuale e futuro della nostra Costituzione e del costituzionalismo.

E' quanto mi pare mostrare il bellissimo logo che appare sulla locandina di questo congresso dove compaiono due numeri (40 e 70) che si tengono sottobraccio, rappresentativi dell'anniversario delle costituzioni italiana e spagnola, in un cerchio di stelle espressivo dell'Unione Europea.

L'anniversario delle due costituzioni ci ricorda come il costituzionalismo sorge su base statale e trova il suo fondamento nella fondamentale scelta di riconoscere alla Costituzione un carattere rigido, nel senso di fissare un rapporto gerarchico nel sistema delle fonti con riguardo al suo rapporto con la legge ordinaria del parlamento. Si volle, come efficacemente ha scritto Leopoldo Elia, «porre in cassaforte» principi e diritti fondamentali in maniera tale da sottrarli alle scelte della futura maggioranza parlamentare, ad evitare che potessero ripetersi eventi quali l'approvazione di leggi razziali, di cui questo anno ricorrono gli ottanta anni.

La Costituzione, pur non essendo priva di principi aventi carattere generale e più ampio, ha altresì come principali destinatari i cittadini ed infatti, quella italiana, fa espressamente riferimento a questi ultimi, allorchè sancisce il principio di eguaglianza, formale e sostanziale (art. 3), la libertà di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17), di associazione (art. 18). Una limitazione che poi, come noto, sarà superata in via di interpretazione.

La rigidità della Costituzione segna definitivamente la fine della sovranità assoluta della legge con il passaggio dal piano della legalità a quello della costituzionalità, determinando all'evidenza un differente ruolo nel sistema per il legislatore e per i giudici (costituzionale e comuni).

La realizzazione dello stato costituzionale, attraverso il superamento della concezione della onnipotenza della legge, in quanto espressione della sovra-

nità popolare e la necessità di realizzare una tutela dei diritti fondamentali anche nei confronti della maggioranza parlamentare, va infatti ad incidere in maniera decisiva sul ruolo che lo stato costituzionale medesimo assegna e richiede dall'autorità giudiziaria.

La scelta a favore di una costituzione rigida determina la creazione di una carta avente valore di fonte del diritto, come tale rivolta non solo al legislatore, ma anche al giudice il quale è quindi chiamato, se del caso, a farne diretta applicazione.

Trattasi inoltre di una fonte non solo collocata in posizione superiore rispetto alla legge, ma pure qualitativamente differente dalla stessa, nel senso di esprimersi principalmente per principi e non per regole.

Questo non può non determinare un ampliamento del potere interpretativo del giudice, chiamato a farne applicazione e pertanto preliminarmente ad interpretarne il contenuto.

La natura di costituzione rigida determina altresì la necessità di individuare un giudice competente a sanzionare eventuali violazioni della Costituzione da parte del legislatore ed un procedimento attraverso il quale poter sanzionare tali violazioni.

Nasce così nell'Europa continentale la giustizia costituzionale, che eserciterà una influenza formidabile sul ruolo del giudice e della giurisdizione nello stato costituzionale.

Alessandro Pizzorusso (2011) ha dato ad un suo scritto del 2011, un titolo assai significativo ed espressivo: «una invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale».

E' infatti indubbio che la giustizia costituzionale determina una rottura della linea di confine che aveva tradizionalmente separato la giurisdizione dalla legislazione, dando una spinta notevole alla realizzazione di un diritto giurisprudenziale accanto al tradizionale diritto politico.

Le finalità maggiormente sottolineate ed unanimemente condivise sono, con riguardo al costituzionalismo, quelle, tra loro strettamente connesse, di porre dei limiti ai poteri pubblici e di riconoscere e tutelare i diritti fondamentali.

Nel perseguimento di queste finalità l'atto del legiferare e l'atto di giudicare subiscono, come detto, una notevole trasformazione ed è per questo che, anche di recente, il cuore del costituzionalismo è stato individuato da Giuliano Amato (2018) nella relazione tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, per i quali diversa è la legittimazione nel sistema costituzionale.

In proposito Paolo Caretti (2016) si è chiesto se l'evoluzione cui stiamo assistendo nei rapporti tra legislatore e giudice in ordine alla produzione del diritto, debba qualificarsi come un fenomeno di natura patologica, a seguito

della perdita di rappresentatività del primo e quindi della quasi inevitabile funzione di supplenza del secondo oppure, al contrario, sia da ritenere funzionale al passaggio da uno stato liberale ad uno costituzionale e sociale.

Il noto costituzionalista fiorentino giunge alla conclusione che l'evoluzione debba ritenersi di natura fisiologica, specialmente là dove rifiuta di schierarsi a favore o contro uno dei due partiti: quello dei giudici, secondo cui questi sarebbero oggi, causa la crisi di rappresentatività dei soggetti politici, i veri ed unici garanti dei diritti dei cittadini e quello contro i giudici, che parla invece di imperialismo giurisdizionale, come una deriva da combattere ed uno stravolgimento, causa l'attivismo sfrenato dei giudici, dei rapporti tra legislativo e giudiziario.

A giudizio di Caretti (2016) infatti il rapporto tra i due soggetti nella tutela dei diritti non deve porsi in termini conflittuali, bensì di «necessario concorso» e di «reciproco condizionamento», dal momento che «lo stato costituzionale per reggere e svilupparsi ha bisogno di entrambe le gambe: quella politica e quella giurisdizionale».

Ritengo la conclusione a favore della natura fisiologica del fenomeno del tutto condivisibile, come pure, sul piano dei principi, non può non essere giudicato favorevolmente il criterio del «necessario concorso» e del «reciproco condizionamento», anche se non possiamo eludere una domanda: sul piano della identificazione e della tutela dei diritti – momenti solo apparentemente davvero separabili, risultando in concreto facce della stessa medaglia – la posizione del giudice e quella del legislatore è dunque identica? Oppure la collaborazione, ovviamente richiesta e necessaria, deve svolgersi con forme, modi, poteri e limiti diversi?

Per questo la necessità di porre non certamente una sorta di impossibile *actio finium regundorum* tra i due soggetti, bensì, provare a puntualizzare quali sono i rispettivi limiti, anche in considerazione della loro diversa legittimazione nel sistema.

E partendo da quest'ultima – sul tema dei limiti tornerò più avanti – quella del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso ed a lui rimane altresì l'ultima

parola anche nei riguardi di dichiarazioni di incostituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività anche «creativa» del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge e dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate.

Elemento di primaria importanza, in contrapposizione con quanto accade per l'attività politica, è poi costituito da quella che da Mauro Cappelletti (1984) è stata chiamata la «processualità» dell'agire del giudice e, più recentemente, da Alfonso Di Giovine (2010) l'«armatura ferrea» con cui lo stesso deve procedere, tale da porre un intervallo visibile tra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto. Intendo riferirmi al principio della domanda, per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, all'obbligo comunque di decidere, nonché a quello, fondamentale, di motivazione delle proprie decisioni.

In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio di legalità costituzionale e di soggezione del giudice solo alla legge (*rectius* al diritto).

Superata, e comunque a mio avviso certamente non condivisibile, la posizione, definita di recente da Giusi Sorrenti (2018), di «radicalismo democratico», la quale vede con sospetto gli organi di garanzia in quanto non rappresentativi, non eletti e tali da pretendere di porre dei limiti e di controllare l'operato di organi democraticamente eletti dal corpo elettorale.

Una simile posizione può condurre alla conclusione, effettivamente sostenuta in Italia da rappresentanti di primo piano delle istituzioni, secondo cui un soggetto, in quanto eletto dai cittadini non potrebbe essere sottoposto ad un giudizio, neppure penale, da parte di organi non eletti (quali ad esempio i giudici). Chi non ricorda la scena finale del film «il Caimano» di Nanni Moretti?

Proprio in questi giorni il vicepresidente del consiglio dei ministri italiano, Luigi Di Maio si è espresso duramente nei confronti di un giudizio negativo espresso dalla Banca d'Italia nei confronti delle scelte e dell'attività del governo, invitando i dirigenti di tale istituzione a candidarsi alle elezioni politiche ed a sottoporsi al giudizio del corpo elettorale.

Questa purtroppo la cultura costituzionale della classe politica italiana e la loro concezione degli organi di garanzia, fortemente voluti dai nostri Costituenti e che caratterizzano la Costituzione italiana come estremamente ricca di garanzie contro un possibile ritorno al passato.

Il paradosso del costituzionalismo, ha scritto Giuliano Amato (2018) è quello di identificare la democrazia con la democrazia maggioritaria e la democrazia rappresentativa.

Con riguardo agli organi di garanzia, collocati in posizione eccentrica rispetto all'asse dell'indirizzo politico e funzionali al riequilibrio del monismo parlamentare, Pizzorusso (1983) ha parlato di questi come di una componente culturale da affiancare al circuito principale di natura politica, con il compito di proteggere i principi supremi ed i diritti inviolabili da arretramenti determinati da esigenze del momento veicolate dalle maggioranze di turno.

## 2. LA VALORIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA DEI GIUDICI COMUNI ED I LIMITI ALLA LORO FUNZIONE CREATIVA DI DIRITTO

Parlare oggi del futuro del costituzionalismo e del ruolo delle costituzioni nazionali appare chiaro che significa ragionare su una dimensione sovranazionale.

In proposito appare altresì oramai del tutto minoritaria, e forse superata, la visione di un costituzionalismo multilivello organizzato in maniera piramidale e gerarchica, e questo impone di chiederci quale sia il ruolo del costituzionalismo e delle costituzioni per il perseguimento di quelle che abbiamo indicato come le finalità maggiormente sottolineate: il porre dei limiti all'attività dei poteri pubblici e la individuazione e garanzia dei diritti fondamentali.

Appare sempre più evidente come la limitazione dei poteri fuoriesca oramai, per molti casi, dal campo nazionale, dovendosi confrontare con la rete delle interdipendenze di quello che Habërle chiama lo stato costituzionale cooperativo o aperto.

Molte le ragioni, da ultimo ricordate anche da Ridola (2018) che hanno contribuito alla nascita dello «stato aperto», fra cui la crescita delle comunicazioni tra culture anche distanti; la generalizzazione del patrimonio comune per i diritti umani; lo sviluppo di organizzazioni sovranazionali; i processi migratori; gli scambi del commercio giuridico su scala transnazionale; il rilievo crescente della comparazione.

Le istituzioni calibrate sul piano nazionale si trovano pertanto, come da più parti rilevato, incapaci di dare risposte alle istituzioni della globalizzazione e di predisporre efficaci forme di controllo ed il fenomeno della globalizzazione, come noto, non concerne solamente il mercato, ma investe altresì i diritti fondamentali.

Ogni stato ormai possiede solo un frammento di sovranità e, come sostiene Habèrle (2018), si è passati da una situazione di assoluta supremazia delle costituzioni verso un assetto che l'illustre studioso definisce di «costituzioni parziali», non raccordate secondo un criterio gerarchico, bensì sul piano dei contenuti, esprimendo così una tendenza ad un patrimonio comune dei diritti ed assegnando, specie a livello sovranazionale, una centralità alla tutela dei diritti.

Da questo ne deriva una valorizzazione delle relazioni (oramai identificate con il termine impreciso ed abusato di «dialogo») fra giudici sovranazionali e giudici nazionali di diversi paesi e di diverso livello.

La valorizzazione è giustificata sia dalla esigenza in alcuni casi di ricorrere ad una tutela sovranazionale quale integrazione di vuoti o lacune (ad es. le c.d. zone franche) mostrate dall'ordinamento nazionale, sia soprattutto dal fatto che, specie nei riguardi di alcuni fenomeni, la tutela statale si è rivelata palesemente inadeguata a fronteggiarli ed ancora di più in quanto la fondamentale attività di bilanciamento tra i diversi principi e valori costituzionali non può più essere limitata al livello nazionale, in presenza di diverse carte aventi tutte un contenuto sostanzialmente costituzionale. Ma su quest'ultimo aspetto tornerò successivamente.

Anche il ruolo delle costituzioni nazionali pertanto non può che, almeno parzialmente, modificarsi, con valorizzazione non solo e non tanto della loro supremazia gerarchica, quanto della loro capacità di adeguarsi ad un certo quadro di valori materiali.

In tal senso convincono le affermazioni di Paolo Ridola (2018) secondo cui la supremazia della Costituzione si misura sugli spazi assiologici che essa dispiega piuttosto che su dati formali e sul terreno della interpretazione piuttosto che dello schema conformità/difficoltà, da qui la centralità dell'interpretazione della Costituzione e la crescita corrispondente degli strumenti di giustizia costituzionale.

Per questo, nella stessa linea, la valorizzazione delle norme di principio contenute nelle costituzioni le quali vanno oltre il testo e verso il miglior risultato possibile per la tutela dei diritti fondamentali, con conseguente ampliamento e valorizzazione delle interpretazioni dei giudici comuni.

Al proposito si pone di necessità il problema di ragionare sui limiti che si pongono all'attività interpretativa-creativa di diritto da parte dei giudici.

Allo scopo ritengo che si debba distinguere tra quelli che potremmo chiamare «diritti costituzionali» e quelli che potremmo definire «diritti legali».

Con il secondo termine intendo indicare quelle situazioni per le quali la Costituzione «consente» una certa soluzione e disciplina, ma non la «impone», lasciando quindi la realizzazione di un determinato diritto alla sfera della deci-

sione politica ed alle regole della maggioranza parlamentare, alla quale spetterà di valutare l'evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale ecc.

Per questo può verificarsi che venga correttamente giudicata, in tempi diversi ma anche tra loro abbastanza ravvicinati, non confliggente con i principi costituzionali sia una scelta limitativa o addirittura negativa con riguardo ad un determinato diritto, sia una scelta che, al contrario, riconosca e garantisca quello stesso diritto o un particolare aspetto del medesimo.

La necessità di un intervento del legislatore in varie occasioni viene segnalata dalla giurisprudenza comune, oltrechè ovviamente da quella costituzionale, e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

Nel caso invece di diritti che trovano il loro sicuro fondamento nella Costituzione («diritti costituzionali»), è necessario distinguere ulteriormente a seconda che vi sia stato in materia un intervento attuativo da parte del legislatore oppure che questi abbia ritenuto di non intervenire.

A fronte di un intervento del legislatore il giudice può valutare se la disciplina sia o meno conforme ai principi costituzionali, dovendo dapprima comunque sperimentare, come detto, la possibilità di dare ad essa un'interpretazione (consentita ovviamente dal testo della legge) tale da attribuirle un significato costituzionalmente conforme e, qualora ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il problema si pone in termini ovviamente diversi allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina.

In questo caso, a meno di non contraddire il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. E' quanto sembra verificarsi nel caso dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il noto caso di Giorgio Welby).

La nota teoria crisafulliana delle «rime obbligate», da tempo fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, parrebbe potersi applicare anche ai giudici comuni, ovviamente non con riguardo alla parte demolitoria delle decisioni manipolative, bensì a quella ricostruttiva.

L'applicazione della Costituzione può pertanto essere effettuata anche direttamente dal giudice, pur se in termini ed efficacia diversi rispetto a quelli riconosciuti al legislatore.

Può utilmente richiamarsi in proposito la nota decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 113/2011).

Nella motivazione della decisione, ed ai fine della applicazione della medesima, la Corte si rivolge sia al legislatore che al giudice, seppure in termini diversi: «spetterà (...) ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione» e «al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

Il compito del legislatore viene quindi espresso in termini di «eventualità», mentre quello del giudice di «doverosità», sottolineando la delicatezza e la particolarità dell'operazione interpretativa («il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni reattive al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico con l'obiettivo perseguito (...) prime fra tutte (...) quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato»).

Quale esempio di un «diritto legale» e di un «diritto costituzionale», dell'ipotesi cioè di un diritto che trova fondamento nella Costituzione e di un diritto la cui realizzazione dipende invece dalle scelte del legislatore, può essere ricordata la distinzione che emerge dalla recente giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo tra il diritto ad una vita familiare o di coppia ed il diritto al matrimonio.

La Corte europea ha sostenuto che l'art. 12 Cedu non esclude, né impone agli Stati di introdurre una legislazione nazionale che riconosca il matrimonio omosessuale, lasciando questi liberi di decidere in base alla situazione sociale e culturale del paese, mentre ha affermato che le relazioni omosessuali rilevano non solo come «vita privata», ma pure come «vita familiare», allo stesso titolo della coppia eterosessuale e che pertanto le differenze di trattamento,

basate sull'orientamento sessuale possono essere giustificate solo sulla base di ragioni particolarmente «*imperieuses*» (Corte europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria).

La Corte costituzionale, mentre ha negato che il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali abbia un fondamento costituzionale, ha ricondotto tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», riconoscendo alla stessa «il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

Appare quindi evidente il diverso spazio che nelle due ipotesi (diritto al matrimonio e diritto alla vita familiare e di coppia) viene riservato all'attività interpretativa del giudice al quale, solamente nel secondo caso – similmente a quanto accaduto con riguardo al rapporto tra coppie sposate e coppie conviventi «*more uxorio*» – viene richiesto di valutare quando un trattamento differenziato tra coppie omosessuali e coppie sposate integri una discriminazione vietata dalla Costituzione oppure sia giustificato dalla realizzazione di principi costituzionali.

### 3. IL GIUDIZIO COSTITUZIONALE COME PARTE INTEGRANTE DEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO E LA CORTE COSTITUZIONALE COME TERZA CAMERA. CRITICA

Con riguardo più specificamente ai Giudici costituzionali il diverso ruolo che attualmente rivestono le costituzioni nazionali e la necessità di perseguire una interpretazione della legge che tenda al perseguimento di contenuti materiali, ha determinato la valorizzazione di certi strumenti e di certe tecniche decisorie, tra le quali spicca in maniera particolare il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità nell'ambito dell'attività di bilanciamento.

Paolo Ridola (2018) ha parlato in proposito di «stato costituzionale dei bilanciamenti», ponendo in proposito il problema dei limiti di azione del Giudice costituzionale («dispotismo dei saggi») nel rispetto del modello di giustizia costituzionale disegnato dai Costituenti e dal legislatore costituzionale e ordinario.

Secondo Ridola (2018) la centralità dell'interpretazione della Costituzione e la crescita corrispondente degli strumenti di giustizia costituzionale (sebbene con i problemi di legittimazione democratica) non trovano più giustificazione in un'astratta ricostruzione piramidale, ma in una trasformazione

profonda del ruolo delle costituzioni e non vale replicare che allora la efficacia normativa di una costituzione si risolve tutta nella interpretazione dei Giudici costituzionali, perché essa non matura in una maniera autoreferenziale o separata dal pluralismo, ma rientrano nel processo pubblico nell'ambito del quale si misurano come interlocutori (la «società aperta degli interpreti della Costituzione») e sono condizionate da altre istituzioni politiche e dall'opinione pubblica. Il ruolo delle Corti costituzionali quindi sarebbe, a giudizio di Ridola (2018), quello di razionalizzare il processo di decisione politica.

In un significato simile si è espresso pure Mario Dogliani (2017), il quale ha scritto che, di fronte al grande malato rappresentato dal parlamento e dal principio rappresentativo, gli interventi della Corte costituzionale sono qualificabili come interventi arbitrari, necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo. Per questo l'intervento della Corte si porrebbe su un piano di parità rispetto a quello parlamentare e non dovrebbe essere visto come un controllo «nemico», estraneo al processo di produzione della legge, bensì quale un controllo cooperativo. Il compito della dottrina sarebbe quello di introdurre e far penetrare questa nuova idea del controllo di costituzionalità.

In termini analoghi la posizione di Antonino Spadaro (2017), il quale ha osservato come la Corte, piaccia o no, è ormai diventata una terza camera e le decisioni sono decisioni politiche, seppure espresse in forma giurisdizionale.

In una recente ed interessante monografia dedicata al giudizio in via incidentale, Giorgio Repetto sostiene che, venuto meno un indirizzo politico che tiene insieme Corte costituzionale e legislatore, i diritti fondamentali sono l'unico orizzonte di una giustizia costituzionale ormai emancipata dalla relazione biunivoca «precettività costituzionale-attuazione costituzionale». Pertanto i diritti fondamentali sono visti come un elemento in grado di influenzare il modo di essere del giudizio incidentale e delle sue regole e la ragione giustificativa del corso più recente della giurisprudenza costituzionale, con la conseguenza che sarebbe possibile un diverso modello del medesimo giudizio, strutturato nei termini di una diretta derivazione della sua ragion di essere dalla tutela dei diritti fondamentali.

La Corte quindi dovrebbe porsi a metà strada tra politiche e principi, aiutando, da un lato, il giudice nella determinazione del diritto da applicare al caso, scaricandolo anche della applicazione di una legge incostituzionale e, dall'altro, vigilando che il giudice non si spinga oltre i principi, invadendo il campo proprio delle politiche legislative. Una Corte pertanto titolare di una

funzione mediana, tra le aspettative di giustizia espresse dai giudici e la salvaguardia della democrazia dei processi di deliberazione politica. In conclusione, secondo Repetto (2017), le Corti costituzionali oggi sarebbero organi che hanno dei poteri, ma senza essere esse stesse un potere, essendo dotate di una «legittimazione di competenza» che fa delle medesime una sorta di «istituzioni invisibili» o «istituzioni della riflessività».

In proposito varrebbe la pena di chiedersi se quello appena ricordato sia il modello di giustizia costituzionale scelto, anche se per certi aspetti non sempre con piena consapevolezza, dai nostri Costituenti e legislatori costituzionale e ordinario in attuazione del dettato costituzionale.

La giustizia costituzionale ha la funzione di tutelare i principi ed i valori contenuti nel testo costituzionale nei confronti delle scelte politiche della maggioranza di turno, con l'effetto di poter cancellare le leggi incostituzionali e liberare il giudice dalla soggezione alla legge (attraverso la previsione della via incidentale), la quale lo vincola solamente se lo stesso risulta essere conforme ai precetti costituzionali.

Una forma quindi di controllo, esterno all'attività legislativa, attuato per questo con forme giurisdizionali ed attraverso le vie di accesso espressamente indicate, che valgono in maniera decisiva a qualificare il tipo di controllo (astratto o concreto).

Così la via incidentale (un controllo accentrato, ma ad iniziativa diffusa) è tale da inquadrare il nostro modello tra quelli «misti», diverso cioè dai classici modelli nordamericano e austriaco ed è la via di accesso risultata per molti anni quasi unica, per la mancata previsione di altre vie di accesso, presenti invece in altre esperienze europee di giustizia costituzionale, pur sempre inquadrata tra i modelli misti.

Una Corte costituzionale che partecipa, a livello paritario con le camere elette, al procedimento legislativo, come terza camera, produrrebbe, a mio avviso, un mutamento del nostro modello di giustizia costituzionale, avvicinandolo assai a quello francese, prima della riforma costituzionale del 2008, non a caso inserito tra i modelli di controllo politico in contrapposizione a quelli di natura giurisdizionale.

Nella logica di una cooperazione nello svolgimento dell'attività legislativa, sarebbe forse più coerente prevedere un controllo preventivo sull'intera legislazione ordinaria, ad iniziativa di soggetti politici o comunque legittimati da un interesse generale o addirittura, come per il controllo del Presidente della repubblica, in maniera automatica, indipendentemente da qualsiasi richiesta.

La logica infatti pare esulare quasi totalmente dalla tutela dei diritti fondamentali per centrarsi sulla esigenza di leggi dotate di ragionevolezza-universalità.

Potremmo chiederci se l'introduzione di un modello affatto diverso da quello previsto, con la conseguente necessità di rivedere *funditus* tutta una serie di principi e di istituti, sia possibile attraverso la giurisprudenza costituzionale ed il compito della dottrina debba essere quello di una presa d'atto di quanto si suppone si sarebbe verificato in via di fatto.

Come convincentemente rileva Otto Pfersmann (2017) decidere e ragionare secondo criteri extra-giuridici e di natura politica rende la conformità alla Costituzione contingente, indebolisce lo stato di diritto e corrode la continuità costituzionale.

#### 4. LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E LA CRISI ECONOMICA QUALI ESPRESSIONI DELLE ATTUALI DIFFICOLTÀ DEL COSTITUZIONALISMO

Con una certa frequenza alcuni elementi più di altri vengono indicati come espressione della grande difficoltà del costituzionalismo di perseguire le sue finalità o della incapacità dello stesso di porsi come efficace strumento per la realizzazione dei diritti dei cittadini e per garantirli in uno spazio globalizzato.

Tali elementi sono individuati in particolare nella crisi della democrazia rappresentativa e delle istituzioni democratico-rappresentative e ancora più nella crisi economica e dello stato sociale che ha fatto crescere le disuguaglianze ed ha creato sfiducia nelle istituzioni democratiche.

Sul primo aspetto una crisi dello stato costituzionale è esattamente individuata nel populismo, in quanto ostile alle istituzioni, antipluralista, antiparlamentare, sulla base della finzione della esistenza di una omogenea volontà popolare (Habërle, 2018).

La deriva populistica, come osserva Gaetano Silvestri (2004), corrode la logica di equilibrio che pervade la democrazia costituzionale in quanto, in nome del rapporto privilegiato del capo con il popolo, salta non solo ogni limite interno al sistema, ma non si ha neppure bisogno di alcuna giustificazione esterna al potere.

Recentemente Balaguer (2018) ha parlato di una involuzione democratica «interna», dovuta alle grandi piattaforme che gestiscono le reti sociali ed internet, per i quali non basta pensare ad una loro regolamentazione, trattando-

si di un cambio di paradigma, per cui dovremmo chiederci cosa cambiare del diritto costituzionale del nostro tempo per adattarlo alle reti sociali.

Il costituzionalismo, a giudizio di Balaguer (2018), assume un ruolo marginale oggi in relazione a conflitti sociali e processi politici oggi definiti con altre chiavi, esterne o interne, diverse da quelle abituali del costituzionalismo, il quale trova difficoltà a garantire i diritti del cittadino in uno spazio globalizzato ed il secolo XXI sta risultando un secolo «aconstitucional», per la inefficacia per molti aspetti della Costituzione, dovuto a fattori esterni ed interni.

Secondo Enzo Cheli (2018) la vitalità di una costituzione si misura sul suo radicamento nella società e la vera riforma dovrebbe riguardare la vita interna dei partiti politici e la correttezza dell'uso di strumenti della competizione politica, ai fini di una corretta rappresentazione della volontà popolare.

Sul secondo aspetto, il complesso dei diritti sociali riconosciuto da tutte le costituzioni del dopoguerra risulta adesso minacciato dalla crisi economica e dalla necessità di rispettare i limiti fissati dalla appartenenza alla UE ed alla moneta unica.

Con questo assisteremo ad un paradosso: la crisi attuale conduce al riaffermarsi di esigenze primarie di tutela che vedono il ritorno della povertà, con la crisi economica sono tornati i poveri e con loro l'esigenza di assicurare la tutela di diritti primari. Di fronte a ciò assistiamo ad un sostanziale regresso *in primis* proprio dei diritti sociali.

Come accade in situazioni di crisi, i primi bersagli sono gli ultimi arrivati, ossia gli stranieri e per questo il rapporto tra immigrazione e welfare diviene uno dei temi più problematici delle società contemporanee, facendo sorgere conflitti sociali e risentimento dei cittadini verso gli stranieri, visti come usurpatori di risorse spettanti invece ai primi (ad es. assegnazione degli alloggi, prestazioni assistenziali).

Il problema che si pone al legislatore ed ai giudici è stabilire fino a quando sia giustificabile il far prevalere gli obblighi attinenti ad una certa appartenenza statale verso obbligazioni universali che superano i confini politici e vanno verso la universalizzazione dei diritti umani.

Anche a questo proposito dobbiamo interrogarci su chi debba ritenersi il soggetto più idoneo al perseguimento di queste innovazioni imposte dalla attuale crisi economica ed a quale livello sia necessario o più efficace operare.

Le due differenti forme di creazione del diritto presentano elementi comuni e differenti e soprattutto pregi e difetti, realizzando certamente il diritto politico in maniera più efficace il principio di certezza, stante la natura astratta, generale ed efficace *erga omnes*, mentre il diritto giurisprudenziale appare più concreto e idoneo a percepire le modificazioni che vengono a realizzarsi e

quindi le richieste di riconoscimento di diritti sociali in una particolare momento storico.

In proposito si è parlato di una contrapposizione tra una Europa politica e sociale ed una Europa dei giudici, sostenendo alcuni che, pur non sottraendo ai giudici il ruolo di garanti dei diritti, il potere di individuare i diritti e scegliere sul bilanciamento tra gli stessi deve essere riservato ai politici ed alle forze sociali, essendo insufficiente una strategia basata sui giudici, i quali non possono esercitare un ruolo sostitutivo della legge. Nello stesso senso è stato sostenuto pure che ogni politica sociale si fonda su un'offerta tendenzialmente universalistica di servizi sociali, per cui le scelte debbono tener conto del punto di equilibrio socialmente desiderabile tra esigenze dell'efficienza ed esigenze dell'equità e che tali scelte non possono che essere prese dai soggetti politicamente responsabili e cioè dai parlamenti.

Secondo altri invece, nella costanza assenza della politica, il futuro dei diritti sociali sarà ancora nelle mani dei giudici, i quali sono chiamati a supplire agli egoismi ed ai tatticismi dei differenti stati e decisivo sarà il rapporto tra i differenti giudici ossia quello che viene comunemente definito il «dialogo tra le corti».

In ordine al secondo aspetto il tema assai discusso concerne l'individuazione del livello nazionale o di quello sopranazionale come più idoneo per una nuova disciplina dei diritti sociali.

La posizione assolutamente prevalente è nel secondo senso, sul presupposto che i problemi sociali ed economici sono di portata mondiale e possono essere risolti solo da una effettiva cooperazione fra stati e persone a seguito di una adeguata governance globale che proietti il dovere di solidarietà sociale dal livello statale a quello globale.

E' stato infatti sostenuto che le risposte finora espresse per contrastare gli effetti della crisi economico-finanziaria mostrano una grande debolezza, prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali nazionali e del loro ancoraggio a solidarietà sociale organizzate o almeno in parte finanziate a livello europeo.

Il problema deve quindi essere affrontato e sostenuto a livello più ampio e da un'entità più attrezzata quale l'UE, la quale sola può incidere su una situazione per cui le istituzioni come il WTO, la Banca mondiale e le altre sedi internazionali dettano le coordinate finanziarie, spesso sacrificando i diritti sociali alle libertà economiche e sono però sottratte al potere politico.

A livello europeo non si è riusciti a costruire una vera attribuzione di diritti individuali sociali, stante l'adozione di una moneta unica senza una vera

politica fiscale ed economico-finanziaria comune, ciò ha condotto ad una contrapposizione tra un'Europa dei mercanti ed un'Europa sociale.

Non è comunque mancato chi ha sostenuto la necessità di un ritorno alla sovranità seppur limitata degli stati nazionali tale da politicizzare l'economia ed indirizzarla verso politiche volte a sostenere l'unità dello stato per rafforzarlo al fine di poter sostenere il confronto con i mercati finanziari.

In definitiva sono della opinione che i problemi che gli stati nazionali si trovano oggi ad affrontare a seguito della crisi economica non siano causati dalle imposizioni che ci derivano dall'Europa, né dal Fiscal compact, senza delle quali gli stati sarebbero stati liberi di spendere quanto credono aumentando così la spesa pubblica ed il debito statale.

Credo che l'equilibrio finanziario sia un valore costituzionale, ma non in sé e per sé, prescindendo cioè da come lo stesso viene perseguito e che se è vero che i diritti sociali come diritti a prestazioni sono condizionati dalla disponibilità di risorse finanziarie, è altrettanto vero che è sempre stato così, per cui mi sembra eccessivo scaricare gli effetti della crisi sullo stato sociale.

Infatti se il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è un dato definito e non illimitato, non lo è la distribuzione di quel totale tra i vari impieghi. La questione allora non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente un certo diritto sociale (salute, istruzione ecc.), ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni.

In altri termini se si vuole scaricare tutto sullo stato sociale non si dica che ciò è una necessità dell'attuale crisi economica, in quanto essa è una precisa scelta politica e non un obbligo.

## 5. IL RUOLO DELLE COSTITUZIONI NAZIONALI NELLA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE QUALI ESPRESSIONE DELLA IDENTITÀ CULTURALE DEL PAESE. LA TENDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALL'«ACCENTRAMENTO»: IL CASO DELLA INTERPRETAZIONE CONFORME E QUELLO DELLA EFFICACIA DELLE INTERPRETAZIONI DELLA CEDU DA PARTE DELLA CORTE DI STRASBURGO

Il futuro delle costituzioni come quella italiana è nello svolgere un ruolo importante e decisivo per connotare la identità politica e culturale del nostro paese, soprattutto, come ha sottolineato Maurizio Fioravanti (2018), attraverso

le norme di principio in essa contenute, quali ad esempio il principio di eguaglianza sostanziale.

La identità politica e culturale del paese è elemento al quale anche di recente ci si è richiamati a vario titolo e per differenti ragioni e finalità: ad esempio al fine di collaborare alla formazione di una nozione di «tradizioni costituzionali comuni» oppure a concretizzare principi e valori ai quali non è possibile rinunciare neppure per la creazione di un ordinamento condiviso come quello dell'Unione Europea (i c.d. contro limiti) o ancora allorchè vengano in considerazione tematiche sensibili per le quali deve essere riconosciuto un margine di apprezzamento ai singoli stati. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al tema della eutanasia e delle dichiarazioni di fine vita oppure a quello del matrimonio per le coppie dello stesso sesso.

La costituzione, come osserva Ridola (2018), è chiamata a presidiare uno spazio di sovranità quando si tratta di garantire un nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, ma allo stesso tempo a dare copertura allo spostamento di segmenti di sovranità a sedi di decisione non statale, meglio adeguate alla nuova realtà.

In definitiva la realizzazione del principio della «unità nella diversità», attraverso la affermazione della propria identità culturale e costituzionale, pur nella consapevolezza che oggi lo spazio non può più essere quello statale, bensì sovranazionale.

Il futuro sta pertanto nella capacità di costituzionalizzare l'Unione Europea e di rafforzare le istituzioni europee verso una migliore integrazione, recuperando a livello sovranazionale le funzioni delle costituzioni nazionali per un diritto basato sui valori.

A questo fine un ruolo molto importante è quello che sono chiamati a svolgere i giudici nazionali ed in particolare i Giudici costituzionali, nelle loro relazioni con i giudici sovranazionali, specie con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Forse è nella consapevolezza di questa delicata funzione, non interamente delegabile ai giudici comuni, che in questi ultimi anni stiamo assistendo, da parte della Corte costituzionale italiana, ad una tendenza ad «accentrare» nel processo costituzionale una serie di funzioni che negli anni precedenti la Corte aveva preferito, per varie ragioni, «delegare» ai giudici, seguendo un disegno di «diffusione» del controllo di costituzionalità delle leggi ed a porre, con riguardo specialmente alla Corte di giustizia, il problema del momento in cui scendere in campo. Ciò nella convinzione che non si tratta tanto di stabilire chi può dire l'«ultima parola», quanto di fissare il momento più conveniente del proprio intervento per una migliore tutela dei diritti, che può anche significare

la necessità di dire la «prima parola», come accaduto nella ipotesi che adesso riassumerò della doppia pregiudizialità.

Espressioni di questa tendenza possono essere individuate, sia a proposito dell'istituto della interpretazione conforme, sia sul versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, sia con quella di Lussemburgo.

Rinviando anche a quanto ho avuto occasione di scrivere in proposito in altra occasione, vedo di riassumere in estrema sintesi tali espressioni.

Riguardo alla interpretazione conforme, a partire dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso la Corte costituzionale ha invitato, poi obbligato, i giudici a procedere, prima di sollevare questione di costituzionalità, a tentare di superare i vizi di costituzionalità attraverso una lettura della legge costituzionalmente conforme alla Costituzione.

Ugualmente il problema si è posto, *mutatis mutandis*, per l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea o alla Cedu, come interpretata dalla Corte europea.

In conseguenza del nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale abbiamo assistito ad un calo evidentissimo delle questioni di costituzionalità sollevate attraverso la via incidentale, che hanno fatto parlare di una «crisi» di tale via di accesso, segnalata regolarmente nelle conferenze di fine anno da parte dei presidenti della corte ed imputata principalmente alla tecnica della interpretazione conforme.

Nel corso del 2015 abbiamo assistito ad una modificazione, o forse più correttamente ad una significativa integrazione della giurisprudenza costituzionale sulla interpretazione conforme. La possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste più, a giudizio della Corte, un significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità.

Seguendo la precedente, consolidata, giurisprudenza la Corte avrebbe infatti dovuto dichiarare la inammissibilità della questione, con invito al giudice a seguire la interpretazione conforme, mentre adesso fa rientrare la verifica della interpretazione conforme nel merito della questione, riprendendosi quindi, almeno in parte, la competenza a giudicare sulla stessa.

La nota frase contenuta nella sent. 356/1996 («le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma *perché è impossibile* darne interpretazioni costituzionali»), è stata modificata nel senso che è adesso sufficiente per il giudice motivare in modo plausibile la scelta di non seguire una

interpretazione che supera i dubbi di costituzionalità, dal momento che la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione.

Con riguardo alla relazione con la Corte di Strasburgo, l'aver riconosciuto che la Cedu possa operare come parametro interposto per il giudizio di costituzionalità delle leggi, ha inevitabilmente esteso anche ad essa il criterio della interpretazione conforme, dal momento che il giudice che intende sollevare la questione di costituzionalità in riferimento ad una disposizione della Cedu, deve necessariamente confrontarsi con la interpretazione della stessa, quale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu. Tuttavia il dovere del giudice ordinario di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione viene subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sent. 49/2015).

La Corte costituzionale, con le sentenze del 2007 (nn. 348 e 349) conosciute come le «sentenze gemelle», ha affermato il principio secondo cui la Cedu nel giudizio di costituzionalità delle leggi, sia che assuma la veste di parametro interposto che di oggetto, deve essere assunta nel significato dato alle disposizioni dalla giurisprudenza della Corte Edu. L'anno successivo la Corte specificò le precedenti affermazioni, nel senso di un monopolio interpretativo in capo alla Corte Edu, la cui interpretazione doveva pertanto essere considerata vincolante per il giudice (sent. 39/2008).

La Corte ha provveduto successivamente a ridimensionare la predetta giurisprudenza, riservandosi la valutazione circa la misura in cui la Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisce nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ciò è avvenuto attraverso il riferimento al criterio della tutela più intensa da riconoscere ai diritti fondamentali, nel senso che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai condurre ad una riduzione del livello di tutela; a seguito della affermazione secondo cui «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» e di quella per cui alla Corte «compete (...) di apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi».

La nostra Corte ha infine osservato come nei rapporti con la Corte Edu, i giudici nazionali non debbono ritenersi passivi recettori di un comando esegetico impartito in una pronuncia della prima ma – proprio la logica del confronto costruttivo tra diversi giudici e quindi del carattere progressivo del diritto giuri-

sprudenziiale, privo di un vertice – impone che solo un «diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo, tranne nel caso di «sentenza pilota» (sent. 49/2015).

## 6. SEGUE. IL VERSANTE DELLA UNIONE EUROPEA: LA LEGITTIMAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE AL RINVIO PREGIUDIZIALE; LA CONCLUSIONE DEL CASO TARICCO E LA «DEROGA» ALLA CONSOLIDATA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ

Sul versante delle relazioni con la Corte di giustizia, sono da segnalare tre elementi assai significativi relativi, rispettivamente, alla legittimazione del Giudice costituzionale a proporre un rinvio pregiudiziale, al fenomeno dei c.d. contro limiti nella vicenda Taricco e, più recentemente, a quello della doppia pregiudizialità.

Sul primo, per un lungo periodo la Corte costituzionale aveva escluso di poter essere qualificata come autorità giudiziaria come tale legittimata al rinvio, sollecitando in varie forme il giudice comune a «dialogare» con la Corte di giustizia ed instaurando così quello che è stato efficacemente chiamato un «dialogo per interposta persone».

In maniera improvvisa, quasi come fulmine a ciel sereno, nel 2008 (ord. 103) la Corte ha operato per la prima volta il rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio in via principale, dando particolare enfasi alla mancanza in questo caso di un giudice legittimato a fare il rinvio ed escludendo quindi, *a contrario*, la possibilità per essa di proporre in rinvio in caso di giudizio in via incidentale.

Cosa che invece, senza alcuna specifica motivazione sul punto, la Corte ha fatto cinque anni dopo (ord. 207/2013) e ripetuto nel 2017 (ord. n. 24/2017).

Molto nota la vicenda Taricco legata al tema dei controlimiti, per la quale la nostra Corte – in maniera molto energica, giudicata da alcuni troppo energica – aveva sostanzialmente chiesto alla Corte di giustizia di rivedere la propria precedente interpretazione contenuta in una pronuncia con cui aveva risposto al rinvio pregiudiziale di un giudice italiano.

La Corte di giustizia (sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17) ha affermato che spetta al giudice nazionale verificare se il regime della prescrizione determini una situazione di incertezza che contrasterebbe con il principio di de-

terminatezza della legge applicabile ed ha rilevato che, se così fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, neppure se ciò servisse a rimediare ad una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione Europea.

A proposito della rilevata tendenza all'«accentramento» del controllo delle leggi da parte della Corte costituzionale, l'Avvocatura dello Stato ed una delle parti costituite nel giudizio costituzionale avevano chiesto alla corte, sulla base di quanto affermato dalla sentenza Taricco II, di procedere alla restituzione degli atti ai giudici a quibus, al fine di consentire loro di procedere al riesame della questione ed in particolare di svolgere, sul caso specifico, quella valutazione che la Corte di giustizia aveva domandato ai giudici nazionali.

La Corte costituzionale al contrario ha escluso la necessità di una restituzione degli atti, affermando perentoriamente che «l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto».

In ordine alla doppia pregiudizialità, costante era la giurisprudenza costituzionale nel senso che nel caso in cui una legge ponesse dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e con la Costituzione, il giudice dovesse rivolgersi prioritariamente alla Corte di Lussemburgo.

Nel 2017 (sent. 269) la Corte costituzionale ha introdotto una «deroga» rispetto alla consolidata giurisprudenza, fondata sulle conseguenze derivanti dal Trattato di Lisbona ed in particolare dal riconoscimento della efficacia pari ai Trattati della carta di Nizza, ora CDFUE. La deroga riguarda infatti proprio questa Carta, in considerazione del fatto, sottolinea la Corte costituzionale, che essa è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e diritti ivi enunciati intersecano in larga misura i principi ed i diritti garantiti dalla Costituzione, per cui ovvia la possibilità di un contrasto contemporaneamente con la Costituzione e con la Carta.

A giudizio della Corte, le ragioni del controllo accentrato, a fondamento della architettura costituzionale, richiedono in questi casi un intervento *erga omnes* della stessa Corte. Essa procede ad affermare la «deroga» alla precedente giurisprudenza, sostenendo che di fronte ad una legge nei confronti della quale siano possibili dubbi di conformità sia con la Costituzione, sia con la

CDFUE, «il giudice deve sollevare questione di costituzionalità», fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità, ai sensi dell'art. 267 del Trattato.

Un problema che potrebbe porsi è quello relativo alla vincolatività, per i giudici comuni, della «nuova» regola stabilita dalla Corte costituzionale e delle misure attraverso le quali farla rispettare.

Finora era accaduto che la precedenza *al rinvio pregiudiziale* veniva «imposta» ai giudici attraverso la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità, tutte le volte in cui risultava la possibilità-doverosità di rivolgersi anche alla Corte di giustizia.

Lo stesso chiaramente non potrà esser fatto valere nei confronti dei giudici che non rispettino la priorità costituzionale, in caso di doppia violazione della Costituzione e della CDFUE.

Per questo potremmo forse parlare di un «invito» rivolto ai giudici dalla Corte costituzionale, privo però di possibili sanzioni, dal momento che è difficile ipotizzare che la Corte di giustizia chieda, in questi casi, al giudice nazionale di rivolgersi prima alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale sostiene che, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, il giudice potrà anche disapplicare la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, «per altri profili», la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

L'espressione «per altri profili», non presente nella giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata dalla nostra Corte, ha dato luogo a dubbi di compatibilità con tale giurisprudenza, come ho tentato di evidenziare in altro scritto, e che però non è stata riprodotta in una recentissima decisione (sent. 20/2019) con la quale la Corte costituzionale è tornata sull'argomento. In essa infatti si afferma che «resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria».

## 7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMATO, G. (2018), Passato, presente e futuro del costituzionalismo, *Nomos*, 2.  
BALAGUER CALLEJÓN, F. (2018), Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI, *Nomos*, 2.  
CAPPELLETTI, M. (1984), *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano.  
CARETTI, P. (2016), Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio, in Cardone, A.; Donati, F.; Grisolia, M. C.; Tarli Barbieri G.

- (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio, Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- CHELI, E. (2018), I settanta anni della Costituzione italiana, Prime indicazioni per un bilancio, *Nomos*, 2.
- DI GIOVINE, A. (2010), Potere giudiziario e democrazia costituzionale, in Sicardi, S. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DOGLIANI, M. (2017), La sovranità (perdita?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale, in Romboli, R. (a cura di) *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino.
- FIORAVANTI, M. (2018), Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno, *Nomos*, 2.
- HÄBERLE, P. (2018), Il costituzionalismo come progetto della scienza, *Nomos*, 2.
- PFERSMANN, O. (2017), Giustizia costituzionale tra politica e diritto, in Romboli, R. (a cura di) *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino.
- PIZZORUSSO, A. (2011), Una invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli.
- PIZZORUSSO, A. (1983), La magistratura nel sistema politico italiano, in Busnelli, F. (a cura di), *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, Milano.
- REPETTO, G. (2017), *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- RIDOLA, P. (2018), Il costituzionalismo e lo stato costituzionale, *Nomos*, 2.
- ROMBOLI, R. (2013), Derechos sociales fundamentales y libertades económicas frente a la crisis, in Escuredo Rodríguez, R.; Cano Bueso, J. (Dirs.) *Crisis económica y modelo social, La sostenibilidad del estado de bienestar*, Editorial Universidad de Almería, Almería.
- (2016), Los derechos fundamentales entre el juez y el legislador, *Revista de investigaciones jurídica, Escuela libre de derecho*, México, 40.
- (2018), Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, *Il Foro italiano*, I.
- (2018), La influencia del Cedh y de la jurisprudencia del Tedh en el ordenamiento constitucional italiano, *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 187-220.
- SILVESTRI, G. (2004), Popolo, populismo e sovranità, Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra populismo e democrazia, in Brunelli, G.; Pugiotto, A.; Veronesi, P. (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, V, sez. I, Editoriale Scientifica, Napoli.

- SORRENTI, G. (2018), Radicalismo democratico e democrazia costituzionale, in Carrozza, P.; Messerini, V.; Romboli, R.; Rossi, E.; Sperti, A.; Tarchi, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa University Press, Pisa.
- SPADARO, A. (2017), Sulla intrinseca «politicalità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei, in Romboli, R. (a cura di) *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino.

# **DINAMICHE COSTITUZIONALI. SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'ESPERIENZA ITALIANA**

MARIA PIA IADICICCO

Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Famiglia e filiazione: testo costituzionale, trasformazioni socio-culturali, sviluppi legislativi e giurisprudenziali. 3. Vocazione espansiva e complessità del diritto costituzionale alla salute. 4. Limiti materiali e formali della revisione costituzionale, dalla sentenza n. 1146 del 1988 al dibattito sulle riforme. 5. Concludendo sulle modifiche tacite. Precisioni terminologiche e necessaria contestualizzazione storica del tema. 6. Riferimenti bibliografici.

## 1. INTRODUZIONE

Il 2018 è stato un anno in cui, non soltanto in Italia, sono cadute grandi ricorrenze di estremo significato non solo storico, ma anche propriamente giuridico. Prima di tutto, in Italia come in Spagna, è ricorso l'anniversario dell'entrata in vigore delle rispettive Carte costituzionali, documenti giuridici fondanti il nuovo ordinamento costituzionale, che hanno segnato un mutamento, una rottura, con le pregresse e nefaste esperienze di regimi autoritari.

Non di meno, nel 2018 ulteriori ricorrenze hanno interessato molti altri Stati oggi appartenenti all'Unione Europea: 60 anni fa entrò in vigore il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, sottoscritto a Roma dai sei Paesi fondatori delle tre originarie comunità europee; 25 anni fa or sono fu istituita l'Unione Europea ad

opera del Trattato di Maastricht, apogeo del faticoso e non per questo compiuto processo di integrazione politica tra i quindici Stati sottoscrittori; poco più di un decennio è trascorso dal tortuoso procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona, stipulato dopo il fallimentare tentativo di adottare una costituzione per l'Europa.

Se nei riguardi delle prime ricorrenze è sempre molto frequente l'atteggiamento celebrativo, talvolta degenerante nella mera retorica, gli anniversari europei coincidono con una fase estremamente delicata per l'Unione Europea, di recente segnata da crisi molto profonde, come quella economico-finanziaria, quella migratoria, la Brexit, l'implosione dei movimenti «sovranisti».

Le vicende connesse al processo di integrazione europea sono quelle che segnano e si legano in maniera più significativa con l'esperienza dei singoli Stati nazionali. Il lungo e sempre faticoso processo di integrazione sovranazionale ha dato luogo, nel corso della sua esperienza, ad intrecci e interdipendenze sempre più forti, tanto che oggi, più di ieri, si ritiene che la prospettiva più adeguata per qualsiasi riflessione costituzionalistica sia quella del «diritto pubblico europeo», un diritto che non è solo quello dell'Unione Europea, ma comprende tutto il diritto che «istituzionalizza, guida e limita l'esercizio di potere pubblico nello "spazio giuridico europeo"» (Bogdandy, Grabenwarter, Huber, 2015). Non v'è dubbio infatti che solo ponendosi in questa cornice più ampia, la quale supera le frontiere degli Stati nazionali, è possibile comprendere alcuni tra i più imponenti fenomeni evolutivi che hanno interessato molti ordinamenti nazionali e condizionato le scelte delle istituzioni statali. E pure chi non manca di rilevare le problematiche e le non poche contraddizioni nascenti dall'incerta natura dell'ordinamento dell'Unione Europea<sup>1</sup>, non per questo giunge a negare che proprio quella esperienza abbia determinato le più profonde modificazioni dell'ordinamento costituzionale, compiute senza alcuna formale revisione della Carta costituzionale italiana, la quale oggi, come settanta anni fa, si lega alla costruzione europea sulla «ammorsatura giuridica»<sup>2</sup> offerta dall'art. 11.

Non può pertanto che ritenersi velleitario qualsiasi tentativo di scindere l'esperienza costituzionale italiana da quella europea, illudendosi che gli sviluppi dell'una non influiscano anche sull'altra. Del resto, le stesse origini della Costituzione italiana e le scelte dell'Assemblea costituente non potrebbero essere pienamente colte se non si considerasse il contesto internazionale nel quale la nascente Repubblica italiana era immersa. Eppure, anche limitandosi ad osservare i soli sviluppi interni dell'ordinamento giuridico italiano, ugualmen-

---

<sup>1</sup> Famosa la mitologica immagine dell'ermafrodito utilizzata da Giuliano Amato per descrivere l'ambiguità dell'esperienza europea, recentemente ribadita in Id. (2018, 562).

<sup>2</sup> L'espressione è di CALAMANDREI (1947, 24 ss.) ed è stata di recente ripresa ed efficacemente sviluppata da FARAGUNA (2017, 63).

te si potrebbero individuare altre importanti ricorrenze che cadono proprio nell'anno 2018. Procedendo in ordine cronologico e comunque attraverso una selezione degli avvenimenti più rilevanti della storia costituzionale italiana, si deve ricordare che esattamente 50 anni fa, nel 1968, le lotte del movimento studentesco ed operaio determinarono una significativa svolta dell'ordinamento italiano sulla via dell'attuazione ed espansione dei principi e diritti costituzionali (Barbera, 2015, 289). Nel decennio successivo furono approvate importanti leggi di riforma e, tra queste, proprio nel 1978, la legge n. 194 sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e la legge n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

Dieci anni dopo, una delle più note sentenze della Corte costituzionale italiana ha riconosciuto nei principi supremi il limite invalicabile per qualsiasi atto di modificazione della Costituzione repubblicana, compresi quelli approvati con il procedimento di cui all'art. 138 Cost. e, dunque, con fonte di rango costituzionale. Nel 1998, a distanza di 10 anni da quella pronuncia, é fallito il secondo tentativo di grande riforma della Costituzione, condotto con procedimento in deroga all'art. 138 Cost., attraverso l'istituzione di una Commissione bicamerale per le riforme istituzionali.

Un decennio dopo, con la bancarotta di Lehman Brothers, il 2008 é passato alla storia come l'anno della peggiore crisi economico-finanziaria conosciuta nel mondo occidentale dal 1929, di fronte alla quale l'Unione Europea si é scoperta «istituzionalmente disarmata» e per questo costretta a «dotarsi di un variegato e controverso strumentario anticrisi» (Benvenuti, 2018, 302), le cui ricadute in Italia, anche sul piano costituzionale, hanno costituito il principale oggetto di studi della scienza (non solo) costituzionalistica nell'ultimo decennio.

Oltre agli eventi appena richiamati, nei periodi che decorrono tra le annualità citate molte altre vicende normative ed istituzionali hanno segnato l'esperienza costituzionale italiana. Sebbene, anche solo per ragioni di contenimento, ci si è limitati a menzionare soltanto quelle che cadono esattamente nei decenni pregressi, sembra possibile offrire delle stesse una chiave di lettura unitaria. Più precisamente le riflessioni che seguiranno vogliono, in primo luogo, porre in luce un tratto caratteristico di qualsiasi ordinamento giuridico, ovvero quello della sua dinamicità, evidenziando come questa caratteristica investa pure le norme apicali dell'ordinamento costituzionale.

Seguendo l'ordine degli avvenimenti richiamati, si intende appuntare l'attenzione su alcune forme e direzioni del «moto» della Costituzione (Luciani, 2013) e prioritariamente su quelle che si sono sostanziate in processi di concretizzazione della stessa, compiuti anche all'esito di interpretazioni evolutive del testo costituzionale, per poi da lì proseguire ad esaminare due casi emblematici, alla luce dei

quali condurre una riflessione sulle forme e sui limiti della revisione costituzionale. L'obiettivo che, in ultima analisi, ci si prefigge non è tanto quello di confermare una nota periodizzazione della storia repubblicana – per cui ai primi 30 anni, concentrati sulla attuazione costituzionale, hanno fatto seguito gli ultimi 40, dove l'attenzione si è spostata sulle riforme<sup>3</sup> –, quanto quello di affrontare la controversa tematica delle modifiche tacite della Costituzione, al fine di tentare di fare chiarezza su tale nozione.

## 2. FAMIGLIA E FILIAZIONE: TESTO COSTITUZIONALE, TRASFORMAZIONI SOCIO-CULTURALI, SVILUPPI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

Cinquanta anni or sono, anche in Italia, giunsero forti contestazioni provenienti dal mondo studentesco e poi diffuse in quello operaio. Si è trattato di un fenomeno imponente con ricadute notevoli su molteplici piani, compreso quello politico-istituzionale, chiamato a rispondere non solo alle lotte sociali, ma anche allo «scoppio» – termine quanto mai appropriato – del terrorismo stragista. Per quanto qui più propriamente rileva, il movimento sessantottino ha segnato una profonda trasformazione della coscienza sociale, un mutamento di costumi, abitudini e modi di pensare, ancor più incisivo di quello che negli anni precedenti era stato determinato dal miracolo economico italiano. Quel fermento non rimase senza conseguenze pure sul piano degli sviluppi dell'ordinamento giuridico: dopo il '68 furono approvate importanti riforme legislative, che spaziavano dal mondo del lavoro, a quello delle relazioni familiari, dando nuovo impulso alla tardiva attuazione di alcune parti della Costituzione avviata, non senza indolenza, negli anni precedenti. Non di meno, echi di quel movimento possono rinvenirsi pure nella giurisprudenza costituzionale ed, emblematicamente, nella svolta compiuta con la sentenza n. 126 del 1968, con la quale il giudice delle leggi, ribaltando le conclusioni cui era addivenuto appena sette anni prima (sent. n. 64/1961), ha dichiarato incostituzionale la previsione del Codice penale del 1930 che puniva il solo adulterio femminile. Nonostante l'invarianza dei parametri costituzionali, il differente esito della medesima questione di legittimità costituzionale è stato argomentato proprio attraverso il richiamo ad una mutata «realtà sociale» ed alla «nuova» coscienza collettiva, le quali non consentivano più di giustificare il differente trattamento sanzionatorio dei comportamenti adulterini dei coniugi.

---

<sup>3</sup> PIZZORUSSO (2006, 495 ss.); DOGLIANI, MASSA PINTO (2017, 140 ss.).

Ulteriori riferimenti all'evoluzione della «coscienza sociale» e delle «convinzioni collettive» non sono mancati anche in decisioni della Corte costituzionale di poco successive<sup>4</sup> e in altre pronunciate più in là nel tempo, come le due ordinanze nn. 176/88 e 586/88 riguardanti le regola legislativa (implicita) dell'automatica attribuzione ai figli del cognome paterno. Queste ultime, seppur con sensibilità diversa e con esiti che non sono stati quelli della dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>5</sup>, hanno rimarcato la direzione nella quale si muoveva la coscienza sociale, che era quella della piena parità dei coniugi anche nei confronti dei figli; una evoluzione dei costumi sociali ai quali né la Corte, né gli organi rappresentativi potevano restare indifferenti. E, di fatti, già subito dopo il 1968, molti interventi legislativi hanno testimoniato l'attenzione anche del legislatore all'evoluzione della coscienza sociale specie (ma non solo) nel settore del diritto di famiglia.

Quanto conta evidenziare, proprio a partire dall'*overruling* del 1968, è che i mutamenti interpretativi relativi all'art. 29 Cost. non possono propriamente qualificarsi come modifica tacita della Costituzione. Nonostante la difficile identificazione di questo fenomeno, il quale può sostanziarsi in molteplici forme e attraverso il differente apporto di soggetti istituzionali e forze politiche e sociali, né nel caso citato, né nei successivi interventi legislativi – rispetto ai quali, debbono comunque svolgersi ulteriori considerazioni – può rinvenirsi quell'effetto modificativo del testo costituzionale, che più di ogni altro connota, accomunandole, le varie ipotesi di modifica tacita o impropria del Costituzione. Più precisamente, quanto alla svolta compiuta dalla Corte costituzionale con la sentenza del 1968 sull'adulterio, non può dirsi che essa sia stata determinata dall'esigenza di correggere<sup>6</sup> l'interpretazione dell'art. 29, co. 2, Cost. fornita dal giudice costituzionale solo pochi anni addietro, in quanto rivelatasi, non solo non al passo con i tempi, ma persino contraria alla lettera del testo costituzionale. Tanto l'una quanto l'altra

---

<sup>4</sup> In linea di perfetta continuità (anche temporale) si v. la sent. n. 127/68 di illegittimità costituzionale dell'art. 151 cc., relativo al regime eccezionale del marito adultero nella separazione coniugale. V. poi anche la sent. n. 147/69 sull'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato e relazione adulterina.

<sup>5</sup> Incostituzionalità cui la Corte costituzionale è pervenuta soltanto nel 2016 con la sent. n. 286, laddove ancora nel 2006, con la sent. n. 61, pur riconoscendo il *vulnus* costituzionale al principio di uguaglianza tra i coniugi derivante dalla regola dell'attribuzione del cognome solo paterno ai figli, aveva pronunciato una sentenza di inammissibilità, sollecitando il legislatore ad intervenire.

Il cognome di famiglia, con persistente prevalenza di quello maschile nelle coppie eterosessuali sposate, e il cognome nelle unioni civili, sono temi a tutt'oggi centrali nel dibattito politico e sociale italiano. Da ultimo, al riguardo, si v. C. Cost., sent. n. 212 del 2018.

<sup>6</sup> Diversamente per FIORAVANTI (2016, 22) «I giudici del 1969 non dicono dunque che si deve rivedere la decisione semplicemente perché i tempi sono cambiati. Essi dicono piuttosto, in modo implicito ma netto, che la sentenza del 1961 era errata già allora perché ignorava il principio di uguaglianza sancito nella Costituzione repubblicana, considerando legittimo sanzionare in modo diverso due soggetti che avevano compiuto il medesimo atto, soltanto perché di sesso diverso».

decisione si sono mosse nel recinto del testo dell'art. 29 Cost. pur dando luogo ad esiti differenti quanto al bilanciamento tra i due principi ivi enunciati, ovvero quello della pari dignità giuridica e morale dei coniugi e quello dell'unità familiare. In sostanza, se fino al 1968, la Corte aveva ritenuto non irragionevole che il legislatore del 1930 avesse sanzionato penalmente la sola infedeltà della moglie, non solo per «la maggiore gravità della offesa che (...), in conformità della comune opinione», essa arrecava rispetto alla infedeltà del marito<sup>7</sup>, ma anche perché è lo stesso art. 29 Cost. a consentire limitazioni alla parità dei coniugi per garantire l'unità familiare, dopo il mutamento culturale e sociale vissuto dal Paese nella temperie del '68, il giudice costituzionale, facendo proprio il mutato quadro dei rapporti coniugali, ha statuito che il mantenimento del differente trattamento tra marito e moglie quanto alle conseguenze dell'infedeltà coniugale avrebbe determinato un «grave nocimento all'unità familiare»<sup>8</sup>, ritenendo perciò che proprio l'uguaglianza dei coniugi costituisca il presupposto per il mantenimento della stessa (Biondi, 2013, 16 ss.). Nella decisione del 1968, il giudice costituzionale ha dunque capovolto la regola del conflitto tra gli interessi di cui all'art. 29 Cost. fissata dal legislatore penale del 1930 ed ha riconosciuto come preminente la parte più innovativa della disposizione costituzionale sul rapporto coniugale, quella che sancendo l'eguale dignità dei coniugi (anche nei confronti dei figli<sup>9</sup>) rompeva con la tradizionale concezione della famiglia patriarcale (Manetti, 2010, 6), con ciò imprimendo un'ulteriore spinta propulsiva alla riforma del diritto di famiglia di lì a poco intervenuta nel 1975.

Discorso non molto dissimile può essere condotto nei riguardi delle dinamiche che hanno interessato un altro articolo contenuto nel Titolo II della Prima parte della Costituzione, l'art. 30 relativo ai figli nati fuori dal matrimonio, nei confronti dei quali i genitori hanno i medesimi doveri e diritti esercitabili

---

<sup>7</sup> Tenuto conto – per riprendere le parole della Corte nella sent. n. 61/1961 – che l'illecita condotta della donna è da ritenersi, sempre «per valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale» coefficiente di maggiore disgregazione della unità familiare, per la sminuita reputazione nell'ambito sociale, per il turbamento psichico che sulla prole può determinare «il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo», nonché per il pericolo di introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito.

<sup>8</sup> Sent. n. 126/1968: «il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita – più o meno severamente – rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale». Invero, «da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e dell'intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere la piena parità con l'uomo».

<sup>9</sup> Quanto alla posizione dei coniugi nei confronti dei figli, il principio di uguaglianza troverà pieno dispiegamento solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975 (che ha riconosciuto la potestà genitoriale di entrambi i genitori, sostituita poi con le riforme del 2012-2013 con la responsabilità genitoriale), laddove, invece, fino alla novella del 1975 il giudice costituzionale ha salvato le disposizioni sulla patria potestà.

nei confronti dei figli legittimi (co. 1), anche se la tutela giuridica e sociale dei primi è affidata alla legge «compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima» (co. 3). Questa clausola di compatibilità fu inserita dai Costituenti proprio per temperare la forte carica innovativa e dirompente impressa dal principio di parità giuridica dei figli, a prescindere dalle condizioni di nascita, e quale ulteriore garanzia dell'unità e stabilità della famiglia legittima fondata sul matrimonio tra i genitori.

Com'è stato efficacemente evidenziato (Lamarque, 2006, 627 ss.) l'interpretazione dell'art. 30 Cost. ha subito, a partire soprattutto dagli anni '70, una radicale svolta: se nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione la disposizione è stata interpretata, anche dalla giurisprudenza costituzionale, alla luce delle disposizioni del Codice civile del 1942 – che prevedeva per i figli naturali, adulterini e incestuosi un trattamento giuridico differente e progressivamente deteriore rispetto a quello dei figli legittimi –, successivamente il limite di compatibilità è stato gradualmente accantonato fino all'equiparazione di figli legittimi e illegittimi, ritenuta da alcuni frutto di una tardiva ma necessitata attuazione della Costituzione (Bessone, 1976, 93 ss.). A ben vedere, non manca chi ha visto in questo accantonamento della clausola di compatibilità – realizzatasi già a partire dalla legge sull'adozione speciale (l. n. 431/67), seguita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. n. 151) – non già un'attuazione del disposto costituzionale dell'art. 30, sul punto certamente compromissorio, se non ambiguo<sup>10</sup> (Biagi Guerini, 1989, 19), ma un vero e proprio scavalcamento del testo costituzionale da parte della legge ordinaria andata, per alcuni aspetti, decisamente *oltre* (Cattaneo, 1991, 99 ss.; Patti, 1999, 16 ss.; Lamarque, 2006, 629). Ma è stato soprattutto negli anni più recenti, con l'introduzione dello *status* unico della filiazione (l. 291/2012 e d.lgs. 154/2013)<sup>11</sup>, che, rimuovendo dall'ordinamento ogni distinzione anche terminologica tra i figli in ragione della loro nascita nel o fuori del matrimonio tra i genitori, si sono posti i maggiori problemi interpretativi, non solo sulla distinzione tra famiglia fondata sul matrimonio e altre relazioni di coppia legalmen-

<sup>10</sup> Di ambiguità, sia sul piano formale che su quello pratico, parlava anche Calamandrei alla Costituente, specialmente in relazione all'art. 29 co. 2, ma non di meno anche con riferimento a molte delle disposizioni di cui alla Prima Parte della Carta costituzionale, le quali, nascendo da un compromesso tra parti politiche molto distanti, potevano rivelare confusione e debolezza del nuovo documento costituzionale. Sul compromesso costituzionale v. *infra* par. 4. Si deve invece sin d'ora evidenziare come le critiche rivolte alla prima parte del documento costituzionale si siano rilevate un punto di forza della stessa, per la capacità di adattamento al trascorrere del tempo e al mutamento di altri fattori economico-sociali, in una con la capacità della Costituzione di determinare un sostanziale rinnovamento della società.

<sup>11</sup> Una vera e propria «rivoluzione» del diritto di famiglia dopo quella del 1975, per SESTA (2014, 4).

te regolate (v. *infra*), ma anche quanto al «destino» della clausola di compatibilità di cui all'art. 30, co. 3<sup>12</sup>.

A ben vedere e sforzandosi sempre di non farsi condizionare da convincimenti di ordine morale, tanto più ricorrenti in una materia come quella della filiazione che coinvolge «soggetti innocenti»<sup>13</sup>, pare difficile ricondurre anche questa esperienza, dapprima di parificazione e poi di unificazione di *status*, ad una modifica tacita della Costituzione. Certo non può negarsi neppure che, in questo caso specifico, il limite del testo – riferimento «principe» per la identificazione di una modifica costituzionale tacita – sia stato inteso in senso meno rigoroso, ma varie considerazioni portano a sostenere quanto sia inappropriata (se non fuorviante) la qualificazione di modificazione tacita nel caso *de quo*: anzitutto, la piena equiparazione dei figli legittimi e di quelli nati fuori dal matrimonio, pur essendo stata osteggiata da molti costituenti (questa essendo indubbiamente l'*original intent of the framers*, per riprendere una nota espressione della dottrina nordamericana) e per questo non accolta nel testo finale dell'art. 30 Cost., non sembra preclusa dal testo del medesimo articolo che, al terzo comma, affida alla legge il compito di tutelare i figli nati fuori dal matrimonio. Ed infatti, al traguardo della unificazione di *status* è pervenuto il legislatore rappresentativo (in ciò stimolato anche dalla giurisprudenza) il quale, facendosi interprete di una mutata coscienza sociale e culturale sulla filiazione, ha positivamente compiuto tale valutazione di compatibilità ritenendo di poter riconoscere ai figli nati fuori dal matrimonio tutele non incompatibili con quelle dei figli legittimi<sup>14</sup>. In altre parole, la novella sullo stato unico dei figli, quale che siano le condizioni di nascita e senza che venga in rilievo il vincolo coniugale tra i genitori, può ritenersi

---

<sup>12</sup> Cfr. MORRONE (2017), secondo il quale la novella del 2012 dilata «al massimo grado il concetto costituzionale di «compatibilità» ex art. 30, al punto che quella formula sembrerebbe sbiadire proprio di fronte all'identità di *status*».

<sup>13</sup> Per riprendere una espressione utilizzata in Assemblea costituente (seduta del 16 gennaio 1947) da Umberto Merlin ma al precipuo scopo di sostenere le ragioni di una non piena equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio e i figli legittimi, ritenuti tra i maggiori offesi per l'attribuzione dello stesso loro cognome anche ai figli illegittimi.

<sup>14</sup> Così già Corte cost., sent. n. 54 del 1960: «Quel che si desume sia dal testo dello stesso art. 30, terzo comma, sia dal travaglio che portò, nell'Assemblea costituente, alla sua formulazione definitiva, è soltanto un innegabile favore per la prole naturale. Questo favore, tuttavia, non si poté concretare in una disciplina precisa da contenere in un articolo, tanto più in quanto un'ampia tutela del figlio naturale poteva e potrebbe anche portare a una profonda revisione di molte norme, e perfino del sistema familiare e successorio, del Codice. Ad avviso della Corte questa è la ragione per cui il terzo comma dell'art. 30 si apre con un accenno al legislatore ordinario e contiene per così dire una riserva che solo la legge potrà sciogliere: sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno status e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima».

uno sviluppo dell'ordinamento non impedito dal testo costituzionale<sup>15</sup>, né dalla lettera dell'art. 30, né da un'interpretazione sistematica dello stesso, atteso che essa non incide neppure sul *favor* costituzionale per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), in quanto restano distinte le relazioni «verticali» tra genitori e figli e le relazioni «orizzontali» interne alla coppia (Biondi 2013, 11; Morrone, 2017). In sostanza, ben può la novella legislativa del 2012-13 essere interpretata in senso conforme a Costituzione e non, come precedentemente avvenuto, interpretare quest'ultima alla luce del Codice civile, a maggior ragione tenuto conto del fatto che questo, prima delle varie novelle in materia di famiglia e filiazione, si basava su principi ben diversi da quelli fatti propri dalla Costituzione repubblicana.

Una chiave di lettura decisamente diversa e per questo più problematica è stata offerta dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al primo comma dell'art. 29 Cost, ovvero sulla questione definitoria della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», che ha animato tanto i lavori in Assemblea costituente, quanto tutto il dibattito scientifico che ne è seguito. Una delle principali problematiche derivante dal legame tra la nozione di famiglia e quella di matrimonio scolpito nell'art. 29 è stata per lungo tempo quella del possibile riconoscimento di forme di tutela per altre formazioni sociali composte da persone unite dal solo legame affettivo e dalla condizione di convivenza. Se si escludono alcune eccezionali estensioni anche ai conviventi dei diritti riservati e riconosciuti dalla legge ai coniugi<sup>16</sup>, la Corte costituzionale non ha mai abbandonato la diversità tra famiglia di fatto e legittima, sostenendo che «la trasformazione della coscienza e dei costumi sociali (...) non autorizza peraltro la perdita dei contorni caratteristici delle due figure» del rapporto matrimoniale e delle convivenze di fatto, in una visione unificante e pienamente parificante (sent. n. 8/1996)<sup>17</sup>.

Certamente la questione più problematica sorta intorno all'art. 29, co. 1, che si è affacciata in tempi più recenti, proprio in ragione di una mutata sensibilità sociale

---

<sup>15</sup> MORRONE (2017): «Nelle relazioni tra genitori e figli, non importa se legittimi o naturali, la regola è l'indifferenza soggettiva e, quindi, la pienezza e l'eguaglianza della tutela, perché così statuisce in modo inequivoco l'art. 30, c. 1, Cost. (...)». Ma anche il comma 3 dell'art. 30 «lunghi dal risolvere gli interessi dei figli naturali e dei componenti della famiglia legittima secondo una gerarchia di valori, (...) esige, piuttosto, un'eguaglianza di tutela qualificata (rinvenibile nei termini usati: «ogni» tutela, «giuridica e sociale»), il cui unico limite è proprio dato dalla relazione di compatibilità, che tuttavia lascia amplissimi margini di manovra al legislatore in sede di attuazione».

<sup>16</sup> C. Cost., sent. 404/1988 sulla locazione, che supera il precedente di cui alla sent. n. 45/1980.

<sup>17</sup> Fermo restando che, come riconosciuto già nel 1986, «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)» (così Corte cost. n. 237/1986) e che su questa base ben avrebbe potuto il Parlamento estendere e non parificare pienamente alcuni diritti e garanzie riconosciuti ai coniugi anche ai conviventi come avvenuto ad esempio nella pur estremamente criticata legge n. 40 del 2004 sull'accesso alla PMA.

sul tema, è quella relativa alla tutela giuridica delle relazioni tra persone dello stesso sesso. È questo un tema c.d. eticamente sensibile, certamente non soltanto italiano, ma che nell'esperienza nostrana ha dato luogo a peculiari difficoltà legate alla specifica formulazione del dettato costituzionale sul concetto di famiglia, alle tecniche interpretative utilizzate dalla Corte costituzionale, alla pressione e alla sponda che in questo ambito è stata offerta soprattutto dal diritto internazionale (Cedu)<sup>18</sup>. Il passaggio giurisprudenziale più noto e controverso di questa esperienza è rappresentato dalla sent. n. 138 del 2010 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibile e in parte infondata la questione di costituzionalità, avente ad oggetto le norme del Codice civile relative al matrimonio, nella parte in cui esse non possono essere estese anche alle persone di orientamento omosessuale (Pezzini, Lorenzetti, 2011). L'inammissibilità della questione sollevata in riferimento all'art. 2 Cost. è stata dal giudice costituzionale giustificata dal fatto che l'estensione alle coppie *same-sex* della disciplina del matrimonio tra eterosessuali si sarebbe convertita in «una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata», spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», implementandole «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Il giudice costituzionale, pur riconoscendo che l'unione tra persone dello stesso sesso trovi copertura nell'art. 2 Cost., ha sostenuto la necessità di una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, ma soprattutto ha negato la praticabilità di un proprio intervento manipolatorio (additivo). La Consulta ha poi dichiarato infondato il dubbio di legittimità sollevato in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., in quanto il matrimonio previsto in Costituzione fa riferimento nella sua essenza alla disciplina codicistica del 1942. Il giudice costituzionale, pur ammettendo che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possano ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, «perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», ha rimarcato il limite cui è soggetta tale interpretazione che «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

Uno degli aspetti che più rileva ai nostri fini, oltre al controverso ricorso all'argomento originalista<sup>19</sup> per l'interpretazione di questo specifico disposto

<sup>18</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, V.; CHENAL; TOMASI (2019, 275 ss.).

<sup>19</sup> Sull'impiego dell'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, v. TRIPODINA (2008), la quale, rimarcando il parallelismo tra teorie dell'interpretazione costituzionale e concezioni della Costituzione, rileva come «dietro alla teoria originalista dell'interpretazione stia una *concezione recessiva* di costituzione: una concezione per la quale i comandi costituzio-

costituzionale, sta nella enunciata impossibilità di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. in via d'interpretazione giudiziale. La decisione in parola, come del resto un'altra di poco successiva resa su profili assimilabili (sent. n. 170 del 2014), ha evidenziato la distinzione dei ruoli spettanti ai giudici (compreso quello costituzionale e internazionale) e al legislatore nella tutela di nuove istanze emergenti dall'evoluzione della società e dei costumi. Ciò però non si è convertito in una paralisi ordinamentale, ovvero nella impossibilità per il legislatore di riconoscere e garantire diritti anche per le coppie *same-sex*. Ed infatti, se ci si soffermasse soltanto sull'interpretazione fornita dalla Consulta dell'art. 29 nella decisione del 2010, criticandone gli esiti e rimarcando l'eterogeneità delle tecniche interpretative utilizzate in riferimento al primo comma dell'art. 29, rispetto a quelle del secondo, come anche dell'art. 30 Cost., si perderebbe di vista che nella medesima decisione la Corte ha sostenuto l'apertura del testo costituzionale, specie attraverso l'art. 2, al riconoscimento del fondamentale diritto di due persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia e la possibilità di predisporre adeguate forme di tutela, che certo non è preclusa al legislatore<sup>20</sup>.

Gli epiloghi di questa vicenda sono noti: la legge n. 76 del 2016 ha regolamentato sia le convivenze di fatto tra persone (di sesso diverso o uguale) unite stabilmente da legami affettivi e di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, sia le unioni civili tra persone dello stesso sesso, alle quali è stato così riconosciuto di esplicitare la loro personalità anche nella dimensione di coppia giuridicamente riconosciuta, possibilità fino a quel momento del tutto preclusa. La questione del trattamento giuridico delle coppie *same-sex* sembra dunque emblematica sia per l'accento posto sul limite testuale nei riguardi di interpretazioni giudiziarie «creative», sia per l'attenzione riservata alla preservazione dell'equilibrio tra le varie istituzioni deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali. Più che una chiusura nei riguardi di queste nuove istanze di tutela, la sentenza del 2010 può essere letta come un *caveat* nei confronti di non rare pratiche giudiziali che, pressante dall'incalzante richiesta di nuovi spazi di libertà e condizioni di giustizia, conducono il giudice, compreso quello costituzionale, a indebite «interpretazioni creative», che allontanandosi del tutto dal testo della Carta potrebbero per questo dar luogo ad una strisciante modifica tacita della Costituzione, alterando i ruoli del legislatore e del giudice nella tutela dei diritti; laddove invece una maggiore attenzione da parte dell'istituzione politi-

---

nali sono eccezioni a una *norma generale esclusiva*, in base alla quale là dove il costituente non ha comandato o non ha vietato, lì sussiste un'area di libertà in capo ai soggetti titolari della funzione di indirizzo politico».

<sup>20</sup> In tal senso già D'ALOIA (1996, 75 ss.).

co-rappresentativa per le istanze emergenti dal corpo sociale può comportare un moto dell'ordinamento lungo sentieri nient'affatto preclusi da un testo costituzionale per molti aspetti volutamente duttile ed elastico, chiamato certamente a modellare le fonti inferiori, ma da queste a sua volta modellato e integrato (Paladin, 2004, 296; Modugno, 2012, 308).

### 3. VOCAZIONE ESPANSIVA E COMPLESSITÀ DEL DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA SALUTE

Dopo esattamente tre decenni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in Italia furono approvate importanti riforme legislative che hanno investito il «mondo della salute» e della sanità. Appuntare oggi l'attenzione su quelle leggi e sull'intenso dibattito che le ha accompagnate consente di svolgere considerazioni di estremo rilievo, oltre che sulla persistente attualità del disposto costituzionale di cui all'art. 32 Cost., anche sulla struttura complessa del diritto alla salute ivi enunciato, nonché sugli strumenti volti ad assicurarne l'effettività. L'impegnativa formulazione impiegata dal Costituente, che ha definito la salute *fondamentale* diritto dell'individuo e interesse della collettività, rende plasticamente l'idea del carattere basilare del bene tutelato, presupposto indispensabile per il pieno e libero esercizio degli altri diritti costituzionali. Quella formula sintetica rinvia ad una pluralità di elementi di diversa natura: anzitutto, essa richiama una condizione della persona, la quale non è oggetto del diritto, ma che questo è tenuto a tutelare, senza che però ciò possa convertirsi in una automatica assunzione della piena condizione di salute; al contempo, essa esprime una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, tra loro differenziate, seppur legate (Pezzini, 1983; Luciani, 1994; Balduzzi, 2006), la cui effettiva tutela non può che risentire delle concrete condizioni di salute del titolare e dalla singolarità dell'esperienza di ciascun malato. È principalmente per questa ragione che il diritto alla salute risente, forse più di altri diritti fondamentali, delle trasformazioni sociali, culturali, antropologiche che ne determinano continue evoluzioni, non di meno, ma anzi fortemente determinate anche dagli sviluppi della scienza e della tecnica biomedica.

Una concezione dinamica di salute, concepita non solo come integrità corporea, ma come complessivo stato di benessere psico-fisico e sociale della persona – in pieno accordo con nozione accolta fin dalla sua istituzione (1948) dalla OMS –, pur essendo riconducibile alla formulazione aperta di salute fatta propria dal testo costituzionale, è acquisizione pienamente compiuta solo a partire dagli anni '70, per effetto di importanti riforme legislative, precedute o se-

guite da altrettanto rilevanti pronunciamenti giurisprudenziali<sup>21</sup>. In questo quadro può essere ricondotta la l. n. 194 del 1978, la quale, dopo una storica decisione della Corte costituzionale di illegittimità dell'art. 546 del codice penale e sulla scia della di poco precedente l. n. 405 del 1975 sui consultori familiari, ha previsto che quando dal prosieguo della gravidanza possa discendere un serio o grave pericolo per la vita o la salute (anche psichica<sup>22</sup>) della madre, questa può legittimamente ottenere la prestazione medico-sanitaria di interruzione della gravidanza all'interno di strutture pubbliche o private, all'uopo previamente autorizzate, e all'esito di un procedimento differentemente configurato a seconda delle condizioni di salute della donna e del periodo gestazionale.

La vocazione espansiva dell'art. 32 Cost., già particolarmente evidente fin dall'approvazione della legge n. 194/78, ha avuto, nel corso degli anni<sup>23</sup>, ulteriori conferme in occasione della regolamentazione legislativa di pratiche biomediche, rese possibili da rivoluzionari sviluppi della scienza e della tecnica. In ciò si è manifestata la straordinaria attualità dell'art. 32 Cost., «una delle previsioni maggiormente dotate di presbiopia» (G. D'Amico, 2018,120), capace di soddisfare tanto l'originario intento di vietare arbitrarie pratiche coattive o di sperimentazione sul corpo umano, così ridotto a cavia, quanto la sempre crescente necessità di rimettere alla libera (o meglio: consapevole e responsabile) autodeterminazione individuale la decisione sulla sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, tanto che oggi in quella medesima disposizione si possono leggere pure «il riconoscimento e la tutela dei diritti legati alla procreazione medicalmente assistita, alle decisioni di fine vita (...) e a tutte quelle pratiche mediche che riguardano, comunque, le condizioni e i modi della vita umana» (Idem, 121).

Su altro ma contiguo versante, altrettanto interesse suscitano le dinamiche che, a partire dal 1978, hanno interessato il c.d. aspetto positivo del diritto alla salute, ovvero il diritto ad ottenere prestazioni sanitarie, laddove invece, sul versante negativo del rifiuto delle cure, anche fino a lasciarsi morire, soltanto in anni più recenti ha trovato una compiuta e organica regolamentazione

---

<sup>21</sup> Lo «sdoganamento» del diritto alla salute e il definitivo superamento della linea interpretativa dell'art. 32 Cost. quale norma meramente programmatica, ha avuto avvio in sede giurisprudenziale con il riconoscimento della sua efficacia orizzontale e la costruzione della nozione di danno biologico.

<sup>22</sup> Sul rilievo della salute anche mentale dell'individuo, va ricordato pure il 1978 è stato l'anno di approvazione di un'altra fondamentale riforma legislativa quella compiuta con la legge n. 180 sugli «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori», meglio nota come legge Basaglia, che decretò la fine della disumana esperienza degli ospedali psichiatrici.

<sup>23</sup> Sulla saldatura fra identità e salute che apre la strada al superamento dell'idea di un benessere coincidente con l'integrità psico-corporea, si veda anche l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di transessualismo, dalla legge n. 164/82, su cui C. cost. 161/85 fino alle più recenti sent. nn. 221/2015 e 180/2017.

legislativa il consenso informato ai trattamenti sanitari, mentre, quanto alla disciplina del suicidio assistito, si resta ancora oggi in attesa di un intervento del Parlamento dopo la storica e molto controversa ord. n. 207 del 2018 della Corte costituzionale che pur richiama l'art. 32 Cost.

Quanto alla pretesa a ricevere prestazioni sanitarie, sul finire degli anni '70 in Italia si è registrata una decisiva svolta negli indirizzi di politica legislativa. Con l'approvazione della l. n. 883/78, istitutiva del SSN, il legislatore ha compiuto scelte quanto mai chiare: garantire l'universalità della tutela sanitaria; l'uguaglianza dei destinatari delle prestazioni a prescindere dal reddito e dal luogo di residenza; individuare un unico soggetto istituzionale referente; assicurare una protezione globale (anche preventiva) della salute. Tra i tanti profili di interesse di questa (prima) riforma sanitaria, due sono gli aspetti che si ritiene indispensabile analizzare ai fini di questo studio: in primo luogo, sulla scia di quanto già precedentemente osservato riguardo all'evoluzione del diritto di famiglia, occorre domandarsi se la legge n. 883 del 1978 abbia costituito un'attuazione necessitata e tardiva della Costituzione; in secondo luogo e in stretta connessione con ciò, occorre chiedersi quali siano state le conseguenze delle scelte di politica sanitaria assunte negli anni '70 sul legislatore futuro, specie ai fini del bilanciamento del diritto alla salute con altri interessi o beni di rango costituzionale.

Sul primo punto, non si può non constatare che la legge n. 883 del 1978 sia stata intesa dalle forze partitiche<sup>24</sup> e dalla dottrina giuridica coeva, «ora superando, ora approfondendo le originarie posizioni dogmatiche»<sup>25</sup>, come attuazione piena e necessitata, se non vincolata, dell'art. 32 Cost., volta a portare a compimento il modello di *Welfare State* prefigurato dai Costituenti. Molti sono stati i fattori che hanno concorso al radicamento di questa lettura, primo fra tutti il riconoscimento della prescrittività di tutte le disposizioni costituzionali, comprese quelle relative ai diritti sociali, con il definitivo superamento della distinzione tra norme precettive e programmatiche, già accolto dalla Corte costituzionale, nella sua prima e storica sentenza (n.1/1956), non a caso segnalata in dottrina come antesignana della prima grande trasformazione costituzionale nell'età repubblicana (Fioravanti, 2009). È pur vero però che dal dato testuale del solo art. 32 Cost. non è possibile ricavare indicazioni univoche quanto alla natura pubblica o privata del soggetto tenuto all'erogazione

---

<sup>24</sup> Sulle ragioni, anche tattiche, della convergenza tra i partiti rappresentati in Parlamento in materia di politica sanitaria, ma nell'ambito più ampio del «compromesso storico», si veda FERRERA (1993, 250 ss.)

<sup>25</sup> Così ROVAGNATI (2013) cui si rinvia per un approfondimento degli sviluppi nella dottrina giurispubblicistica italiana tra gli anni '40 e '70, in particolare v. nota n. 2. Al riguardo cfr. anche CARAVITA (1984, 50 ss.).

delle prestazioni sanitarie<sup>26</sup>; al più, è attraverso un'interpretazione sistematica, volta a collegare l'impegno repubblicano a tutelare la salute pure come interesse della collettività, con altre disposizioni costituzionali e, in ispecie, con i principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., che può giungersi a prefigurare, all'interno di uno Stato sociale caratterizzato in senso solidaristico, un doveroso intervento dei pubblici poteri in ambito sanitario volto ad assicurare a tutti i mezzi necessari alla protezione del diritto fondamentale alla salute<sup>27</sup>. Ma men che meno dal testo costituzionale può ricavarsi un'univoca indicazione quanto al regime economico delle prestazioni sanitarie, essendo la gratuità delle stesse prevista soltanto per gli indigenti. Non si può a tal proposito non riscontrare e criticare una ricorrente sovrapposizione e confusione tra gratuità e universalità nell'accesso alle cure<sup>28</sup>, confusione che, in ultima istanza, è riconducibile ad un altrettanto erronea piena assimilazione della dimensione economica della prestazione sanitaria e di quella personalistica del diritto ad essere curati (Luciani, 1994, 9), dimensione, quest'ultima, da rapportarsi prioritariamente al bisogno di salute e non al costo della cura, laddove l'indistinzione tra le due dimensioni è costituzionalmente imposta solo per l'indigente, al quale deve riconoscersi non solo il diritto di accesso a cure appropriate alle sue specifiche esigenze di salute, ma anche la gratuità delle stesse.

Sotto questo specifico profilo, relativo al regime economico delle cure, la legge del 1978 è indubbiamente andata oltre il disposto dell'art. 32 Cost. e, di fatti, le revisioni del modello prefigurato nel 1978 hanno attenuato il carattere della gratuità e pure quello della uniformità delle prestazioni sanitarie erogabili, dando luogo ad una lunga e tuttora accesa discussione sul condizionamento finanziario del diritto alla salute, in una con il più ampio dibattito sul ripensamento del modello di Stato sociale italiano<sup>29</sup>. In più la ricorrente (e persistente) critica sul riparto di competenze e responsabilità tra Stato centrale e regioni è stato additato come altro principale responsabile del costante incremento della spesa sanitaria. Non è un caso, del resto, che proprio in ambito sanitario sia sorta, prim'ancora della novella costituzionale del 2001, la nozione di level-

<sup>26</sup> In ogni caso non può certo dirsi che si tratti di scelta vincolata, persino nel caso delle prestazioni gratuite che la Repubblica deve garantire agli indigenti e che potrebbero comunque essere procurate sul mercato, con sostituzione però dello Stato al paziente come pagatore delle stesse (FARES, 2012, 11). In altre parole, non sembra contestabile l'affermazione per cui la legislazione ordinaria in materia sanitaria, a partire dalla legge n. 833, sia andata oltre il testo costituzionale di cui all'art. 32, ma, quanto conta ancor di più rilevare è che essa certamente non si mosse in senso contrario a quanto nel testo previsto.

<sup>27</sup> Cfr. R. FERRARA (1997, 520), ma in tal senso già MORTATI (1961); SANTANIELLO (1965); DE MARCO (1972).

<sup>28</sup> Una confusione stigmatizzata esplicitamente dal Tribunal constitucional spagnolo nella sent. n. 139/2016, F. J. 8

<sup>29</sup> Recentemente sul tema, CIOLLI (2019, 13 ss.); PEZZINI (2019, 117 ss.).

li essenziali delle prestazioni e che sempre in questo contesto si siano posti i più significativi interrogativi sui vincoli della finanza pubblica sull'effettività della garanzia dei diritti (non solo) sociali, dibattito, anch'esso certamente non nuovo ma reso, in tempi più recenti, ancor più serrato a seguito della grave crisi economico-finanziaria che ha acuito le difficoltà di un sistema di Welfare, già da anni in profonda sofferenza, ora tenuto a subire i condizionamenti dettati da sempre più stringenti vincoli di bilancio e dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, poste dalle misure con cui si è inteso fronteggiare la crisi. Ci si riferisce all'introduzione in Costituzione del pareggio di bilancio, operato con la l. cost. n. 1 del 2012, ma, più a monte, il problema risiede nel controverso rapporto tra diritti e risorse disponibili, che certo non si è posto solo a seguito della riforma costituzionale del 2012. C'è allora da domandarsi – sulla scorta di quanto da alcuni rilevato – se l'annoso problema del deficit finanziario del comparto sanitario sia da ricondurre alla scelta di fondo compiuta dal legislatore del 1978 di prevedere, da un lato, un diritto generalizzato e senza limiti di accesso alle prestazioni sanitarie e, dall'altro, di separazione tra responsabilità finanziaria del governo centrale e competenza di spesa dei governi regionali e locali e se quindi, in un'ottica di ripensamento di quel sistema, il diritto alla tutela della salute debba configurarsi come diritto finanziariamente condizionato (Merusi, 1990, 30), come talvolta affermato anche in giurisprudenza. Invero, la preoccupazione di contenere i costi del SSN non era del tutto assente anche nell'impianto della legge del 1978, che tuttavia ha avuto, come noto, un'implementazione alquanto problematica sia a livello centrale che locale. Basti ricordare che il Piano Sanitario Nazionale ovvero il più importante atto di programmazione sanitaria non fu approvato per oltre quindici anni e il primo PSN (quello 1994-1996) venne alla luce soltanto nel 1993 dopo la seconda riforma del SSN degli anni 1992-1993.

Quanto alla qualificazione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato, senz'affatto rinnegare il legame tra diritti (tutti i diritti, non solo quelli a prestazione evidentemente più costosi) e risorse, occorre prestare attenzione a non alterare il *proprium* di questa relazione, inducendo a sostenere che sono le prestazioni concernenti i diritti costituzionali a dover essere dimensionate sulle risorse disponibili e non già queste ultime a dover essere reperite nella misura necessaria a garantire i primi. Rimarcare i caratteri di questa relazione non significa illudersi di reperire risorse per rispondere a qualsiasi domanda di salute, a cui far fronte alle medesime condizioni, oppure sorvolare sulla limitatezza delle risorse in un determinato frangente storico, ma prendere coscienza della necessità di operare un'attenta selezione delle prestazioni richieste per individuare, all'interno di quest'insieme, quelle che devono essere poste interamente o prevalentemente a

carico della collettività e quelle che possono essere rimesse al circuito privato della sanità. Proprio la consapevolezza che le risorse non sono illimitate e rifuggendo dalla tentazione di subordinare l'accessibilità alle prestazioni sanitarie alla disponibilità economiche, si rende ancor più impellente il doveroso impegno da parte delle istituzioni politiche di fissare un ordine di priorità nell'impiego delle risorse pubbliche, assumendo a parametro di riferimento anzitutto la Carta costituzionale (Carlassare, 2013). È infatti sulla base dello stesso art. 32 che è possibile operare una distinzione tra la *doverosa* destinazione di fondi al servizio sanitario, per garantire cure gratuite agli indigenti e assicurare a tutti l'accesso al più ampio spettro di prestazioni (di comprovata efficacia terapeutica) anche se subordinatamente al possesso delle capacità economiche per far fronte al costo delle stesse; e il reperimento di fondi da destinarsi a fini *consentiti* dalla Carta costituzionale, come quello di ampliare l'accesso alle cure gratuite *anche* ai non indigenti, che è appunto una decisione politica non imposta, né esplicitamente vietata in Costituzione<sup>30</sup>. Ma, sempre sulla base di quel disposto contenuto nella Carta costituzionale sono ravvisabili pure destinazioni *vietate*, quale, in particolare, quella di «preferire» la posizione dei non indigenti rispetto a quella degli indigenti» (Morana, 2013, 11) ovvero garantire l'accesso effettivo alle prestazioni sanitarie solo a coloro che dispongono di risorse economiche proprie.

#### 4. LIMITI MATERIALI E FORMALI DELLA REVISIONE COSTITUZIONALE, DALLA SENTENZA N. 1146 DEL 1988 AL DIBATTITO SULLE RIFORME

Trenta anni fa, nel 1988, la Corte costituzionale pronunciava una delle sue più note decisioni (sent. n. 1146) nella quale, per la prima volta, esplicitamente riconosceva nei principi fondamentali, in cui sono positivizzati i «valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», altrettanti limiti al potere di revisione costituzionale, che si affiancano a quello relativo alla forma repubblicana espressamente previsto nell'art. 139 Cost.

Pur trattandosi di una delle sentenze più celebri del giudice costituzionale italiano, per l'estrema delicatezza del tema trattato, il passaggio nel quale è enunciato il ruolo anche di limite assoluto dai principi supremi è contenuto in un

---

<sup>30</sup> L'estensione della gratuità delle cure anche ai non indigenti o anche l'ampliamento delle prestazioni erogabili in aggiunta a quelle che presidiano il contenuto essenziale del diritto alla tutela della salute costituiscono decisioni alle quali le istituzioni politiche possono (non devono) pervenire nel momento in cui ciò non si risolva in una compromissione o distrazione di risorse destinate all'adempimento di prestazioni doverose.

articolato *obiter dictum* di una decisione (di inammissibilità per motivi di rito) resa nell'ambito di una questione di legittimità costituzionale sostanzialmente marginale e neppure avente ad oggetto una legge di revisione costituzionale, ma una fonte di rango costituzionale, qual è lo Statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige. A ben vedere e com'è stato di recente evidenziato in un altro importante studio sistematico sulla discussa categoria dei principi supremi<sup>31</sup>, i contesti nei quali la giurisprudenza costituzionale ha avuto occasione di trattare degli stessi sono i più vari: alcuni di essi hanno preceduto la decisione del 1988, altri, altrettanto celebri, l'hanno seguita, ma hanno interessato principalmente i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario (ora dell'UE) e pure in seguito (dopo la modifica dell'art. 117 Cost.) le relazioni tra diritto interno e diritto internazionale consuetudinario e pattizio. Su quest'ultimo versante, che interessa le relazioni tra esterno ed interno, i principi supremi funzionerebbero, secondo una nota formulazione (Barile, 1969, 45), come controlimiti alle limitazioni di sovranità<sup>32</sup>.

Quanto preme evidenziare riguardo alla sent. n. 1146 del 1988 è che la stessa, pur inserendosi in multiformi filoni giurisprudenziali, ha toccato almeno due punti salienti dello specifico tema delle modificazioni costituzionali: in primo luogo, l'esplicitazione dell'esistenza di principi inviolabili, capaci di resistere anche a fonti di rango costituzionale, è valsa a fugare dubbi (allora, come oggi) ancora persistenti sulla configurabilità di limiti alla revisione costituzionale; in secondo luogo, la Corte costituzionale, nel rigettare l'eccezione formulata dall'Avvocatura dello Stato, si è riconosciuta «competente a sindacare l'eventuale contrasto di una norma di rango costituzionale con i principi supremi» (Cartabia, 1995, 149). Inoltre, non è neppure da «sottovalutare il contesto storico in cui la sentenza venne resa, contraddistinto da un intensificarsi del discorso sulle riforme istituzionali nel cui quadro la Corte aveva qualche motivo in più per sporgersi sul balcone dei limiti alla revisione costituzionale»<sup>33</sup>. In effetti, quella decisione e il suo famoso *obiter* sono parsi voler fissare alcuni punti fermi nel quadro dell'annoso e fervente dibattito sulle riforme istituzionali, sulle sue forme e sui suoi limiti. Ma se, al più, può dirsi che la sentenza del 1988 abbia contribuito a superare in senso positivo i dubbi sull'esistenza di limiti anche nei riguardi del potere di revisione costituzionale, dopo di essa è rimasta ancora molto viva e articolata la discussione sulla concreta profilatura dei medesimi. In

---

<sup>31</sup> FARAGUNA (2015, 63 ss.); ma precedentemente già CARTABIA (1995).

<sup>32</sup> Sebbene una concezione unitaria di limiti e controlimiti emerga anche dalla giurisprudenza costituzionale e sia sostenuta da buona parte della dottrina, i contesti in cui essi operano non ne consentono una piena e totale parificazione.

<sup>33</sup> FARAGUNA (2015, 72) con esplicito e puntuale richiamo a BARTOLE (1988).

effetti, ancora oggi persistono dubbi sull'immodificabilità dei principi fondamentali<sup>34</sup>, ma, pur ammettendone il carattere di limite assoluto, gli interrogativi posti in dottrina restano numerosi<sup>35</sup>: dove e come ricercare i principi supremi che limitano il potere di revisione costituzionale (Faraguna, 2015, 59)? A chi affidare il compito di definirne il contenuto? Ammessane l'esistenza, «non si rischia di sostituire all'autorità della Costituzione, l'autorità di un organo o un potere (tipicamente la Corte costituzionale ...) che si arroghi il potere di scegliere – con tutti i connessi rischi di arbitrio – circa i connotati di tali limiti impliciti?» (F. Bilancia, 2011, 13). Ed ancora, è lo stesso procedimento delineato nell'art. 138 Cost. un limite (formale) per le modificazioni del testo costituzionale? Esiste pure un limite dimensionale?

Specie questi ultimi interrogativi, da sempre al centro di un vivace dibattito, si sono concretamente ripresentati pochi anni dopo la sent. n. 1146 del 1988, in occasione del concreto avvio di procedimenti di riforma organica della Costituzione condotti in deroga all'art. 138, uno dei quali fallito esattamente 10 anni dopo, nel 1998. Invero, la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali presieduta da M. D'Alema, istituita con l. cost. n. 1/97, non ha rappresentato né la prima né l'ultima occasione concreta per testare la tenuta delle teorie sui limiti formali e procedurali della modificazione costituzionale. Già nel noto messaggio alle Camere del Presidente Cossiga del 26 giugno 1991, nel quale si prospettava persino la possibilità di avviare una nuova «fase costituente», come pur in occasione della istituzione *ex l.* cost. n. 1/1993 della prima Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, fino al più recente tentativo compiuto in tal senso (d.d.l. cost. AS 813 del 2013), la questione della derogabilità del procedimento di cui all'art. 138 Cost., pur concretamente sperimentata, ha continuato a sollevare molti dubbi<sup>36</sup>. Ancora ed in parallelo, nemmeno si può trascurare di considerare che pure quando si è ricorsi, per ampie ed organiche riforme, al procedimento di cui all'art. 138, sono affiorati comunque dubbi sulla capacità di quel modello di soddisfare, nel mutato contesto politico-istituzionale (specie dopo le riforme elettorali degli anni '90), la duplice esigenza di coniugare il carattere rigido del testo costituzionale e la praticabilità di modificazioni condotte con ampia partecipazione e dialettica tra le forze politiche. Ed è

<sup>34</sup> Cfr. MORRONE (2018a, 93), per il quale costituendo i principi fondamentali la traduzione positiva dei valori che identificano una comunità politica, questa stessa può decidere di modificarli.

<sup>35</sup> Questioni sistematicamente affrontate, proprio in occasione dei 70 anni della Costituzione italiana, in due convegni di studio dedicati alla revisione costituzionale, i cui atti sono pubblicati in AA. VV. (2018); AA. VV. (2019).

<sup>36</sup> Cfr. CARNEVALE (2018); DE MARTINO (2019).

questo un profilo che, assieme a tanti altri, è stato particolarmente evidenziato anche in occasione dell'ultimo tentativo di ampia riforma della Costituzione patrocinato dal Governo Renzi e respinto, come già accaduto nel 2006<sup>37</sup>, dal referendum costituzionale svoltosi il 4 dicembre 2016. In questa circostanza valutazioni di metodo e di merito sulla modificabilità del testo costituzionale si sono continuamente sovrapposte e intrecciate, dando luogo anche ad una vistosa frattura nella dottrina costituzionalistica, le cui contrastanti posizioni, assieme alle pur non assimilabili contrapposizioni presenti tra le forze politiche rappresentate in Parlamento, sono state talvolta rappresentate nel dibattito pubblico come profondamente distanti dallo spirito che animò i lavori dell'Assemblea costituente nel 1946-7. In effetti e come di recente opportunamente evidenziato<sup>38</sup>, narrazioni falsanti e molto distanti investono pure l'esperienza costituente italiana, ma, dalle più mature ricostruzioni storiografiche, emerge ormai con chiarezza l'inattendibilità tanto dell'immagine della Carta repubblicana nascente dal «nobile incontro di comuni esigenze», quanto l'idea che la stessa sia stata «frutto di un mercato al compromesso fra opposti interessi». Ed infatti pur non potendo negare che un certo tatticismo e qualche mossa spregiudicata da parte delle forze politiche in campo non mancarono neppure nei lavori dell'Assemblea costituente (Caruso, Rossi, 2018, 21 ss.), senza per questo giungere ad una esaltazione apologetica di quell'esperienza, certamente oggi non ripetibile, non si può nemmeno sconfessare la grandiosità di quella impresa di una Carta «nata per unire»<sup>39</sup> e compromissoria nel senso nobilissimo del termine, non certo «benevola falsità storica» o «idea infelice» (Bognetti, 2012, 23), ma reale esigenza di un armistizio (Dogliani, Massa Pinto, 2017, 172) tra parti realmente contrapposte, come del resto inevitabile in un ordinamento informato al più ampio pluralismo. Eppure la lettura in negativo del compromesso costituzionale e con esso della definizione di un'identità costituzionale chiara, anche se plurale e da attuare, non ha mai abbandonato il dibattito pubblico facendosi, invece, sempre più forte sul finire degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 «con il crollo verticale e d'identità (...) di quegli stessi partiti», autori del compromesso costituzionale, ormai diffusamente ritenuti

---

<sup>37</sup> Ci si riferisce al referendum costituzionale svoltosi il 25-26 giugno 2006 sul testo di legge costituzionale recante Modifiche alla Parte II della Costituzione, approvato nel corso della XIV legislatura, il quale ha rappresentato, in tutta la storia repubblicana, il tentativo più ampio e profondo di revisione del testo costituzionale.

<sup>38</sup> Così MORELLI (2018, 37), con richiami testali a POMBENI (2016), e ulteriori riferimenti alla letteratura sul tema.

<sup>39</sup> CHELI (2012) a cui si rinvia per le considerazioni sull'alto rendimento storico della Costituzione repubblicana.

simboli di tutti i mali della Repubblica (Fioravanti, 2008, 5). La critica della partitocrazia, già da tempo strisciante<sup>40</sup>, ha dunque travolto i partiti politici che avevano svolto un ruolo decisivo per la nascita del nuovo ordinamento costituzionale e di cui in maniera sempre più forte si evidenziavano difetti, incapacità e tatticismi, investendo però in questo impeto critico e trasformatore ogni visione «in positivo» del compromesso e della mediazione politica, così destinati ad essere anch'essi additati come uno dei mali da cancellare. È bene al riguardo precisare che le critiche rivolte alla partitocrazia non sono state né sono a tutt'oggi immeritate, se appunto esse investono le molteplici e pervasive pratiche di occupazione e colonializzazione delle Istituzioni e l'incapacità dei partiti, oramai sempre più drammaticamente avvertita, di svolgere la fondamentale funzione di intermediazione tra società civile e organi politico-rappresentativi; ma ben diverso discorso è travolgere in questa critica il confronto, la dialettica e la mediazione che i partiti sono chiamati a svolgere anche in Parlamento, specie e a maggior ragione quando si sta decidendo della revisione del testo della Costituzione.

In effetti, è opportuno fare maggiore chiarezza anche sul tatticismo dei Costituenti: indubbiamente esso ha «svolto una duplice funzione: agevolare il reciproco riconoscimento delle forze politiche entro una comune cornice assiologica e consentire loro un ampio margine di azione all'indomani dell'approvazione della Costituzione» (Caruso, Rossi, 2018, 22) e anche volendo per ciò ricorrere alla critica formula dei «compromessi dilatori» (Schmitt, 1932/1984), non si può non riconoscere che proprio le formulazioni aperte e compromissorie accolte nel testo finale della Costituzione italiana, non univocamente definite nella loro portata, hanno posto l'accento sulla centralità del momento dell'attuazione delle stesse per la definizione di una più concreta fisionomia politica dell'ordinamento costituzionale, la quale non può essere ricavata soltanto dal testo della Carta costituzionale entrata in vigore il 1° gennaio del 1948 (Zanon, 2018, 366). Indubbiamente i partiti politici alla Costituente pensavano e percorrevano una necessaria attuazione politica della Costituzione, un percorso successivo che, alla prova dei fatti, si è rivelato travagliato, per i molti e persistenti conflitti i quali continuavano a dividerli e anzi si accentuavano in ragione della già chiara spaccatura del mondo<sup>41</sup>. Ciò che comunque si può affermare con cer-

<sup>40</sup> Sui legami antichi tra polemica antipartitocratica, patto costituente («patto partitocratico») e revisionismo regressivo e generalista, v. DE FIORES (2016).

<sup>41</sup> E oltre alla divisione dovuta a precari equilibri internazionali, molte altre questioni, assieme alla distanza tra le ideologie di cui le parti politiche si facevano espressione, continuavano a dividere profondamente il Paese dopo il '48: si pensi alla questione istituzionale certo non risolta dopo il referendum del 2 giugno 1946 e la fortissima disgregazione sociale che attraversava trasversalmente l'Italia.

tezza è che già all'epoca si prefigurava una forma fisiologica di moto dell'ordinamento data dall'attuazione costituzionale<sup>42</sup>, capace di incidere sull'ordine costituito senza per questo convertire il disposto costituzionale, formalmente immutato, in altro da sé e perciò qualificabile come modifica tacita della Costituzione. E, in effetti, proprio questo si è inteso accertare ripercorrendo in quest'analisi gli sviluppi dell'ordinamento giuridico italiano in materia di famiglia, filiazione, salute e sanità.

## 5. CONCLUDENDO SULLE MODIFICHE TACITE. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE E NECESSARIA CONTESTUALIZZAZIONE STORICA DEL TEMA

Concepire l'attuazione costituzionale come processo di sviluppo dell'ordinamento costituzionale, rimarcandone però la distanza dalle modifiche tacite, vuol dire riconoscere l'esistenza di spazi aperti all'interpretazione e all'attuazione costituzionale che, muovendosi comunque nel recinto dell'ordine costituito, all'interno dei margini tracciati dal testo, non producono un mutamento dello stesso, una metamorfosi, ma un moto dell'ordinamento il quale, tanto quanto l'esigenza di stabilità, costituisce «uno strumento di salvaguardia del *quid* che le costituzioni intendono preservare» (Luciani, 2013, 2). Come infatti ancor più chiaramente esplicitato «al contrario di quanto possa apparire a prima vista in considerazione del fatto che l'obiettivo primario cui esse tendono è l'autoconservazione, la prospettiva che le costituzioni abbracciano non è quella della *statica*», ma quella dinamica (Idem, 20).

Quanto detto vale dunque a rimarcare una indubbia virtù della Carta costituzionale italiana, il suo essere «aperta» e «a virtualità multiple» – per riprendere le espressioni di Sergio Bartole (2004, 409 ss.) e Augusto Barbera (2015, 357) – e intende quindi non sterilizzare le potenzialità evolutive di un testo aperto a plurimi svolgimenti, vocato al moto; ma non per questo rende meno importante definire il confine tra interpretazione-attuazione costituzionale e modifiche tacite, da un lato, e tra queste e gli spazi che debbono essere rimessi alla revisione testuale della Costituzione, dall'altro.

In quest'ottica, la complessa tematica delle modifiche tacite della Costituzione, nonostante i suoi frequenti e talvolta inappropriati richiami, merita di

---

<sup>42</sup> Sulla recessività dell'attuazione politica e sull'espansione del giudiziario, che prelude una mutazione degli assetti organizzativi del potere, ovviamente destinata a ricadere anche sul versante del riconoscimento e garanzia dei diritti costituzionali, LUCIANI (2013, 9 ss.); STAIANO (2018, 11).

essere affrontata per quello che essa fondamentalemente è e cioè «una questione di *margini* di un ordine costituzionale fondamentale» (Morrone, 2018b, 7), una questione, quindi, che origina non da qualsiasi scostamento del testo, ma da uno stravolgimento dello stesso non giustificabile con alcuno degli strumenti dell'interpretazione giuridica<sup>43</sup>. Se, dunque, più sinteticamente può dirsi che il vero problema delle modifiche tacite si pone nei soli casi di superamento dei limiti dell'interpretazione costituzionale, cioè, lungi dal semplificare la tematica, ne svela l'intrinseca complessità, derivante dalla nota difficoltà di delineare chiaramente i margini dell'interpretazione costituzionale, difficoltà che, però e a sua volta, lungi dall'essere occultata o banalizzata, va portata allo scoperto onde evitare che l'uso promiscuo di termini, anziché aiutare a comprendere e definire, accentui la confusione<sup>44</sup>.

A ben vedere, comunque, pur dovendosi ribadire la necessità di una maggiore precisione terminologica (Bartole, 2019), certamente non semplice ma fondamentale per distinguere tra scostamenti non preclusi dal testo costituzionale e trasformazioni (se non proprio trasfigurazioni) del testo in altro da sé<sup>45</sup> nonostante la sua formale invarianza e vigenza, non si può neppure trascurare di considerare quanto sia dirimente, in una riflessione su questi temi, l'approccio di analisi che assume l'interprete – con valenza prescrittiva o meramente descrittiva dell'esistente – e come la scelta per l'uno o l'altro punto di vista condizioni l'oggetto dell'analisi stessa. Con riferimento alle modifiche tacite della Costituzione determinante risulta infatti la distanza tra l'adesione ad una nozione con valenza prescrittiva o descrittiva delle stesse, potendo condurre a sostenere la generale illegittimità di qualsiasi modifica condotta al di fuori del testo e delle forme legali prefissate, la possibilità-necessità di una legittimazione *ex post* ovvero del riconoscimento sociale sull'effettività del mutamento, o, ancora, la sola possibilità di descrivere le dinamiche ordinamentali per comprendere i meccanismi che le determinano.

---

<sup>43</sup> A tal riguardo non può non evidenziarsi una decisa recessività del valore legale del testo, della sua funzione di limite e di strumento di governo del moto dell'ordinamento, criticamente già evidenziata in Iadicco, 2018, ma soprattutto da parte della dottrina ivi richiamata.

<sup>44</sup> È del resto noto come all'espansione di vere o presunte modifiche tacite e informali della Costituzione abbia fatto da contrappunto l'irrobustirsi delle dottrine originaliste sull'interpretazione costituzionale. In effetti, il ricorso all'*original intent*, nella duplice e non identica declinazione dell'*original intent of framers* e *original meaning*, viene sovente propagandato come strategia per evitare surrettizi mutamenti costituzionali. Sulla «reazione» originalista, CHessa (2008).

<sup>45</sup> MORRONE (2018b, 7): «Non ogni *scostamento* dal testo è una *modifica* tacita costituzionale: mentre il primo indica qualsiasi deviazione dal testo, per aversi una modifica è necessario accertare l'avvenuta trasformazione del testo *in altro da sé*, tanto che il risultato della metamorfosi non ha più nulla in comune con la realtà originaria».

In altra sede si è avuto modo di prendere posizione al riguardo (Iadicicco, 2018), aderendo ad una nozione prescrittiva di mutamento costituzionale e, rimarcando il valore e la funzione di limite del testo costituzionale, si sono evidenziati i rischi che possono discendere sulla forza conformativa della Costituzione, da una indistinta riduzione del discorso delle modificazioni costituzionali sul piano della mera effettività. Senza per questo «mitizzare» il testo, riconoscendogli presunte virtù<sup>46</sup> o vizi sui propri, ma pure rifuggendo dall'illusione che un intervento di modificazione esplicita, ampia e persino condivisa della Costituzione possa essere la panacea di tutti i mali della Repubblica italiana, quelle considerazioni, che si ritiene di potere ribadire, muovono dalla volontà di evidenziare che un più rigoroso rispetto del limite del testo costituzionale non è di ostacolo a evoluzioni ordinamentali le quali possono compiersi quando ve ne sia la volontà, attesi i non marginali spazi concessi dallo stesso testo. Allo stesso tempo, non si può non riconoscere che pure la legge di revisione costituzionale, fonte legale avente la forza di incidere sul testo costituzionale modificandolo, è essa stessa una forma di moto dell'ordinamento, prefigurata dai Costituenti proprio col chiaro intento di coniugare esigenze di stabilità e di rinnovamento, entrambe parimenti necessarie.

Pur nella consapevolezza della recessività del valore della legalità formale, non sembra superfluo o frutto di un malinteso conservatorismo, riconsiderare le molte incognite aperte dal definitivo abbandono di ogni considerazione per le forme legali del mutamento, capace di condurre persino ad ammettere torsioni patologiche dell'ordinamento costituzionale, un mutamento in senso proprio (una vera e propria trasformazione) di esso che metta in gioco l'identità costituzionale di uno Stato. Senza per ciò negare che pure i principi supremi su cui si fonda l'ordinamento costituzionale siano e debbano essere intesi in una prospettiva dinamica, proprio per consentirne una continua rispondenza ai valori di una comunità politico-sociale in continuo divenire, ma neppure negando come un loro mutamento in via di fatto resta pur sempre possibile e inevitabile dove effettivamente voluto e sostenuto da un consenso diffuso, ancora una volta sembra opportuno rilevare come nel continuo e perenne conflitto tra legalità e legittimità le ragioni dell'una non possono essere *a priori* e definitivamente destinate a cedere a favore dell'altra.

Inoltre, insieme alla dirimente questione circa la valenza prescrittiva o descrittiva del mutamento costituzionale, è pure necessario e foriero di rilevanti

---

<sup>46</sup> Si condivide infatti l'avvertimento di FONTANA (2008,177), per il quale «occorre rifuggire dai rischi di mitizzazione del testo costituzionale, come se esso fosse magicamente in grado di irradiare i suoi effetti benefici nell'ordinamento, nei partiti e nella generalità dei consociati a prescindere dalla volontà di questi di rendersi disponibili a realizzarne i contenuti e le prescrizioni».

implicazioni storicizzare la riflessione sul tema (F. Bilancia, 2019, 309 ss.), situarla in un preciso contesto storico, quello in cui vivono e si muovono le istituzioni, le forze politiche, la società civile e pure la dottrina. È infatti evidente che la Costituzione non «vive di vita propria» (Fontana, 2008, 177), dipendendo invece la sua vitalità dal continuare a rappresentare un punto di riferimento effettivo per tutta la comunità degli interpreti (Haberle, 1975). Proprio saggiando in una prospettiva storica la posizione della dottrina costituzionalistica a fronte di determinati istituti si comprende perché «letture interpretative della Costituzione *in origine* neanche inimmaginabili (...) addirittura *contra constitutionem*» (Bilancia, 2019, 311), siano successivamente divenute plausibili. Le riflessioni scientifiche sulle forme e sui limiti delle modificazioni costituzionali, gli studi sulla rigidità, sulla funzione di revisione costituzionale e sul metodo e merito delle riforme hanno subito un deciso cambio di prospettiva nel passaggio dalla fase dell'attuazione costituzionale, nei primi trent'anni dell'esperienza repubblicana, a quella della «grande riforma», passaggio nel quale parte della dottrina, per inseguire il dibattito politico, ha finito per avallare il disconoscimento del valore delle forme legali della modificazione costituzionale, determinando a sua volta un mutamento di paradigma culturale nell'ambito di questi studi, riflesso di una più ampia crisi del costituzionalismo prescrittivo, del valore della legalità formale, della gerarchia nel sistema delle fonti.

Al contempo però, e sempre in una prospettiva storica, non si può nemmeno disconoscere che, anche nel più recente passato, la Costituzione italiana abbia manifestato forme di resistenza a diversi tentativi di modificazione, ma soprattutto a più diffuse pratiche di delegittimazione, condotte attraverso la strategia della in-attualizzazione, il che, al netto di molte altre considerazioni che meriterebbero di essere svolte, dovrebbe contribuire a rinnegare una sua presunta e diffusa ineffettività. È dunque l'indagine storica a fornire risposte rassicuranti sul rendimento della Costituzione italiana, nel passato come anche nel presente, dove comunque non può essere sottovalutata la pervasività di (vecchi e nuovi) fattori di erosione del consenso attorno ad essa. E se è vero, com'è vero, che «le costituzioni debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento» (Luciani, 2013, 1), il futuro della Costituzione italiana non potrà che dipendere anche dalla capacità di governare la sua modificazione, di dirigere le evoluzioni dell'ordinamento complessivo, determinando una trasformazione continua dell'esistente, specie quanto alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione alla vita del Paese. È un impegno, questo del superamento dello *status quo*, al quale sono chiamati tutti gli attori istituzionali, le forze politiche e sociali e che non può essere lasciato al libero dispiegarsi dei rapporti di

forza, all'arbitrio della politica, ai possibili abusi degli interpreti e neppure all'azione solitaria o di retroguardia di una sola parte.

## 6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (2018), La Costituzione tra rigidità e trasformazioni, *Osservatorio sulle fonti*, n. spec. 2. Atti del Convegno - Università di Firenze, 18 maggio 2018.
- AA. VV. (2019), *Alla prova della revisione. Sessanta anni di rigidità costituzionale*, Atti del Convegno di Catanzaro 8-9 giugno 2018, Editoriale scientifica, Napoli.
- AMATO, G. (2018), L'integrazione europea come problema costituzionale, *Quaderni costituzionali*, n. 3.
- BALDUZZI, R. (2006), Salute (diritto alla), in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, S., VI, Giuffrè, Milano.
- BARBERA, A. (2015), Costituzione della Repubblica italiana, *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, Milano.
- BARILE, P. (1969), Ancora sul diritto comunitario e diritto interno, in AA. VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Valecchi, Firenze.
- BARTOLE, S. (1988), La Corte pensa alle riforme istituzionali?, *Giurisprudenza costituzionale*, p. 5570 ss.
- (2004), *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna.
- (2019), Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente, *RivistaAic.it*, n. 1.
- BENVENUTI, M. (2018), Democrazia e potere economico, *RivistaAic.it*, n. 3.
- BESSONE, M. (1976), «Articoli 30-31», in Branca, M. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, p. 86 ss.
- BIAGI GUERINI, R. (1989), *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- BILANCIA, F. (2011), *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova.
- (2019), I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto dei mutamenti di regime, in AA. VV., *Alla prova della revisione. Sessanta anni di rigidità costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- BIONDI, F. (2013), Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale, *Rivista del Gruppo di Pisa*. [www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa](http://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa), n. 3.
- BOGDANDY, A.; GRABENWARTER, C.; HUBER, P. (2015), Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale, *RivistaAic.it*, n. 4.
- BOGNETTI, G. (2012), Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica, *RivistaAic.it*, n. 4.
- CALAMANDREI, P. (1947), Stato confederale e confederazione di Stati, in AA. VV., *Europa federata*, Edizioni di Comunità, Milano.

- CARAVITA, B. (1984), La disciplina costituzionale della salute, *Diritto e società*, 1984.
- CARLASSARE, L. (2013), Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse, *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- CARNEVALE, P. (2018), L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni, *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2.
- CARTABIA, M. (1995), *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Cedam, Padova.
- CARUSO, C.; ROSSI, S. (2018), Settant'anni di Costituzione repubblicana. Un'introduzione, in Cortese, F.; Caruso, C.; Rossi, S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano.
- CATTANEO, G. (1991), La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Cedam, Padova.
- CHELI, E. (2012), *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna.
- CHESSA, O. (2008), Cos'è la Costituzione? La vita del testo, *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- CIOLLI, I. (2019), La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2.
- D'ALOIA, A. (1996), Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali, *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, p. 75 ss.
- D'AMICO, G. (2018), Stato e Persona. Autonomia individuale e comunità politica, in Cortese, F.; Caruso, C.; Rossi, S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano.
- DE FIORES, C. (2016), Le ragioni del revisionismo progressivo, *Democrazia e diritto*, n. 2, p. 101 ss.
- DE MARCO, E. (1972), La tutela della salute come diritto soggettivo pubblico, *Rassegna Amministrativa della sanità*.
- DE MARTINO F. R. (2019), La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'art. 138, in AA. VV., *Alla prova della revisione. Sessanta anni di rigidità costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- DOGLIANI, M.; MASSA PINTO, I. (2017), *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- FARAGUNA, P. (2015), *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano.
- (2018), Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale, in Cortese, F.; Caruso, C.; Rossi, S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano.
- FARES, G. (2012), *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Editoriale scientifica, Napoli.

- FERRARA, R. (1997), *Salute (diritto alla)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino.
- FERRARA, M. (1993), *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Il Mulino, Bologna.
- FIORAVANTI, M. (2008), Il compromesso costituzionale Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana, *www.astridonline.it*, Relazione al Convegno organizzato dal Comune di Firenze e dal Comitato per la Difesa della Costituzione, Firenze, 2 e 3 ottobre 2008.
- (2009), Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana, in AA. VV., *La Costituzione ieri e oggi*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma.
- (2016), La Corte costituzionale e la costruzione della democrazia costituzionale, *www.cortecostituzionale.it*, Roma, 28 aprile 2016.
- FONTANA, G. (2008), Le revisioni costituzionali a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, in Modugno, F. (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Jovene, Napoli.
- HABERLE, P. (1975/1993), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di Ridola, P., Carocci, Roma.
- IADICICCO M. P. (2018), Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative, *La Rivista del Gruppo di Pisa*, *www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa*, n. 3.
- LAMARQUE, E. (2006), *Articolo 30*, in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino.
- LUCIANI, M. (1994), *Salute: I) Diritto alla salute (dir. cost.)*, *Enciclopedia giuridica XXXII*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma.
- (2013), Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana, *RivistaAic.it*, n. 1.
- MANETTI, M. (2010), *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, *RivistaAic.it*, 2 luglio 2010.
- MERUSI, F. (1990), *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna.
- MODUGNO, F. (2012), *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova.
- MORANA, D. (2013), I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività, *RivistaAic.it*, n. 4.
- MORELLI, A. (2018), L'agenda della Costituente. Dal metodo dell'Assemblea al discorso sulle riforme, in Cortese, F.; Caruso, C.; Rossi, S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano.
- MORRONE, A. (2017), *Articolo 3 Cost.*, in Sesta M. (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano.
- (2018a), *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna.
- (2018b), I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea, *Federalismi.it*, n. 20.

- MORTATI, C. (1961), La tutela della salute nella Costituzione italiana, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*.
- PALADIN, L. (2004), *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna.
- PATTI, S. (1999), *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Laterza, Roma-Bari.
- PEZZINI, B. (1983), Il diritto alla salute: profili costituzionali, *Diritto e Società*, n. 1.
- (2019), Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2.
- PEZZINI, B.; LORENZETTI, A. (2011), *Unioni e matrimoni same sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?* Editoriale scientifica, Napoli.
- PIZZORUSSO, A. (2006), Postfazione, in *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma.
- POMBENI, P. (2016), *La questione costituzionale in Italia*, Il Mulino, Bologna.
- ROVAGNATI, A. (2013), La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano, in Cavasino, Scala, Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Editoriale scientifica, Napoli.
- SANTANIELLO, G. (1965), La programmazione nel settore sanitario, *Rassegna Amministrativa della sanità*.
- SCHMITT, C. (1932/1984), *Dottrina della costituzione*, trad. it, Giuffrè, Milano.
- SESTA, M. (2014), Stato unico di filiazione e diritto ereditario, *Rivista di diritto civile*, p. 1 ss.
- STAIANO, S. (2018), Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione, *Federalismi.it*, n. 11.
- TRIPODINA, C. (2018), L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali, in Giuffrè, F.; Nicotra, I. A. (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- ZAGREBELSKY, V.; CHENAL, R.; TOMASI, L. (2019), *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna.
- ZANON, N. (2018), Alle radici del patto costituente. L'insegnamento del dibattito in Assemblea costituente ai testimoni del presente, in Cortese, F.; Caruso, C.; Rossi, S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano.

# **REFORMAR, REVISAR, ADOPTAR: LA INGENIERÍA CONSTITUCIONAL ANTE LA PRUEBA DE LA MODERNIDAD, PERSPECTIVAS COMPARADAS**

EMMANUEL CARTIER\*  
Université de Lille

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué? El fin o el espíritu de la Constitución bajo el prisma de la modernidad. 2.1 El espíritu de la Constitución y de su autor. 2.2. La pretensión de una Constitución duradera. 2.3 Objetivos de fondo variados. 3. ¿Para quién? La contextualización de la Constitución desde el prisma de la modernidad. 3.1 Una fuerza de integración externa: el contexto constitucional. 3.1.1 El contexto constitucional interno. 3.1.2 El contexto constitucional externo. 3.2 Una fuerza transformadora inherente a la Constitución. 4. ¿Cómo? La elaboración de la Constitución bajo el prisma de la modernidad. 4.1 Modalidades técnicas muy diversas históricamente. 4.2 El papel ambivalente de los dictámenes en el procedimiento constituyente. 4.2.1 Los expertos internos. 4.2.2 Los expertos externos. 4.2.2.1 Expertos públicos. 4.2.2.2 Expertos privados. 4.3 Los contrapesos contemporáneos bajo influencia de los dictámenes y de los límites de la democracia semidirecta. 4.3.1 El reflejo identitario constitucional. 4.3.2 El reflejo de aislamiento constitucional. 4.3.3 El contrapeso del numérico como nueva forma de participación. 4.3.3.1. La iniciativa. 4.3.3.2. La co-determinación del contenido del proyecto de Constitución. 4.3.3.3 Un horizonte nublado. 5. ¿Cuándo? La temporalidad en la elaboración constitucional bajo el prisma de la modernidad. 6. Referencias bibliográficas.

---

\* Catedrático de Derecho constitucional. Director del CRD&P (EA n° 4487).

## 1. INTRODUCCIÓN

Si bien hoy en día los Estados no parecen tener que plantearse ya el problema de la conveniencia de dotarse de una constitución formal (la página web *The Comparative Constitutions Project*, en colaboración con Google, enumera y analiza el contenido de no menos de 194 constituciones en vigor en el mundo<sup>1</sup> mientras que Wikipedia enumera unas 193<sup>2</sup>, de las cuales hay 54 en África, 48 en Asia, 43 en Europa, 35 en América y 14 en Oceanía), la necesidad de dotarse de una «buena constitución» parece siempre de actualidad, a juzgar por la cantidad y el consiguiente ritmo de las revisiones y los cambios constitucionales en el mundo<sup>3</sup>, acompañados o no de una revolución. Simples revisiones constitucionales, cuantitativamente menores, a veces desembocan, de forma voluntaria o no, en una modificación sustancial de una constitución, cuando afecta a los grandes equilibrios definidos por el constituyente. Prueba de ello es, en Francia, la revisión constitucional de 6 de noviembre de 1962 sobre la elección del Presidente de la República mediante sufragio universal o, la más reciente, de 2 de octubre de 2000, sobre el cambio del septenio al quinquenio presidencial. El mandato de 7 años de duración, confirmado por las diferentes Repúblicas, tenía como origen una norma circunstancial establecida por una ley de 20 de noviembre de 1873 destinada a permitir el regreso de la monarquía, al confiar el poder presidencial de forma temporal al Mariscal Mac Mahon. Tal como señalaba Jean Gicquel, al adaptar a la materia constitucional la famosa frase de Montesquieu sobre las leyes en sus Cartas Persas (CXXIX): «la constitución sólo debe tocarse con mano temblorosa» (Montesquieu, 1721). Además, Montesquieu añadía, sobre las leyes: «es preciso observar tantas solemnidades y contar con tantas precauciones, que el pueblo llegue a la conclusión natural de que las leyes son santas, puesto que son necesarias tantas formalidades para derogarlas» (Montesquieu, 1721).

La cuestión de una «buena constitución» preocupa por tanto a todas las naciones, a todos los pueblos y a todos los titulares de poder y ocupa asimismo un lugar esencial en el pensamiento político y constitucional desde Aristóteles. No obstante, tal como señalaba Guy Carcassonne (2004): «no basta

---

<sup>1</sup> <https://www.constituteproject.org> (Consultado el 14/09/2019).

<sup>2</sup> Cifra correspondiente a los Estados miembros de la ONU.

<sup>3</sup> Sobre la cuestión de la duración de las constituciones en el mundo y la verificación de su considerable ritmo de cambio total o parcial, véase el estudio de ELKINS, GINSBURG, MELTON (2009, *spec.* 122-146 [An Epidemiological Analysis of Constitutional Mortality]). Véase también, para una vista amplia y completa, *Timeline of Constitutions* (1800-2019): <https://comparativeconstitutionsproject.org/chronology/> (Consultado el 10/12/2019).

una buena constitución para alcanzar la felicidad de una nación. Basta con una mala para hacerla desgraciada». Esta cuestión esencial depende en realidad (y la observación de la realidad es muy importante en esta materia) de la respuesta que se dé a cuatro preguntas triviales en su forma, pero fundamentales, que enfrentaremos a los desafíos técnicos, económicos y sociales de la modernidad:

- 1) ¿Por qué?
- 2) ¿Para quién?
- 3) ¿Cómo?
- 4) ¿Cuándo?

Si el tema de la ingeniería constitucional, en el sentido estricto, parece más en conexión con la tercera cuestión, a causa de su dimensión técnica, el redactor de la norma constitucional tiene que tomar en cuenta la tres otras cuestiones para determinar el contenido de su texto y los equilibrios entre cada parte del texto constitucional. Entonces trataremos de cada cuestión. El análisis de estas cuestiones complementarias y con puntos de conexiones evidentes, exige un doble enfoque teórico y empírico, al recurrir tanto a la teoría del poder constituyente y la mecánica de las transiciones constitucionales, como al análisis contextualizado, histórico y contemporáneo acerca de la redacción y la revisión de las constituciones. Para que resulte completo, dicho análisis necesitaría recurrir a otras ciencias sociales como la sociología, las ciencias políticas, la economía, la antropología y, por supuesto, la historia. Desde un punto de vista empírico, precisaría tomar en consideración la gran variedad de experiencias constitucionales existentes en el mundo, y no sólo las que resultan de los grandes modelos de democracia constitucional. Por supuesto, un proyecto de tal envergadura no podría realizarse basándose en una investigación individual y por ello debería recurrir a un equipo de investigación pluridisciplinario y multinacional que se fundamente en numerosísimos datos empíricos y tome en consideración no sólo el Derecho constitucional vigente, sino también la experiencia constitucional pasada de cada nación. Nuestro propósito, que por definición ha de ser localizado y limitado en el tiempo, tratará de abrir vías de reflexión y de suscitar el debate y el intercambio de opiniones que, en el marco de un coloquio de alcance internacional, contribuirá sin ninguna duda a enriquecer nuestro objetivo.

## 2. ¿POR QUÉ? EL FIN O EL ESPÍRITU DE LA CONSTITUCIÓN BAJO EL PRISMA DE LA MODERNIDAD

La respuesta a esta primera cuestión implica preguntarse tanto acerca del objetivo perseguido por el autor de la constitución, es decir, por el órgano titular del poder de iniciativa constituyente, como acerca del objetivo perseguido por el titular del poder constituyente, es decir, el verdadero autor de la Constitución.

### 2.1 El espíritu de la Constitución y de su autor

No debemos confundir al autor de la constitución con su redactor, el cual puede ser totalmente diferente y no guiarse por los mismos objetivos que el autor. El autor es aquel que hará del proyecto o propuesta de constitución –es decir, de un simple texto sin alcance imperativo– una norma de valor constitucional, con la fuerza vinculante que le atribuye el Derecho. Así por ejemplo en Francia, el autor de la constitución de 1958 (que ha cumplido 60 años en octubre), el verdadero titular del poder constituyente, a imagen de la constitución de 1946, es únicamente el pueblo francés. Tanto las Asambleas Constituyentes elegidas sucesivamente en octubre de 1945 y mayo de 1946, como el Comité Consultivo Constitucional, el Consejo de Estado y el Gobierno elegidos en 1958, no fueron más que simples redactores de un texto cuya fuerza constitucional se atribuía en exclusiva al pueblo. Ahora bien, el pueblo, entidad que depende de la ficción puramente jurídica y que se manifiesta en exclusiva mediante la aceptación o el rechazo del texto constitucional propuesto, en este caso carece de voluntad individual si no es por una voluntad parcialmente reconstituida de acuerdo con los debates públicos previos a la sanción de la constitución o de los discursos políticos que acompañaron su redacción y presentación, con la condición de que estos hayan sido públicos<sup>4</sup>.

El asunto de la determinación de la voluntad del pueblo constituyente se complica cuando el hombre o la mujer que inicia el procedimiento de referéndum, –aunque lo niegue–, toma parte política y personal en el resultado del escrutinio. Este problema da origen a la persistente reticencia de la tradición republicana francesa, valiéndose de la experiencia bonapartista, al referéndum (tanto constituyente como legislativo), asociado durante mucho tiempo al plebiscito. Esta reticencia sólo se superó por la fuerza, en 1945, cuando el Gene-

---

<sup>4</sup> Lo que no fue el caso de los debates que marcaron la redacción del proyecto de constitución fijado por el General de Gaulle en 1958 véase: RANÇOIS (1996, 263).

ral de Gaulle, en contra de la opinión de la Asamblea Consultiva de Argel y de la base republicana más tenaz, impuso un proceso de transición que se basaba en el voto del pueblo francés, con ocasión de un escrutinio que, además, incluyó por primera vez en Francia a las mujeres, los militares<sup>5</sup> y a los pueblos de ultramar<sup>6</sup>.

El fin o el espíritu de la constitución son, por tanto, difíciles de identificar a priori. Pero no por ello resulta menos importante, en la medida en que fomenta el ejercicio constitucional por parte de los actores de la constitución y su interpretación, tanto por los propios actores como por los jueces encargados de su implementación y de garantizar su respeto. No obstante, también puede ocurrir que esta esencia de la Constitución aparezca claramente proclamada por el texto. Figura entonces en el Preámbulo o en los primeros artículos de la Constitución. De las 194 Constituciones nacionales catalogadas en la base de datos de *The Comparative Constitutions Project*, 161 incluyen un Preámbulo (es decir, un 83 %). De las constituciones de los 28 Estados miembros de la Unión Europea solamente 13 cuentan con Preámbulo (es decir, el 46 %)<sup>7</sup>, cifra que alcanza los 29 si tomamos en cuenta las 43 constituciones del continente europeo (es decir, el 67 %). En el continente americano, 30 constituciones de 35 poseen Preámbulo (es decir, el 86 %) y 49 de 54 en el continente africano (lo que supone un 91 %). En Asia suponen 39 de 48 (es decir, un 81 %) y todas las constituciones poseen Preámbulo en Oceanía<sup>8</sup>. Más allá de su dimensión filosófica e histórica, los preámbulos efectivamente resultan esenciales para comprender la Constitución, es decir, para interpretar el resto de sus disposiciones, tanto individualmente como en su mutua articulación (Ginsburg, Foti, Rockmore, 2014). Además, más allá de su función heurística, los preámbulos contienen, bajo la apariencia de fórmulas descriptivas, auténticas fórmulas prescriptivas de las que no dudan en valerse los actores de la Constitución y los jueces<sup>9</sup>. Prueba de ello es, por ejemplo en Francia la decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1994, denominada «Bioética», en la que, contra todo pronóstico, el Consejo dedujo la existencia de un principio de dignidad de la

<sup>5</sup> Ampliación ordenada por la disposición del Gobierno provisional de la República francesa de 21 de abril de 1944, Ordenanza del 21 de abril de 1944 *portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération*. *J. O. R. F.* n°34 de 22 de abril de 1944, p. 325-327.

<sup>6</sup> Véase la Ordenanza n°45-1874 del 22 de agosto de 1945 *fixant le mode de représentation à l'Assemblée nationale constituante des territoires d'outre-mer relevant du ministère des Colonies*, *J. O. R. F.* n°197 de 23 de agosto de 1945, p. 5266.

<sup>7</sup> Cuentan con una Constitución precedida de preámbulo Alemania, Austria, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Polonia, Portugal, la República Checa y Eslovaquia. El resto de Estados miembros carecen de preámbulo.

<sup>8</sup> <https://www.constituteproject.org> (Consultado el 14/09/2019)

<sup>9</sup> Lo que John AUSTIN (1970, 41 ss.) llama «enunciados performativos».

persona humana<sup>10</sup>, a partir del primer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 (al cual remite el Preámbulo de la Constitución de 1958), y ello a pesar de resultar muy descriptivo y contextualizado. Puede, en consecuencia, entenderse la reticencia demostrada por ciertos Estados con ocasión de los debates seguidos durante la Convención sobre el futuro de Europa, tras la Conferencia Intergubernamental entre 2003 y 2004, sobre la mención de las «raíces cristianas de Europa» en el preámbulo del borrador del tratado que fijaba una Constitución para Europa (D'Onorio, 2006, 715; Bossuat, 2005, 68-82).

## 2.2 La pretensión de una Constitución duradera

A lo sumo puede decirse que, con carácter general, una Constitución se concibe para que perdure y asegure la eficacia de los poderes públicos, la continuidad del Estado y de sus principios estructurales, así como del principio de legitimidad en que se basa cualquier orden constitucional. A este respecto, este principio de legitimidad aparece, a priori, formalmente consagrado en la fórmula de la soberanía que se encuentra en las constituciones: monarquía de derecho divino, popular, nacional, divisible o indivisible según la forma del Estado (federal o unitario) y la concepción del titular de la soberanía (por ejemplo, pluralismo demótico en el Reino Unido), etc.

Sin embargo, la perdurabilidad de las constituciones no es una constante. En efecto, ciertas constituciones se elaboran a título provisional, con el objetivo de regular un periodo de transición. En Francia, este fue el caso de las famosas leyes constitucionales de 1875. Estas tres leyes sancionadas por la Asamblea Nacional elegida en 1871, calificadas por Joseph Barthélemy como «constitución de expectativa monárquica», pero esta las consideró provisionales. Lo mismo ocurrió con las leyes fundamentales de la Knesset en Israel, en donde la primera Asamblea Constituyente elegida en 1949 se disolvió tras haber transferido el poder constituyente a una segunda Knesset el 14 de febrero de 1949 mediante una ley denominada «de transición»<sup>11</sup>. De igual modo, el recurso por parte de la República Federal de Alemania en 1949 a una ley fun-

---

<sup>10</sup> De la siguiente fórmula del primer párrafo, muy descriptiva: «Al día siguiente de la victoria obtenida por los pueblos libres sobre los regímenes que han tratado de subyugar y dañar a la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, religión, o credo posee unos derechos inalienables y sagrados», el Consejo dedujo lo siguiente «se concluye que la salvaguarda de la dignidad de la persona humana frente a toda forma de sumisión o degradación es un principio de valor constitucional», Decisión n° 94-343/344 DC del 27 de julio de 1994 *Lois bioéthiques*, consid 2.

<sup>11</sup> También denominada «Pequeña Constitución», véase KLEIN (1971, 376, ss.).

damental (*Grundgesetz*)<sup>12</sup>, en lugar de a una Constitución (*Verfassung*), implicaba un carácter provisional, justificado por la perspectiva de la reunificación (Klein, 1996, 33). Incluso ciertas normas formalmente constitucionales se crean de forma expresa para permitir una transición constitucional. Este es el caso de lo que la doctrina ha denominado las «Pequeñas Constituciones», a imagen de las Constituciones polacas de 1919, 1947 y 1992, o de la Constitución sudafricana de 1993, denominada interina. También es el caso en Francia de la Ley Constitucional de 2 de noviembre de 1945, adoptada mediante referéndum el 21 de octubre de 1945 (Cartier, 2007, 513-534).

Por otra parte, el cambio puede concebirse como el elemento que debe marcar de manera lo suficientemente importante la vida de una Constitución. Así pues, Jefferson consideraba que cada generación debía reescribir las constituciones, de modo que los muertos no gobernaran a los vivos. El autor llegaba incluso a prever una fecha de terminación para cada Constitución, que establecía en diecinueve años. Este punto de vista revolucionó toda la mitología asociada a los padres fundadores de la constitución americana<sup>13</sup>.

### 2.3 Objetivos de fondo variados

Más allá de estos elementos comunes a cualquier Constitución que se precie, los objetivos generales perseguidos por el constituyente pueden ser bastante variados. La Constitución puede, en efecto, concebirse en un sentido clásico y técnico del término, como el instrumento de gobierno al servicio del poder estatal y de su eficacia. También puede concebirse como un instrumento del Estado de Derecho en el sentido contemporáneo del término, es decir, para asegurar la garantía de los derechos, la separación de poderes y el ejercicio de la democracia. Estas dos concepciones, y en particular la segunda, se basan en los conocidos modelos constitucionales que conforman un verdadero patrimonio constitucional occidental, del cual derivan la mayoría de las constituciones en vigor. Esta visión patrimonial conduce a veces a una auténtica estandarización constitucional, reforzada por el dictamen internacional de instituciones, tanto públicas como privadas, que se propone a los Estados que desean dotarse

<sup>12</sup> Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949.

<sup>13</sup> JEFFERSON, T., «Letter to Samuel Kercheval», July 12, 1816 et «Letter to James Madison, sept. 6, 1789, véase *The letters of Thomas Jefferson*, 1743-1826, (Traducción propia), en <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/> (Consultado el 13/09/2019).

de un nuevo instrumento constitucional o que desean, simplemente, renovar el vigente <sup>14</sup>.

Por supuesto, estas dos concepciones de la Constitución clásicas no resultan excluyentes entre sí. Por el contrario, muy frecuentemente se combinan y conducen a menudo a un equilibrio que los actores constitucionales deben velar por mantener tanto en tiempos normales como en tiempos de crisis, a riesgo de poner en peligro la garantía de los derechos y la separación de poderes: dos principios que los revolucionarios franceses consagraron como condiciones sine qua non para la existencia misma de una Constitución en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 <sup>15</sup>.

Esta preservación de la Constitución no resulta obvia en un contexto en el que las democracias constitucionales deben luchar contra las amenazas tanto externas como internas, en un terreno plagado de ideologías cuyo objeto principal es el de hacer implosionar el modelo democrático multicultural y sus valores heredados de la Ilustración, de la filosofía humanista y de la experiencia europea final de la Shoah.

Los mecanismos utilizados en estos casos vienen marcados por varias constantes: el refuerzo del ejecutivo en detrimento de la representación nacional, del poder legislativo y del poder judicial, el recurso a los instrumentos de urgencia y excepción, imperativos de eficacia y seguridad. Incluso aunque el mismo Montesquieu declarara que «existen algunos supuestos en los que, por un momento, hay que cubrir la libertad con un velo, igual que se esconden las estatuas de los dioses» (Montesquieu, 1875), resulta necesario asegurar un control jurisdiccional a todos los niveles en la aplicación de dichos mecanismos de excepción, combinado con un control democrático por parte de los representantes de la nación, incluso por parte del mismo pueblo, así como garantizar el cumplimiento de un principio de transparencia que supone la protección de la libertad de prensa y un régimen jurídico que protege, bajo ciertas condiciones que permita preservar la seguridad nacional, a los denunciantes.

Los recientes debates en Francia, tras los atentados terroristas de enero y noviembre de 2015, acerca de la entrada en vigor del régimen de estado de excepción en la Constitución (actualmente previsto por la ley de 3 de abril de 1955 <sup>16</sup>), demuestran la importancia de esta cuestión para las democracias constitucionales contemporáneas. Aparte de la cuestión de la introducción del estado de excepción en nuestra Constitución (en adelante descartado por falta

---

<sup>14</sup> Véase sobre esta cuestión la parte III de esta colaboración.

<sup>15</sup> «Una Sociedad en la que no se asegura la garantía de Derechos, ni se determina la separación de Poderes, no posee Constitución alguna.»

<sup>16</sup> Ley n° 55-385 de 3 de abril de 1955 sobre el estado de excepción.

de una mayoría suficiente para sancionar la reforma), el constituyente francés había reforzado con ocasión de la revisión constitucional de 23 de julio de 2008 la transparencia y los controles jurisdiccionales y democráticos en relación con la puesta en marcha del muy criticado mecanismo del artículo 16 de la Constitución de 1958 que confiere al Jefe de Estado poderes considerados excepcionales «cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de forma grave e inmediata y cuando se interrumpa el funcionamiento habitual de los poderes públicos constitucionales». Por otro lado, este mecanismo sólo lo utilizó una vez en la historia constitucional de la V República, durante cinco meses, el General De Gaulle del 23 de abril al 29 de septiembre de 1961. En adelante se consultará a priori al Consejo Constitucional, que se pronunciará mediante un dictamen que se hará público en las condiciones establecidas en el apartado 1, que permite utilizar dicho procedimiento. Por otro lado, su intervención podrá ser requerida a partir de ese momento por los representantes de la nación (60 diputados o 60 senadores) después de 30 días de ejercicio de poderes excepcionales, con el objetivo de verificar si todavía se cumplen o no las condiciones del ejercicio de estos poderes, mediante un dictamen público. A continuación, se pronunciará de pleno derecho tras un período de 60 días de ejercicio de los poderes excepcionales y «en cualquier momento transcurrido dicho plazo». No obstante, continúa vigente la cuestión del conflicto en la interpretación de las condiciones del ejercicio de estos poderes excepcionales, entre el Presidente de la República y el Consejo Constitucional. En efecto, el artículo 5 de la Constitución precisa que el Presidente «vela por el respeto de la Constitución». Y ello, de hecho, del mismo modo que el Consejo Constitucional, uno de los guardianes de la Constitución, conforme a un punto de vista original que recuerda la controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la Constitución.

### 3. ¿PARA QUIÉN? LA CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DESDE EL PRISMA DE LA MODERNIDAD

Se trata de una cuestión bastante clásica, a medio camino entre la teoría y la técnica, la segunda de ellas en gran parte condicionada por la primera. La elección de la mecánica constituyente depende en efecto, por completo, de la concepción de la soberanía seleccionada, de la elección de su titular y de sus modalidades de ejercicio. La complejidad de ciertas normas contenidas en la

Constitución y la necesidad de ser capaz de percibir las en su dimensión práctica implica que no todo deba remitirse a una cuestión de legitimidad. Así pues, junto al Pueblo, a la Nación o a su representación orgánica, la modernidad consagra plenamente el lugar de los expertos y de los dictámenes en la elaboración de las Constituciones<sup>17</sup>. Este concepto no es, sin embargo, tan reciente. La historia constitucional francesa ofrece algunos momentos en los que recurrir a un pequeño grupo de expertos, procedentes o no de la representación nacional, se consideró una condición previa para elaborar una nueva Constitución o modificar, a veces de forma consecuyente, la Constitución existente.

Más allá de la afirmación del titular de la soberanía y de sus modalidades de ejercicio, la Constitución, debido a su función de ordenamiento del orden jurídico y de la sociedad a la que gobierna mediante el juego de poderes públicos que organiza, toma en cuenta cierta cantidad de características propias del Estado y de su identidad. Estas características pueden ser más o menos numerosas y desembocar en decisiones que definen al Estado, su derecho y sus vínculos con la sociedad civil (sin la cual no hay «sociedad»<sup>18</sup>) como con el contexto externo (internacional o regional). Por lo demás hay que tomar en cuenta la fuerza de transformación propia a la constitución como norma jurídica suprema.

### 3.1 Una fuerza de integración externa: el contexto constitucional

Se trata de elementos relacionados con el contexto interno del Estado. A este entorno constitucional interno se añaden elementos relacionados con el entorno externo.

#### 3.1.1 EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL INTERNO

Por lo que respecta al contexto constitucional interno, la Constitución trata de consagrar en su texto (cuando no están prohibidos por el texto constitucional en sí mismo)<sup>19</sup> ciertos elementos étnicos, culturales, lingüísticos, a

---

<sup>17</sup> Véase sobre esta cuestión de los grupos de expertos y sus desafíos la parte III de esta colaboración.

<sup>18</sup> En el sentido del artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

<sup>19</sup> Como en nuestra Constitución actual a propósito del príncipe de igualdad como formulado en el art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y sobre todo en el artículo 1ero de la Constitución de 1958: «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias».

veces religiosos, territoriales, incluso sociológicos y económicos, para garantizar cierto equilibrio que asegure la paz social. El supuesto más clásico es la consagración, en el cuerpo constitucional, de territorios dotados de una cierta autonomía, pudiendo alcanzar una auténtica soberanía en el marco del federalismo, con casos límite (en el marco del Estado unitario) en los que la autonomía es tal que viene a contradecir el carácter unitario del Estado, el cual aparece, no obstante, expresamente confirmado en la Constitución. Tal es el caso de España y de sus Comunidades Autónomas, con los problemas suscitados por el Estatuto de Cataluña y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estos últimos años. Este reconocimiento constitucional de las peculiaridades territoriales va a menudo de la mano de un reconocimiento cultural y lingüístico y también puede completarse con un reconocimiento étnico o como mínimo comunitario. Este caso particular se encuentra de forma frecuente en los Estados resultantes de un proceso de colonización con una población autóctona convertida en minoritaria, pero a la que se le reconocen derechos específicos tras haberles sido generalmente negados, incluso ultrajados por los colonos. Francia, aunque vinculada de modo visceral al carácter unitario de su Derecho, de sus territorios y de sus pueblos, ha reconocido en el preámbulo de la Constitución de 1946 un lugar particular a los «pueblos de ultramar», procedentes de las antiguas colonias del Imperio francés y ha admitido, sobre esta base, un régimen jurídico diferente para sus territorios de ultramar, reforzado por la revisión constitucional de 2003. Tal régimen va desde la simple excepción al régimen general de las colectividades territoriales de la República (para los Departamentos y las Regiones de Ultramar) hasta un auténtico estatuto de excepción para determinados territorios como Mayotte, la Polinesia Francesa, San Martín, San Bartolomé, incluso un estatuto de casi soberanía para Nueva Caledonia, cuyo Congreso puede adoptar auténticas leyes con la misma fuerza obligatoria que las leyes votadas por el Parlamento francés. Algunos de estos territorios aplican además una legislación extranjera, ya se trate de la sharía en el caso de Mayotte antes de 2011 (en materia de estatuto personal y de régimen matrimonial) o de la costumbre ancestral en el caso de la Polinesia Francesa, Wallis y Futuna, San Pedro y Miquelón o Nueva Caledonia. El Consejo Constitucional, al excluir totalmente la posibilidad de que la ley extienda este reconocimiento a otros pueblos, como el «pueblo corso», y al precisar que la población de ultramar forma parte sin duda del «pueblo francés», caracterizado por su unidad, aceptó, partiendo de la base de una audaz interpretación de la voluntad del constituyente francés de 1946 y de 1958<sup>20</sup>, que el legislador haya

---

<sup>20</sup> Decisión n° 2012-297 QPC del 21 de febrero de 2013.

aplicado determinadas excepciones a los principios de la República (particularmente el laicismo)<sup>21</sup> al territorio metropolitano, en relación con los tres departamentos del este de Francia<sup>22</sup>, aún hoy sometidos al régimen del concordato napoleónico<sup>23</sup> a causa de su anexión a Alemania en la fecha de adopción de la ley de 1905 de separación entre Iglesia y Estado<sup>24</sup>.

La consagración en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de los denominados derechos de segunda generación o económicos y sociales, que ya no consideran al hombre o al individuo de manera universal, como en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, sino que lo sitúan en su contexto económico, social, incluso medioambiental, pone de manifiesto nuevamente esta integración del contexto interno por parte del instrumento constitucional. Además, esto revela el vínculo de la Constitución con su época específica, en el que el tiempo contribuye a configurar el ámbito constitucional y el alcance de los elementos que lo componen. Por lo tanto, ya no se trata del hombre en abstracto, sino de un individuo determinado: los trabajadores, los ancianos, los niños, las mujeres, los enfermos, los extranjeros perseguidos por sus opiniones en su país de origen, etc.

También el contexto constitucional interno trata de elementos jurídicos de tipo sistémica. Así, en los Estados federales, de las relaciones entre la constitución del Estado federal y las constituciones de los Estados federados. En efecto el príncipe de jerarquía que existe a favor de la constitución del Estado federal tiene efectos no solo en el ámbito de la repartición de las competencias entre el nivel federal y los niveles locales si no que en el ámbito de los derechos fundamentales. Esos son normalmente incluidos al nivel federal y son completados con el nivel internacional o regional. Las constituciones de los Estados federados tienen que respetar estos pero pueden también completarlos o enriquecerlos. Este tipo de integración sistémica puede también existir desde un punto de vista temporal en un Estado de tipo unitario. En efecto, la constitución en vigor a veces puede restablecer o establecer relaciones normativas con normas constitucionales anteriores y a veces muy antiguas, como en

---

<sup>21</sup> En relación con el tratamiento otorgado por el Estado a los Ministros de cultos objeto del Concordato.

<sup>22</sup> Ley de 18 germinal Año X *relative à l'organisation des cultes*; Ley de 17 de octubre de 1919 *relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine*; Ley de 1 de junio de 1924 *mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*; Ordenanza de 15 de septiembre de 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*.

<sup>23</sup> Convención aprobada en París el 26 messidor año IX, entre el Papa y el Gobierno francés, ratificada el 23 fructidor año IX.

<sup>24</sup> Ley de 9 de diciembre de 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État*.

la Constitución francesa de 1958 y también la Constitución de 1946. En efecto, el preámbulo de la primera se refiere directamente al preámbulo de la constitución de 1946 como a la Declaración de los derechos de 1789, y desde 2005, a un texto especial (una Carta constitucional) garantizando los derechos del medio ambiente. El Consejo Constitucional francés ha consagrado el valor constitucional de estos textos sin establecer ninguna jerarquía entre ellos a pesar de sus diferencias de espíritu y de tiempo. La doctrina habló, a propósito de esta jurisprudencia iniciada en una sentencia del 16 de julio del año 1971, del reconocimiento de un «bloque de constitucionalidad»<sup>25</sup>. Esto ilustra una continuidad tan histórica como jurídica entre las grandes etapas de la construcción constitucional de Francia desde la Revolución de 1789. También remite a la construcción compleja y rica de lo que François Hartog (2013, 19) llama el «régimen de historicidad» (*le régime d'historicité*) de Francia (Véase también Rudelle, 2007, 915-936).

### 3.1.2 EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL EXTERNO

Junto a la consideración por parte de la Constitución de este contexto interno (de naturaleza sociológica, económica, geográfica y cultural) ha de añadirse el de la consideración de su contexto externo, regional o internacional. Se trata en este caso de exigencias sistémicas de tipo jurídico, basadas en el Derecho internacional o en el Derecho producido por instancias supranacionales de tipo regional, más o menos integradoras, tales como la Unión Europea (UE), el Consejo de Europa (CE), la Unión Africana (UA), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), la Comunidad Andina (CA), la Organización de Estados Americanos (OEA), etc. La era post westfaliana, que se inició en la segunda mitad del siglo xx, condujo a una pérdida relativa de autonomía del constituyente que se tradujo en la circulación internacional y regional de conceptos jurídicos de cada sistema a otro (interna y externa) y en la influencia creciente de derechos externos sobre el Derecho constitucional (Elkins, Ginsburg, Chernykh, 2008), incluso el propio vocabulario del Derecho constitucional lo tomaron prestado estos Derechos y, en particular, los jueces encargados de asegurar su cumplimiento (principalmente en el marco de la UE, el CE, la UA y la OUA)<sup>26</sup>. En Europa, por ejemplo, encontramos el inten-

<sup>25</sup> Decisión n° 71-44 DC del 16 de julio de 1971, *Libertad de asociación*.

<sup>26</sup> La Corte de Justicia de la Unión Europea ha calificado a los tratados europeos como «constitución interna de la Comunidad» (CJCE, dictamen 1/76, 26 abril 1977, §12), como «carta constitucional de base» (CJCE, 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement*, 294/83, §23) e incluso como «carta

to malogrado<sup>27</sup> de adopción de un Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TECE), la utilización del término «Convención» durante el periodo de reflexión, origen del proyecto TECE, la utilización del adjetivo «legislativo» (actos, función y procedimiento) o legislación por parte del Tratado de Lisboa para nombrar una parte del derecho secundario de la Unión o, simplemente, la ratificación por parte del Tratado de Maastricht de 1992 de una ciudadanía europea para la construcción de una Europa política.

Las constituciones incorporan cada vez más las restricciones sistémicas externas, hasta el punto de que algunas les dedican un título específico. Por ejemplo, es el caso de las constituciones de los Estados Miembros de la UE, las cuales, a fin de no contradecir el proceso de integración europea anunciado en 1957 y, sobre todo, después de 1992, han incorporado a su corpus legislativo normas que autorizan determinadas transferencias de soberanía y mecanismos transnacionales que limitan el ejercicio de su soberanía. Un título entero de la Constitución de 1958 está dedicado, después de 1992, a la Unión Europea. En términos generales, el constituyente ha incorporado estas restricciones sistémicas externas a partir de 1946, principalmente en el preámbulo de la Constitución que declara adaptarse «a las normas de derecho público internacional», condena las guerras de «conquista», afirma la «libertad» de los «pueblos» (apartado 14) y autoriza las «limitaciones de soberanía necesarias para organizar y defender la paz» «a condición de que exista reciprocidad» (apartado 15). La misma parte dispositiva se encuentra en el artículo 11 de la Constitución italiana que establece que la República acepta las «limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las naciones». El artículo 55 de la Constitución del 58 define también la superioridad de los compromisos internacionales sobre la ley con condiciones formales mínimas pero los conflictos de normas entre las leyes del Estado y los tratados son resueltos por los jueces ordinarios, al contrario de los conflictos entre las leyes y la Constitución que son resueltos por el Consejo constitucional (a priori y a posteriori) de conformidad con el modelo europeo de justicia constitucional que conoce Francia desde 1958.

Conforme a una lógica similar, la ratificación por parte de Francia del Tratado de Roma, relativo a la Corte Penal Internacional y del Protocolo Adicional n.º 13 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las

---

constitucional de una comunidad de derecho» (CJCE, 14 diciembre de 1991, *Espace économique européen*, Avis 1/91, §21). La Corte Europea de Derechos Humanos por su parte, designa a la Convención como un «instrumento constitucional del orden público europeo» (CEDH, 23 de marzo de 1995, affaire 15318 / 89, *Loizidou c / Turquie* –exceptions préliminaires–, § 75).

<sup>27</sup> Tratado rechazado tras el referéndum francés (mayo de 2005) y el neerlandés (junio de 2005).

Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, se tradujeron en dos revisiones previas de la Constitución, en 1999<sup>28</sup> y 2007<sup>29</sup>, respectivamente. En el ámbito procesal esta lógica se plasma además en la posibilidad integrativa que ofrece el artículo 54 de la Constitución, que permite someter al Consejo Constitucional, con carácter previo, los «compromisos internacionales» que no se encuentren todavía ratificados para valorar su compatibilidad con nuestra Constitución<sup>30</sup>. En caso de constatar alguna contradicción, el texto prevé que «la autorización para ratificar o aprobar el compromiso internacional en cuestión sólo puede tener lugar tras revisar la Constitución». No obstante, el constituyente sigue siendo soberano para revisar o no la Constitución y el Consejo no le indica el contenido de la revisión que realizar. La Carta Europea de lenguas regionales y minoritarias, declarada incompatible con la Constitución por el Consejo Constitucional en una decisión de 1999, no fue declarada incompatible con motivo de una revisión de la Constitución hasta un inciso poco significativo con ocasión de la revisión del 23 de julio de 2008<sup>31</sup>. No obstante, permanece todavía sin ratificar<sup>32</sup>.

Numerosos tribunales constitucionales en Europa comparten esta competencia de examen previo de compatibilidad, como en Alemania, Italia, Bélgica, República Checa, Polonia, Irlanda o España, ya sea de acuerdo con una disposición expresa de su Constitución, como en el caso de Alemania, o con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como en el caso de Bélgica<sup>33</sup>. La mayoría de los sistemas constitucionales africanos francófonos, como Benín, Mali, Senegal o la República Democrática del Congo, han incluido como tal este mecanismo en sus constituciones, pero sus efectos no obstante son bastante menos significativos. La solución del conflicto sistémico pasa, en todo caso, por el poder constituyente.

La pregunta de la recepción del contexto externa toca también al ámbito de los derechos fundamentales y de su protección con mecanismos de integración en ciertas constituciones nacionales. Por ejemplo en España la Constitución se refiere a la Convención europea de los derechos humanos y a los otros

---

<sup>28</sup> Ley constitucional n° 99-568 de 8 de julio de 1999 *insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale*, JORF n°157 de 9 de julio de 1999 p. 10175

<sup>29</sup> Ley constitucional n° 2007-239 de 23 de febrero de 2007 *relative à l'interdiction de la peine de mort*, JORF n°47 de 24 de febrero de 2007 page 3355.

<sup>30</sup> Posibilidad de someter el caso al Consejo Constitucional de naturaleza política: permitida tan sólo al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Presidente de la Asamblea Nacional y del Senado y (tras la revisión constitucional de 25 de junio de 1992) a 60 Diputados o Senadores.

<sup>31</sup> Al añadir un artículo 75-1 que establece que «Las lenguas regionales pertenecen al patrimonio de Francia».

<sup>32</sup> Decisión n° 99-412 DC del 15 junio de 1999.

<sup>33</sup> CA, del 3 febrero de 1994, n°12/94, J. T. 1994.532.

tratados de garantía de los derechos humanos como guías de interpretación de los derechos constitucionales para el Tribunal constitucional (artículo 10-2 C.). En Bélgica el tribunal constitucional lo hace sin habilitación formal de la constitución, y en Francia lo hace sin decirlo cuando aplica los derechos y libertades de nuestra constitución. No es el caso en Francia donde el Consejo constitucional se niega a incluir normas externas (europeas o internacionales en general) en las normas de referencia para su auditoría. Sigue comprometido con una interpretación restrictiva de su competencia constitucional, tal como se define en los artículos 61 y 61-1 de la Constitución<sup>34</sup>. Esta posición es cada vez más marginal en el panorama de los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión. Recientemente fue confirmada por el Consejo<sup>35</sup>, a pesar de la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 1 de agosto de 2018, que prevé la posibilidad de que Francia (con un dictamen favorable del Consejo Constitucional) remita cuestiones relativas a la interpretación del Convenio al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>36</sup>.

### 3.2 Una fuerza transformadora inherente a la Constitución

La pregunta a la que debemos responder (¿Para quién?) no se reduce sin embargo a la consideración de lo ya existente. En efecto, la Constitución no puede ser una burda adaptación de la norma suprema a lo preexistente. A causa de su dimensión prescriptiva, conlleva una fuerza transformadora de la sociedad y de sus relaciones, tanto horizontales como verticales. El texto constitucional da fe de tales normas y, a veces, de su dimensión utópica. Su fuerza transformadora no es menos real, si observamos el ejemplo francés de la IV y la V República. Los célebres «principios particularmente necesarios en nuestro tiempo» del apartado 2 del Preámbulo de 1946<sup>37</sup>, así como la categoría normativa de los «objetivos de valor

---

<sup>34</sup> Desde la famosa decisión n.º 74-54 DC, del 15 de enero de 1975.

<sup>35</sup> Decisión n.º 2018-770 DC, del 6 de septiembre de 2018.

<sup>36</sup> El objetivo de este mecanismo es facilitar la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a nivel nacional y resolver de antemano las dificultades de interpretación del Convenio.

<sup>37</sup> La Constitución francesa de 1946 y su preámbulo, al cual todavía remite el preámbulo de la actual Constitución, ilustra bien lo anterior, en particular en la categoría de «principios particularmente necesarios en nuestros tiempos» del apartado 2, relativo a un conjunto de derechos económicos y sociales, como el derecho de huelga, el derecho sindical, el derecho a la determinación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social o el derecho de asilo.

constitucional» (como el de paridad introducido en 1999 para el constituyente) son prueba de ello. La elaboración de una Constitución pone de manifiesto la importancia del consenso sobre los fundamentos. De ahí la importancia de los preámbulos como herramientas heurísticas y testimonios históricos de un momento constituyente unificador<sup>38</sup>. La norma constitucional, más que la norma legislativa, en efecto debe dotarse de la capacidad de proyectarse en el futuro, de determinar las líneas maestras de un futuro normativo para llegar a transformar concretamente la sociedad y preservar o construir los equilibrios necesarios para la paz social. Esta habilidad se traduce en la afirmación expresa de determinados principios y de ciertas normas, pero también, y al mismo tiempo, en un arte consumado de la elipsis, del silencio, de la generalidad, sin el cual la Constitución no podría perdurar ni adaptarse a las evoluciones de la sociedad y de su contexto, tanto externo como interno. El arte de elaborar una Constitución supone, en consecuencia, confiar en los intérpretes auténticos de la norma constitucional, ya sean los jueces o los poderes públicos. Este fenómeno se traduce al final como una suerte de proceso de concretización de la modernidad como producto de la normatividad constitucional.

#### 4. ¿CÓMO? LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN BAJO EL PRISMA DE LA MODERNIDAD

Esta tercera cuestión es más clásica, y conlleva una dimensión más técnica, así como una dimensión teórica fundamental, en la medida en que presupone la determinación del titular del poder constituyente. Esta determinación depende en sí misma del tipo de soberanía establecida, que resulta del principio de legitimidad que combina la forma de Gobierno (democrática, teocrática, aristocrática, monárquica, etc.) y la forma de Estado (unitario o compuesto). Se trata por tanto de una cuestión teóricamente complicada que no abordaremos en toda su complejidad, conformándonos con evocar las grandes líneas, así como su reformulación en la fórmula de la soberanía consagrada después por la Constitución. Una vez resuelta previamente esta cuestión, queda por determinar el mecanismo constituyente, de acuerdo con el principio de legitimidad escogido.

---

<sup>38</sup> Sobre la importancia de los Preámbulos, véase *Supra* (1).

#### 4.1 Modalidades técnicas muy diversas históricamente

Las modalidades de ejercicio del poder constituyente son variadas, ya se trate de elaborar una nueva Constitución –ya sea de acuerdo o aparte del derecho constitucional vigente–, o de revisar la Constitución en vigor. La experiencia constitucional francesa es muy variada. En lo que se refiere a la propia adopción de la Constitución, encontramos el procedimiento de otorgamiento por un monarca legitimista (Estatuto de 4 de junio de 1814), el de referéndum constituyente (Constituciones de 1793, 1795, 1946 y 1958), el de plebiscito (Constituciones del Año VIII, del Año X, del Año XII y de 1852<sup>39</sup>), el de la ratificación por una Asamblea Constituyente autoproclamada (Constituciones de 1791 y 1875) o el de la ratificación por una Asamblea Constituyente designada a tales efectos (Constitución de 1848). El artículo 2 del Decreto de la Convención Nacional de 21 de septiembre de 1792 declaró que «la única Constitución que puede haber es la aceptada por el pueblo» (Fridieff, 1931, 241-243).

La experiencia constitucional francesa combina el recurso a diferentes técnicas, ya se trate de la iniciativa de revisión, de la elaboración del proyecto de revisión o de su ratificación. Igual sucede para la adopción de una nueva Constitución. Entre los ejemplos extraídos de esta rica historia constitucional, el de la adopción de la Constitución de la IV República (sobre cuya base fui adoptada la constitución de 58 después de la revisión del artículo 90 de la constitución de 46 sobre el procedimiento de revisión de la Constitución) es el más interesante. En efecto, durante cuatro años (1940-1944) Francia estuvo gobernada por el Régimen de Vichy, a su vez resultante de una ley constitucional de 10 de julio de 1940, en base a la cual el Mariscal Pétain, nombrado Presidente del Consejo de la III República el 16 de junio de 1940, sanciona diversas actas denominadas «constitucionales» y promulgó una legislación que atentaba contra las libertades de los franceses y los principios constitutivos de la República. El gobierno provisional del General de Gaulle, en el momento de la caída del Régimen de Vichy, declaró, mediante una disposición de 9 de agosto de 1944, la inexistencia jurídica de Vichy y de su legislación desde el 16 de junio de 1940, así como la continuidad «en Derecho» de la República y de sus leyes. El General de Gaulle, en contra de la opinión de la Asamblea

---

<sup>39</sup> Los estatutos de ambos Imperios se implementaron sobre la base de consultas populares que adoptaron la forma de referéndum, y que resultaron llamamientos, más o menos encubiertos, a la aclamación. Tres plebiscitos (Año VIII, Año X y Año XII) marcaron el ascenso de Napoleón I al poder y dos votaciones sucesivas otorgaron al Príncipe-Presidente, Luis Napoleón, una gran delegación de poderes (1851) antes de otorgarle la corona del Imperio (1852). También se utilizó en 1870 un plebiscito para ratificar las medidas liberales adoptadas por Napoleón III tras su subida al poder.

Consultiva Provisional reunida en París en julio de 1945, organizó un referéndum combinado con una elección, que permitiera que el pueblo francés no sólo decidiera si romper o no con la Constitución de la III República, sino sobre todo que interviniera, directa o indirectamente, para ratificar la futura Constitución de la IV República, en caso de respuesta positiva a la primera de las cuestiones. Una respuesta negativa a la primera pregunta habría acarreado la restauración de las leyes constitucionales de 1875 y la elección consiguiente por parte del pueblo francés de una nueva Cámara de Diputados, antes de la elección de un nuevo Senado. Una respuesta positiva a la primera pregunta supondría la elección consiguiente de una Asamblea calificada como «constituyente» encargada de elaborar una nueva Constitución. La segunda cuestión recaía en la adopción «con fuerza constitucional» de un texto adjunto a la votación<sup>40</sup>, cuyo principal objetivo era el de organizar provisionalmente los poderes públicos y limitar los poderes de la Asamblea Constituyente, tanto en el tiempo (7 meses como máximo para proponer un borrador de Constitución) como en su alcance, en la medida en que el proyecto de Constitución debía someterse a la ratificación del pueblo francés. Fueron necesarias dos asambleas constituyentes antes de reunir en torno a un borrador de Constitución a la mayoría del pueblo francés<sup>41</sup>.

Si bien la asociación formal del juez constitucional con la elaboración de una nueva Constitución es muy poco común (Sudáfrica y Madagascar), ciertos Estados europeos (no es el caso de Francia) asocian formalmente su Tribunal Constitucional al procedimiento de revisión de la Constitución. Tal es el caso de Azerbaiyán, Kirguistán, Moldavia, Turquía y Ucrania. Su opinión a menudo condiciona el examen del borrador de ley constitucional por parte del Parlamento<sup>42</sup>. En ciertos Estados europeos como Alemania o Italia, el juez constitucional ha considerado que podía controlar la constitucionalidad no solamente formal si no que substancial de las leyes de revisión constitucionales, lo que negase a hacer el Consejo constitucional francés hasta ya, al nombre de la soberanía del poder constituyente<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Primera pregunta: ¿Quiere que la asamblea elegida este día sea constituyente?

Segunda pregunta: ¿Si el electorado respondió sí a la primera cuestión, usted aprueba que los poderes públicos, hasta la postura vigente de la nueva Constitución, hayan organizado conforme al proyecto al lado?

<sup>41</sup> Un primer borrador se rechazó por referéndum en abril de 1946. La Asamblea Constituyente se disolvió y se convocaron nuevas elecciones. La segunda Asamblea Constituyente propuso un nuevo borrador que se adoptó en septiembre de 1947 y se convirtió en la Constitución de la IV República.

<sup>42</sup> Véase sobre esta cuestión el informe de la Comisión de Venecia sobre «La enmienda constitucional», 19 de enero de 2010, Estudia n° 469 / 2008, p. 14-15, <http://www.eods.eu> (Consultado el 15/09/2016)

<sup>43</sup> Decisión n° 2003-469 DC de 26 de marzo de 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

## 4.2 El papel ambivalente de los dictámenes en el procedimiento constituyente

Más allá de la originalidad del procedimiento, la elaboración o modificación de una Constitución implica, cada vez con mayor frecuencia, el recurso previo a los dictámenes constitucionales. El asunto no es nuevo, en la medida en que las primeras constituciones francesas también se contemplaron como textos que debían ser pensados y elaborados primero por un pequeño grupo de personas, antes de someterse al debate democrático y a ratificación popular o parlamentaria. Se trataban en su mayor parte en el marco de comités o comisiones procedentes de la representación nacional, ya fuera la «Comisión de los Once» para la Constitución de 1795 o las diferentes comisiones encargadas por las sucesivas asambleas constituyentes de redactar una propuesta de Constitución en 1848, 1875 o 1946.

Los dictámenes, en el sentido estricto, dependen de otra lógica, pura o principalmente técnica y no política; hoy en día incluso en parte económica, cuando los realizan instituciones privadas extranjeras.

### 4.2.1 LOS EXPERTOS INTERNOS

A diferencia de las Repúblicas anteriores, la elaboración del texto de la Constitución de 1958 se confió directamente al Gobierno sobre la base de la revisión del procedimiento de revisión de la Constitución de 1946 (artículo 90), llevada a cabo por la Ley Constitucional de 3 de junio de 1958, que se recuerda por una paradoja de la que sólo la historia posee el secreto, la de 10 de julio de 1940 mediante la cual el Mariscal Pétain vio cómo se le confiaba la tarea de elaborar una nueva Constitución. El Ministro de Justicia reunió desde el mes de junio a un grupo de trabajo, compuesto en parte por miembros del Consejo de Estado, encargado de presentar al gobierno un proyecto de Constitución. El borrador de Constitución se sometió a continuación al examen de un Comité consultivo compuesto por miembros del Parlamento y personalidades elegidas por el Gobierno. Este Comité, cuyas conclusiones se publicaron en el Boletín Oficial, podía formular recomendaciones, pero no modificar el borrador. Se presentó luego el proyecto ante el Consejo de Estado para su dictamen antes de la aprobación del borrador definitivo por parte del Gobierno, que conservaba el control completo del proceso constituyente hasta la adopción de la Constitución mediante el Referéndum de 28 de septiembre. No obstante, este dictamen sigue estando ampliamente marcado por una dimensión política, lo que no ocurre con los dictámenes promovidos a iniciativa del Jefe del Estado a partir de 1992, en el marco de comités externos con una representación nacional. (Saccucci, 2009, 182).

El comité presidido por el Decano Vedel, instituido por Decreto del Presidente Mitterrand en 1992 con una hoja de ruta muy larga, fue el primer grupo auténtico de expertos en materia constitucional. En efecto, estaba compuesto por primera vez en la historia constitucional de la República por «personalidades escogidas en función de sus capacidades y que, salvo excepción, no eran titulares de ningún mandato político, dicho de otra manera, un comité de sabios» (Hamon, Troper, 2007, 520).

En el año 2002, el Presidente Chirac, recurrió a un comité presidido por el profesor Pierre Avril para deliberar acerca de una reforma del estatuto penal del Jefe de Estado. En julio del año 2007, el Presidente Sarkozy nombró un comité de «equilibrio y modernización de las instituciones de la V República», presidido por el ex Primer Ministro Édouard Balladur. Al año siguiente, se encargó a un comité presidido por Simone Veil que deliberara sobre las eventuales modificaciones que podrían incorporarse al Preámbulo de la Constitución. François Hollande retomó esta fórmula, al decretar en julio de 2012 la creación de una Comisión «de renovación y deontología de la vida pública», presidida por el ex Primer Ministro Lionel Jospin. Cada uno de estos grupos de expertos, salvo el presidido por Simone Veil, originará propuestas de revisión de la Constitución. Las resultantes del Comité Balladur (77 propuestas), darán lugar a la revisión constitucional más importante que ha conocido la V República, de fecha 23 de julio de 2008. El papel de estos expertos internos, designados por el ejecutivo, consiste finalmente en estudiar los modos de transponer, al ámbito constitucional, un proyecto cuyas grandes líneas vienen definidas por el poder político. De este modo, el dictamen de los comités se pone en marcha a la vez de modo coyuntural y finalizado en función de las intenciones constitucionales del poder.

Los dictámenes internos, común a numerosos Estados, tienen como principal inconveniente el de sustraer a la representación nacional una parte de la elaboración constitucional, sin duda por su bien y por la coherencia y eficacia del instrumento constitucional, pero puede que no sea por el bien de la democracia, al menos cuando no están sometidos a cierta transparencia o incluso a un proceso de participación pública.

#### 4.2.2 LOS EXPERTOS EXTERNOS

Estos dictámenes internos, ya clásicos, se enfrentan hoy en día en los Estados en transición a unos dictámenes externos, propuestos tanto por instituciones públicas como por instituciones privadas, cuyos intereses son básicamente económicos. Estos dictámenes (a diferencia de los internos, todavía

marcados por la dimensión política de la autoridad que los utiliza), asumen plenamente su función técnica y no dudan en recurrir al vocabulario clásico de la ingeniería e incluso a registros del consumo<sup>44</sup>.

#### 4.2.2.1 *Expertos públicos*

Así pues, la Comisión de Venecia (del Consejo de Europa) en el año 1999, con motivo de sus diez años de existencia, definió su papel como «un instrumento de ingeniería constitucional de urgencia» destinada a ofrecer a los Estados (en transición o en construcción) un servicio posventa de «reparación constitucional»<sup>45</sup>. En el mismo informe indica que «la ingeniería constitucional efectivamente resulta indispensable para garantizar el funcionamiento de un mecanismo que, de lo contrario, tendería a agarrotarse». La Comisión interviene no sólo en Europa (su campo de acción privilegiado e histórico), sino también en numerosas regiones del mundo como Asia Central, América Latina y el sur del Mediterráneo<sup>46</sup>. Su papel de dictamen es esencial y sus dictámenes con frecuencia los toman en consideración los Estados solicitantes. Entre la documentación existente acerca de dichas intervenciones en el mundo, en el año 2010 publicó un informe sobre «enmiendas constitucionales» destinado a proporcionar un marco estándar a los procesos constituyentes, con un objetivo de flexibilidad y protección de los valores defendidos por el Consejo de Europa<sup>47</sup>.

#### 4.2.2.2 *Expertos privados*

Más allá de los actores públicos, cada vez más despachos de abogados internacionales tienden a ofrecer sus servicios de redacción a los Estados en busca de una solución transitoria tras salir de una crisis. Aunque recurrir al sistema pro bono es frecuente en la materia y se justifica por una visión ética responsable, las

---

<sup>44</sup> No nos extenderemos en los dictámenes ofrecidos por los Estados extranjeros, en particular occidentales, en relación con sus antiguas colonias o con respecto a Estados en reconstrucción tras una intervención militar, ya sea o no bajo auspicio de las Naciones Unidas, en relación con los cuales existe una copiosa literatura jurídica y distintos ejemplos característicos tales como Alemania o Japón de después de la guerra o incluso Afganistán, Irak o Kosovo. Nosotros nos detendremos en otro tipo de dictámenes, públicos y privados, pero cuya dimensión técnica es primaria, véase ELKINS, GINSBURG, MELTON (2008).

<sup>45</sup> Informe del 3 de agosto de 1999, con motivo de los 10 años de la Comisión de Venecia, CDL-INF (99) 13, <http://www.venice.coe.int> (Consultado el 15/09/2019).

<sup>46</sup> La Comisión intervino, por ejemplo, de manera importante en el proceso de elaboración de la nueva Constitución boliviana (2011-2012).

<sup>47</sup> <http://www.eods.eu> (Consultado el 15/09/2019).

implicaciones financieras y económicas (en términos de apertura de mercados) pueden ser consecuentes. Así pues, el despacho de abogados *Public International Law & Policy Group* (de Washington) declara haber intervenido en los procesos constituyentes de 14 Estados y propone lo que califica como «kit constitucional» para situaciones posteriores a un conflicto. Este kit, conforme a una lógica hazlo tú mismo, presenta diferentes modelos de Constitución, así como las normas estándar que permiten su elaboración. El despacho de abogados *Latham & Watkins* (de Los Ángeles) por su parte ha desarrollado, bajo el sistema pro-bono, un departamento de «redacción y negociación» de constituciones<sup>48</sup>. Entre 2004 y 2006, ha negociado en concepto de responsabilidad social del despacho, el contenido de la Constitución de Sudán del Sur por encargo de los rebeldes (SPLM) después de más de 20 años de guerra civil<sup>49</sup>.

Esta concepción técnica de la elaboración constitucional se refuerza por el peso de ciertos actores públicos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional que se apoyan en indicadores mundiales referentes al Estado de Derecho, tales como por ejemplo el *Rule of Law* del Banco Mundial (Restrepo, 2014, 193-234; Tamanaha, 2011, 10) o, más recientemente, el *Rule of Law index* del *World Justice Project*<sup>50</sup>. Estos indicadores pretenden medir el cumplimiento del Estado de Derecho por parte de los Estados, partiendo de la identificación de «buenas prácticas» constitucionales. Estos indicadores están en el centro de las políticas de reforma constitucional promovidas por el Banco Mundial y puestas en marcha por numerosos Estados y las agencias de calificación del crédito (Lewkowicz, 2014, 193-234) los toman en cuenta.

Esta concepción del proceso constituyente cercano a la ingeniería remite a ciertas teorías elaboradas por la doctrina comparatista europea, en particular la desarrollada por el alemán Günter Frankenberg, denominada «teoría IKEA»<sup>51</sup> de las transferencias constitucionales». Mediante esta teoría el autor presupone la existencia de una «constitución global», construida en torno a «estándares» comunes, la cual se identificaría en su modo de funcionamiento con «un almacén o, más concretamente, un supermercado, en donde los elementos constitucionales estandarizados (...) están almacenados y disponibles, listos para utilizarse, para la compra y ensamblaje por parte de los constituyentes en todo el mundo» (Frankenberg, 2010).

<sup>48</sup> <http://www.globalprobonosurvey.com/> (Consultado el 15/09/2019).

<sup>49</sup> STEINITZ (2009). Véase también el trabajo para poner en valor la obra de estos despachos internacionales en torno a la noción de «pro bono global», realizado por el Instituto Pro Bono (PBI) desde su creación en el año 1996, <http://www.probonoinst.org> (Consultado el 15/09/2019), o el de la Corporación Pro Bono desde el año 2000, <http://www.cpbo.org> (Consultado el 15/09/2019).

<sup>50</sup> <http://worldjusticeproject.org> (Consultado el 14/09/2019).

<sup>51</sup> Con referencia al nombre de los almacenes y de la empresa IKEA que son especializados en la venta de muebles en kit (desmontados).

### 4.3 Los contrapesos contemporáneos bajo influencia de los dictámenes y de los límites de la democracia semidirecta

Estos contrapesos son de tres modos y ya no son todavía completos pero las pistas trazadas por ellos invitan a replantearse el proceso constituyente en sus diferentes fases.

#### 4.3.1 EL REFLEJO IDENTITARIO CONSTITUCIONAL

Frente a la influencia de los expertos, tanto internos como externos, tanto públicos como privados, incluso de relativizar el lugar del pueblo en la elaboración de las Constituciones nacionales, se han desarrollado mecanismos de compensación originales. Así pues, determinados Estados, en nombre de un cierto relativismo cultural (Renteln, 1990, 61-87) que no habría decepcionado ni a Montesquieu ni a Rousseau, han tratado de reforzar su identidad histórica y social en su Constitución, al incluir por ejemplo la religión, sin por ello optar por un diseño teocrático de la soberanía y del derecho. Tal es el caso de Túnez y Egipto, tras la Primavera Árabe de 2010-2011.

Los jueces constitucionales de ciertos los Estados de la UE (como en Francia, Alemania e Italia) han también desarrollado una jurisprudencia para resistir a la influencia del Derecho europeo y al fenómeno de estandarización de los derechos, con referencias a la noción de «identidad constitucional»<sup>52</sup>.

#### 4.3.2 EL REFLEJO DE AISLAMIENTO CONSTITUCIONAL

En Egipto, el rechazo de un dictamen externo se tradujo en una especie de aislamiento del proceso constituyente alrededor de sus actores internos, que ilustra por ejemplo el hecho de que los diferentes borradores de texto constitucional en preparación y las principales enmiendas que se propusieron sólo se comunicaron en idioma árabe. Las comunicaciones relacionadas con el proceso constituyente en Egipto fueron muy esporádicas, pese a la utilización de las redes sociales, a diferencia de la de Túnez, que, por el contrario, abrió el proceso constituyente al debate público, tanto interno como externo, principalmente vía Internet. Algunos Estados, conscientes del poder ejercido por Inter-

---

<sup>52</sup> Para el Consejo Constitucional francés, véase la Decisión n° 2006-540 DC de 27 de julio de 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, consid. 19.

net sobre la opinión pública nacional e internacional, no dudan en controlar la red, ya sea mediante el bloqueo del sistema de nombres de dominio (DNS), el control de los proveedores de acceso locales o el tráfico obligado a través de un servidor nacional para salir a la Red, al tiempo que reprimen penalmente a los blogueros subversivos<sup>53</sup>.

#### 4.3.3 EL CONTRAPESO DEL NUMÉRICO COMO NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN

Otro mecanismo contemporáneo que resulta interesante observar es la apertura del debate constituyente al público, en particular cuando se basa en las redes sociales y el vector digital. Desde este punto de vista, Internet y las redes sociales digitales han podido tener (y siguen tener) una doble incidencia sobre el proceso constituyente estos últimos años en cada etapa de esto<sup>54</sup>.

##### 4.3.3.1 *La iniciativa*

Por una parte, han aparecido de forma temprana entre los factores desencadenantes de ciertas transiciones constitucionales o, al menos, de reformas constitucionales de importancia como en Túnez, Marruecos<sup>55</sup> y Egipto durante la Primavera Árabe, de hecho denominadas por algunos como «Revoluciones 2.0».

##### 4.3.3.2 *La co-determinación del contenido del proyecto de Constitución*

Por otro lado, contribuyen al debate público con ocasión de la discusión del contenido de la reforma contemplada, llegando a cortocircuitar en ocasiones la deliberación del órgano representativo con la complicidad de los representantes mismos, que no dudan en twittear en directo el contenido de los debates del hemicycle y en rendir cuentas a diario de su trabajo en su página de Facebook. La experiencia (frustrada) llevada a cabo por

---

<sup>53</sup> Véase el caso de Turquía, Tailandia, Irán, Siria, Corea del Norte, China, Venezuela o Rusia (TÜRK, 2013, 1489).

<sup>54</sup> No hablaremos de la etapa de la ratificación que es también impactada por el numérico gracias al voto electrónico que es otro problema ya tratado por numerosos autores francés como extranjeros.

<sup>55</sup> Referéndum relativo a la revisión de la Constitución de julio de 2012, organizada a iniciativa del rey de Marruecos, véase el n.º 145 de la revista *Pouvoirs* dedicado a Marruecos (VV. AA., 2013).

Islandia en 2012. Tras la «revolución de las cacerolas» del año 2009, se abrió un debate nacional que condujo a la elección de un panel de 25 ciudadanos encargados de redactar una nueva Constitución que el Parlamento islandés tendría que ratificar. Los trabajos de este panel fueron objeto de una extensa comunicación en las redes sociales; los proyectos de los artículos se pusieron en línea y se abrió una discusión sobre ellos en Facebook y Twitter. Incluso, se transcribieron deliberaciones del panel en YouTube y Flickr, de modo que cualquier internauta podía en cualquier momento interpellar directamente a los miembros del panel, e incluso proponer enmiendas. Sin embargo, el borrador no llegó a buen término al no obtener la suficiente participación<sup>56</sup> y sobre todo al no haber sido ratificado por el Parlamento, que mantenía el control sobre el proceso constituyente.

A día de hoy aún no estamos preparados para la democracia 2.0 o la e-revolución, pero las pistas trazadas por estas recientes experiencias invitan a replantearse el proceso constituyente en sus diferentes fases y, en particular, en la fase de redacción. En efecto, no sólo la apertura y la transparencia permitida por la tecnología digital permiten contrarrestar el peso de los expertos, sino que también permiten superar el límite natural de la intervención del pueblo en la determinación del contenido de la Constitución, es decir, en su redacción y la deliberación que la acompaña. En efecto, tal y como constataba Olivier Beaud, en una democracia, aunque titular del poder constituyente, «[el pueblo] se encuentra generalmente obligado a ratificar o no un borrador o una propuesta de Constitución (...). Por tanto, los límites del poder del pueblo se manifiestan en la determinación intelectual del contenido de la Constitución» (Beaud, 1993, 39). Al reforzar el espacio concedido a la consulta ciudadana sobre un borrador de Constitución y al facilitar la ampliación de la deliberación constitucional, Internet no sólo cambia el modo de redactar las constituciones, sino también a quiénes las redactan. También conduce, sin duda, a redefinir los vínculos del pueblo soberano y los representantes, al reintroducir, si no un principio de responsabilidad continuo, al menos una obligación de rendir cuentas que, dado el carácter instantáneo de Internet y la amplificación de comunicaciones que permite, conduce a atenuar el principio de la prohibición del mandato imperativo consagrado en numerosas constituciones democráticas.

---

<sup>56</sup> Al final del proceso, se habían recogido mediante Internet 3.600 comentarios y 370 propuestas de artículos, «*Les Islandais se prononcent sur une nouvelle Constitution écrite par des «gens ordinaires»*», *Le Monde*, 20 octubre 2012.

#### 4.3.3.3 *Un horizonte nublado*

Así, el horizonte parece por el momento nublarse por el carácter elitista de esta participación, por parte de un público que no se mezcla con el pueblo y que se somete a numerosos límites, lo que sin duda no permite contemplar una deliberación a la vez legítima y serena, es decir, lo suficientemente amplia y por ende representativa<sup>57</sup> y, al menos formalmente, protegida de la influencia de los intereses privados, individuales o corporativistas. Asimismo, hay que subrayar la enorme vulnerabilidad (estructural) de nuestros sistemas informáticos, en manos de expertos, distintos a aquellos a quienes se confía la tarea de redactar la Constitución y cuyo lenguaje y conocimientos escapan a la gran mayoría: los informáticos. Más allá de los informáticos, todo el sistema de gobierno de Internet, esencialmente puesto en manos de actores privados en Estados Unidos<sup>58</sup>, es el que debe tomarse en consideración antes de consagrar cualquier tipo de «soberanía digital» sin el Estado y asociarle la noción de democracia, su larga historia y sus valores.

Sobre todo el modelo de democracia 2.0 parece, por el momento y de manera más general, estar sujeta a factores de dilución, e incluso a disensiones vinculadas a la extrema confusión que supone la construcción de la opinión pública a través de las redes sociales. En efecto, estas redes son a menudo y paradójicamente factores de confinamiento de las comunidades de pensamiento y no favorecen el diálogo y el debate, sino la confrontación violenta o la ignorancia mutua. También son manipulables de manera natural y técnica, como lo demuestran las reflexiones y acciones de algunos Estados sobre las *Fake news* y la actividad de ciertas empresas privadas (como la famosa empresa *Cambridge Analytica* y su sucesora Emerdata), o incluso de Estados delincuentes con capacidad para influir o incluso manipular a la opinión pública a fin de producir resultados electorales específicos<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> La tasa de penetración de Internet en los diferentes continentes es muy variable: en 2016, es de 89% en América del Norte, del 73,9% en Europa, del 61,5% en América Latina – Caribe, del 73,3% en Oceanía-Australia, del 53,7% en Oriente Medio, del 44,2% en Asia y del 28,6% en África. Asia representa el 49,6% de la comunidad de internautas frente a sólo un 9,4% en África, justo por delante de Europa (17%) y América Latina – Caribe (10,7%), <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

<sup>58</sup> En este punto cabe señalar el importante papel jugado por el ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), organismo privado sin ánimo de lucro creado en 1998, bajo la jurisdicción del Derecho de California y dirigido por un directorio de 21 miembros y con la posibilidad por parte de Estados Unidos de suspender los nombres de dominio (BENHAMOU & SORBIER, 2006, 4).

<sup>59</sup> Por ejemplo muy recientemente en Francia la ley ordinaria y la ley Orgánica de 22 de diciembre de 2018 sobre el tratamiento de la información. Estas leyes crean un nuevo procedimiento civil sumario destinado a poner fin a la difusión de información falsa durante los tres meses anteriores a una elección nacional. Cuando se le remite un caso, el juez debe evaluar, en un plazo de 48 horas, si esta información falsa se difunde «de manera artificial o automatizada» y «masiva». Las plataformas digitales como Face-

## 5. ¿CUÁNDO? LA TEMPORALIDAD EN LA ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL BAJO EL PRISMA DE LA MODERNIDAD

La cuestión de la elección del momento constituyente y su duración resulta crucial y depende a la vez de una temporalidad jurídica, definida por la Constitución, y de una temporalidad política, definida por los poderes públicos y la sociedad civil con el riesgo e transformación de la norma constitucional en un instrumento de comunicación, como lo ilustran los recientes debates francés muy impulsivos de 2015 sobre la oportunidad de inscribir el procedimiento de privación de nacionalidad en la Constitución. Ciertas constituciones han establecido periodos durante los cuales la revisión de la Constitución estaba prohibida. Así pues, la Constitución de 1958 prohíbe la revisión de la Constitución durante la utilización de los poderes de excepción, confiados al Jefe del Estado por el artículo 16. Asimismo prohíbe la revisión de la norma fundamental cuando menoscabe la integridad del territorio nacional, cuando la Presidencia de la República se encuentre vacante o en el transcurso de la disolución de la Asamblea por el Presidente<sup>60</sup>.

Fuera de estos límites temporales estrictos, el proceso constituyente, ya sea iniciado por el Ejecutivo (el Presidente de la República bajo propuesta del Primer Ministro) o por los Miembros del Parlamento (Diputados o Senadores), se encuadra en una temporalidad que permite, al igual que en las leyes ordinarias, el debate. El artículo 42 de la Constitución francesa establece que «La sesión de debate, en primera lectura, de un borrador o una proposición de ley sólo podrá producirse, ante la primera Cámara a la que se haya sometido, al vencimiento de un plazo de seis semanas tras su presentación. Sólo podrá presentarse, ante la segunda Cámara a la que se haya sometido, transcurrido un plazo de cuatro semanas desde su comunicación». No obstante, el Gobierno puede recurrir, tras una primera lectura por parte de cada Asamblea, al «procedimiento acelerado» previsto en el artículo 45. Fuera de ello, el Ejecutivo sigue siendo dueño de la temporalidad constituyente. Puede, por tanto, por razones políticas o estratégi-

---

book están sujetas a obligaciones de transparencia cuando distribuyen contenidos a cambio de una tarifa. El *Conseil supérieur de l'audiovisuel français* también puede impedir la difusión de servicios de televisión «controlados por un Estado extranjero» o «bajo la influencia de dicho Estado», y que afecten «a los intereses fundamentales de la nación». El Consejo constitucional especificó en una reserva de interpretación, con motivo de un control *a priori* (obligatorio para las leyes orgánicas) que el juez sólo podía ordenar que se pusiera fin a la difusión de información si la inexactitud o el carácter engañoso de la información era «manifiesto» y que el «riesgo de alterar la sinceridad de la votación» también era «manifiesto», Consejo constitucional, Sentencias n 2018-773 y 2018-774 DC de 20 de diciembre.

<sup>60</sup> Encontramos tales límites asociados a periodos de prohibición de revisión en las Constituciones de Albania, Bélgica, Estonia, Georgia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Portugal, Rumania, Serbia, España y Ucrania, véase el Informe de la Comisión de Venecia sobre «La enmienda constitucional», *op. cit.*, p. 14.

cas, no presentar el proyecto de ley constitucional o diferir su presentación sine die<sup>61</sup>. También puede decidir no convocar al órgano constituyente tras la aprobación en términos idénticos del borrador o de la proposición de ley constitucional por parte de ambas cámaras o bien decidir, como ha sido el caso en 21 de las 22 revisiones efectuadas en el marco del artículo 89 de la Constitución, recurrir al Congreso en lugar de al procedimiento de referéndum.

Ciertas constituciones francesas han definido la temporalidad del momento constituyente de modo mucho más estricto y rígido. Así pues, la Constitución de 1795 en su aspiración de perdurar, requería un procedimiento que se extendía durante nueve años. Otras constituciones, francesas o extranjeras, impusieron una duración durante la cual la constitución original no podía modificarse. En Grecia y Portugal, la Constitución sólo puede modificarse transcurridos cinco años desde la sanción de la última revisión. Otras constituciones prevén que una propuesta de enmienda constitucional rechazada no puede volver a presentarse durante la misma legislatura<sup>62</sup> o durante un determinado periodo más o menos largo e ineludible o no<sup>63</sup>.

Fuera de estas restricciones jurídicas, determinadas principalmente en las constituciones, la determinación de la temporalidad constituyente depende también, y sobre todo, de la capacidad de los poderes públicos de anticipar las expectativas de una sociedad en plena mutación, sin dejarse atrapar por los cantos de sirena de la revisión constitucional comunicativa y siendo conscientes de su capacidad de modificar los textos sin recurrir de manera forzosa a la revisión en cuanto estos lo permitan y que lo básico, es decir, la respuesta a la primera pregunta —«¿Por qué?»— esté protegida por la interpretación que hacen de los textos y en cuanto acepten el control del juez y la transparencia que van aparejados a la sociedad democrática. El juez, como interpreto auténtico del Derecho constitucional, tiene un papel relevante en la adaptación de la norma constitucional a los grandes desafíos económicos, sociales y normativos, como lo ilustra la historia constitucional de los Estados Unidos de América.

En efecto, conviene ser plenamente consciente, al retomar las palabras de Royer-Collard (diputado y académico en la época de la Restauración y la monarquía de julio) que «Las Constituciones no son tiendas alzadas para el reposo». Son creaciones vivas que se vuelven a la vez hacia el pasado, que falsean, y hacia

---

<sup>61</sup> Ejemplo de ello son los borradores de leyes constitucionales relativos al quinquenio de 1973 y los relativos a la supresión de los miembros de derecho del Consejo Constitucional de 2013 o la inscripción del estado de excepción y de la pérdida de nacionalidad en la Constitución de 2016.

<sup>62</sup> Por ejemplo, Ucrania. Véase el Informe de la Comisión de Venecia sobre la «Enmienda constitucional», *op. cit.*

<sup>63</sup> Por ejemplo, Bulgaria, Albania, Estonia, Kirguistán, Lituania, Montenegro, Serbia y Ucrania, *ibid.*

el futuro, que fecundan. Estas dos vertientes participan en la construcción de una identidad constitucional que los actores del Derecho han de contribuir a difundir. Ya que el Derecho sigue siendo la mejor arma de las democracias contra las diferentes formas de fanatismo y contra la guerra del todos contra todos. Las experiencias francesas como españolas lo demuestran bien. Las repuestas políticas en un contexto de tensiones sociales necesitan una repuesta que debe pasar por el Derecho y a veces por el Derecho constitucional a pesar de que a veces también abrir la temporalidad (y el espacio de debate) constituyente puede estar peligroso en un contexto de instrumentalización del debate por el populismo. La serenidad del debate necesita más que todo prestar atención a las condiciones de formación de la opinión pública (especialmente contra el fenómeno viral de las *Fake News*) como a las de expresión del voto final. Solo el Derecho permite la santuarización necesaria del núcleo duro de este proceso democrático, lo que, en la sociedad 2.0 globalizada parece más en más complicado en el ámbito del espacio cerrado de cada Estado<sup>64</sup>. Así, en este campo tan importante para la garantía de nuestras democracias y de los príncipes del Estado de derecho, la UE podría tocar un papel estructurador esencial.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN J. L. (1970), *Quand dire c'est faire*, Introduction, traduction et commentaire par Gilles Lane, postface de François Récanati, éd. du Seuil, Paris.
- BEAUD, O. (1993), *Le Souverain, Pouvoirs*, n° 67, pp. 33 ss.
- BENHAMOU, B., SORBIER, L. (2006), *Souveraineté et réseaux numériques, Politique étrangère*.
- BOSSUAT, G. (2005), Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution européenne, *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 1, pp. 68-82.
- CARCASSONNE, G. (2004), *La Constitution*, 6<sup>a</sup> éd., Seuil, Paris.
- CARTIER, E. (2007), Les petites constitutions: contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire, *RFDC*, n° 3, pp. 513-534.
- D'ONORIO, J.-B. (2006), Religions et Constitutions en Europe, *RDP*, n°3.
- ELKINS, E., GINSBURG, T., CHERNYKH, S. (2008), Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law, *University of Illinois Law Review*.
- ELKINS, E., GINSBURG, T., MELTON, J. (2008), Baghdad, Tokyo, Kabul...: Constitution Making in Occupied States, *William and Mary Law Review*.

---

<sup>64</sup> Véase sobre este tema TÜRK, VALLAR (2018, 240).

- (2009), *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, New York.
- FRANKENBERG, G. (2010), Constitutional transfer: The IKEA theory revisited, *Oxford Journal*.
- FRIDIEFF, M. (1931), *Les origines du Référendum dans la Constitution de 1793: l'introduction du vote individuel*, Thèse, PUF, Paris.
- HAMON, F., TROPER, M. (2007), *Droit constitutionnel*, 30.<sup>a</sup> éd., Paris, L. G. D. J.
- HARTOG, F. (2003), *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, éd. Du Seuil, Paris.
- KLEIN C. (1971), A new era in Israel's constitutional Law, *Israel Law Review*, vol. 6.
- (1996), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, Paris.
- MONTESQUIEU (1721), *Œuvres complètes*, éd. Édouard Laboulaye, Garnier frères, Paris.
- LEWKOWICZ, G. (2014), Gouverner les États par les indicateurs: le cas de agences de notation de crédit, en Frydman et Van Waeyenberge (dirs.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruyant, pp. 193-234.
- RANÇOIS, B. (1996), *Naissance d'une Constitution. La Cinquième République 1958-1962*, Presses de Sciences Po, Paris.
- RENTELN, D. (1990), *International Human Rights: Universalism versus Relativism*, Sage Pub, Newbury Park.
- RESTREPO, D., *The mathematical turn: l'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale*, en Frydman et Van Waeyenberge (dirs.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruyant, pp. 193-234.
- RUDELLE, O. (2007), Idée républicaine, lois fondamentales, résistance constitutionnelle. De Claude Nicolet à Michel Debré en passant par Marc Bloch et Alexis de Tocqueville. Droit, mémoire et histoire, en AA. VV., *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, pp. 915-936.
- SACCUCCI, Y. (2009), Du recours au comité d'expert en matière constitutionnelle, *Politeia*, n° 15.
- STEINITZ, M. (2009), Internationalized pro bono and a new global role for lawyers in the 21st century: lessons from Nation-building in Southern Sudan, *YHRDLJ*, n° 205.
- TAMANAH, B.-Z (2011), The Rule of Law and Legal Pluralism in Development, *Hague Journal on the Rule of Law*.
- TÛRK, P. (2013), La souveraineté des États à l'épreuve d'internet, *RDP*, n° 6.
- TÛRK, P., VASSAR, Ch. (dir.) (2018), *La souveraineté numérique. Le concept, les enjeux*, Maré & Martin, Paris.
- VV. AA. (2013), Le Maroc, *Pouvoirs. Revue Française D'Études Constitutionnelles Et Politiques*, n° 145.

# LA ITALIANIZACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Constitución española cumple 40 años. La Constitución italiana, 70. La comparación continúa. La anticipación también. 3. La cuestión de la reforma y cómo no se reforma una Constitución. 4. Experiencias de reforma constitucional en España. 5. Notas definatorias de las reformas constitucionales en España. 6. Regreso a la comparación. 7. La coordinada europea: las determinaciones de la integración supranacional. 8. El constitucionalismo europeo y la teoría constitucional de la integración europea. 9. La integración europea y sus dilemas constitucionales. 10. Una reflexión conclusiva sobre las dificultades de la reforma en España.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando, hace más de 30 años, tuve el privilegio de ser becario español en Italia, antes de que España completase el sueño de su adhesión a las entonces llamadas Comunidades Europeas, España era una «joven democracia» y la República Italiana era ya veterana: no en vano su Constitución (que entró en vigor el 1 de enero de 1948) cumplía ya 30 años cuando los españoles ratificábamos la nuestra en 1978. En aquellos años, las publicaciones de referencia en español era el volumen coordinado por los prestigiosos profesores García de Enterría y Predieri: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*

(1981); en la doctrina italiana, la obra coordinada por De Vergottini (mi maestro en la universidad de Boloña): *La Costituzione Spagnola (nel trentennale della Costituzione italiana)* (1978).

Han pasado 40 años desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. Vengo sosteniendo hace tiempo la caducidad de toda aquella retórica, manida hasta la saciedad, de nuestra «joven democracia». Cumplidos los 40 años, nuestra democracia alcanza esa edad en la que a todo ser vivo cabe exigirle madurez y, por tanto, plena responsabilidad ante su estado de salud y ante el aspecto que ofrece.

Ese era el caso de Italia a mediados de los años 80 del siglo pasado. La literatura académica y periodística sobre el advenimiento de una «segunda República» (metáfora de una revisión constitucional de envergadura) era entonces inabarcable. Pero también era insondable la desafección y el cinismo que describían todas las encuestas y estudios cualitativos entre los italianos. La desconfianza generalizada y la distancia de la política anticipaban la disposición de la sociedad civil a sobrevivir, bregar o prosperar a pesar de sus gobiernos o incluso en ausencia de ellos.

Pero, con todo y con eso, es cierto que Italia ha reformado su Constitución de 1948 en al menos 19 ocasiones, por «leyes constitucionales» (art. 136 de la Constitución italiana) de variado calado y envergadura, habiendo fracasado en otros empeños (como el notorio referéndum, octubre de 2017, en que despeñó su liderazgo el ex primer ministro Matteo Renzi).

El problema esencial, cronificado, en el debate a propósito de la reforma en Italia es el que reside en la superación del llamado «bicameralismo perfecto» (el mismo peso específico, en la investidura y votación de la censura al Gobierno, y en el procedimiento legislativo, entre las dos Cámaras: *Camera dei Deputati* y *Senato*). No haber completado nunca ese objetivo es lo que ha dado lugar a la «italianización» del debate de reforma.

## 2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA CUMPLE 40 AÑOS. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA, 70. LA COMPARACIÓN CONTINÚA. LA ANTICIPACIÓN TAMBIÉN

Hace tiempo que sostengo que Italia –su orden constitucional, su República, su democracia– no entraña ni encierra, en rigor, excepción, ni patología ni tampoco un *eslabón enfermo*, en el decurso histórico del constitucionalismo demoliberal comparado: Desde mi punto de vista, Italia sería más bien precur-

sora y pionera de síndromes de la democracia avanzada que acaban luego alcanzando a otros Estados de nuestro entorno, singularmente en el marco de los Estados Miembros (en lo sucesivo, EE. MM.) de la Unión Europea (UE). El populismo, en efecto, nació primero en Italia; la más temprana impugnación de la política y la «*casta*» (como expresión de antipolítica) fue acuñada en Italia; y en Italia Berlusconi fue el primer ensayo de lo que luego el mundo entero refiere como «*trumpismo*» (por Trump).

Parece que también en España estamos *italianizando* hace tiempo el debate alrededor de la reforma constitucional, entre cuyos defensores me cuento. Hace años que los profesores damos vueltas en derredor del objeto, pero no lo completamos. ¿Falta de voluntad política, de consenso? Es sobre todo su bloqueo por el Partido Popular, que se ha empleado a fondo en hacer de su objeción una profecía autocumplida.

### 3. LA CUESTIÓN DE LA REFORMA Y CÓMO NO SE REFORMA UNA CONSTITUCIÓN

Es cierto que la Constitución Italiana ha sido reformada en numerosas ocasiones, mientras que la Constitución española ha conocido solamente dos retoques de su redacción originaria, limitados a sendos artículos: el art. 13.2 CE en 1992, y el art.135 CE en 2015.

Ninguna de estas dos experiencias resulta alentadora a la hora de deducir enseñanzas para reformas ulteriores de mayor envergadura, todavía hoy en lista de espera. Salvo que se las reseñe como lecciones en negativo, de las que quepa aprender «cómo no se reforma una Constitución» (en la clásica expresión del comparatista italiano Biscaretti di Ruffia).

### 4. EXPERIENCIAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Cabe subrayar, en efecto, que las dos únicas ocasiones en que la Constitución española de 1978 ha sido reformada, la consideración determinante ha sido la del impacto del Derecho europeo sobre nuestro ordenamiento jurídico.

En la primera, el Tratado de Maastricht (TUE) de 1992 requirió ensanchar el ámbito subjetivo del derecho de sufragio (incorporando a la redacción originaria del art. 13.2 CE la locución «y pasivo») en las elecciones municipales (no así en las autonómicas ni en las generales, obedientes ambas aún hoy a su incardinación en espacios de soberanía, y cuya representación electiva os-

tenta poderes legislativos (Parlamentos autonómicos y Cortes Generales, debiendo notarse que en las elecciones europeas la legitimación para el sufragio activo y pasivo se halla reglada en el propio Derecho europeo primario).

En la segunda ocasión, el art. 135 CE sirvió, entre otros propósitos que no es preciso reseñar aquí (y sobre los que me he ocupado en anteriores escritos), para incorporar de una vez «Europa» en la Constitución. Lo que conviene recordarse, toda vez que, inadvertidamente, continúa reiterándose la inercial observación de que la Constitución española carece de toda referencia a «Europa» y a la «Unión Europea». Lo cierto es que, guste más o menos, la UE entró en la Constitución —«de aquella manera», ¡y cómo!— de la mano de la reforma exprés practicada en tiempo record en el momento peor (y álgido) de la llamada crisis de deuda soberana sobre la que se empedró la cronificación de la Gran Recesión que arrancó en 2008. Repasemos, si no, sus condiciones ambientales, tanto circunstanciales como las procedimentales.

## 5. NOTAS DEFINITORIAS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA

*a)* En la primera de estas reformas, la adecuación del enfoque (así como de su oportunidad y necesidad) quedó establecida por un primer ejercicio de la técnica de consulta previa al Tribunal Constitucional contemplada en el art. 95 CE (y 79 LOTC), mediante la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. Quedó de ese modo asentado el exigible consenso social, político y parlamentario (además del académico, lo que es un activo no menor) para su acometimiento y para el procedimiento efectivamente practicado (art. 167 CE, reforma «simplificada» por mayoría de 3/5 de cada Cámara y sin necesidad de un referéndum preceptivo, que tampoco tuvo lugar en su modalidad facultativa al no requerirlo al menos la décima parte de alguna de las dos Cámaras).

*b)* La segunda, sin embargo, resultó mucho más problemática. No solamente por su objeto (la constitucionalización de la «estabilidad presupuestaria»: no, como equivocadamente se repite, la de la prioridad de la satisfacción de la deuda pública, puesto que ésta ya figuraba en la redacción originaria del art. 135 CE).

En realidad, como he explicado con detalle en escritos anteriores, esta segunda reforma resultó tan problemática por el procedimiento elegido para su tramitación (de nuevo una «reforma simple» por la vía del art. 135 CE, sin referéndum preceptivo aunque una fuerza política —IU— lo reclamó sin alcan-

zar el porcentaje –1/10– requerido por la CE para poder exigirlo desde cualquiera de las Cámaras).

Pero también y, sobre todo, por las especialidades impuestas al procedimiento: lectura única (art. 93 RCD) y procedimiento de urgencia (art. 150 CE), aun cuando fuese agriamente discutida –y desde luego protestada– la adecuación del supuesto (no se trataba, en efecto, de una materia que se prestase al trámite más acelerado ni por su «simplicidad» ni por su sencillez desde el punto de vista técnico). Su ácida calificación como «reforma exprés» de la Constitución impregnó la teoría de la Constitución y la de su reforma, dificultando desde entonces el discurso hasta esa fecha practicado tanto por los profesores y la ciencia constitucional como por los medios de comunicación formadores de opinión en torno a las precondiciones y requisitos exigibles para emprender una reforma (meditación, elaboración cuidadosa y amplio consenso social, político, parlamentario e incluso consenso doctrinal en torno a su oportunidad y a su necesidad).

## 6. REGRESO A LA COMPARACIÓN

La teoría de la reforma constitucional resultante en España ofrece, por tanto, semejanzas y diferencias remarcables respecto de la que acompaña y caracteriza el discurso sobre la materia en Italia.

Por un primer lado, las experiencias españolas han acabado redundando en un creciente desencanto –«cinismo político», descreimiento en el valor de la Constitución, sería la categoría politológica para describir el fenómeno– que aproximaría el estadio de maduración avanzada de la democracia en España al que hace tiempo que alcanzó la democracia en Italia.

De otro lado, la normalización del debate en torno a las reformas pendientes permite delinear un parangón en torno a lo que llamaríamos «italianización» del debate sobre la reformabilidad de la Constitución en España. Hasta tal punto es así que en la literatura académica se han multiplicado los títulos y las publicaciones acerca de las necesarias reformas de la Constitución que la política y el Parlamento continúan ignorando, desalentando o bloqueando, acentuando el contraste entre los entendimientos transversales que se han venido abriendo paso en el ámbito académico (profesores alineados con el objetivo común de reformar la CE desde posiciones ideológicas y simpatías electorales muy distantes entre sí) y la incapacidad de la representación política (los partidos y sus liderazgos) de procurar aproximaciones mínimamente constructivas y efectivas en la materia.

## 7. LA COORDENADA EUROPEA: LAS DETERMINACIONES DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

¿De qué hablamos cuando de hablamos de «reforma constitucional» en España? ¿Cuál es el papel eficiente de la construcción europea en la animación de este debate y en el acotamiento de su perímetro objetivo? Son, creo, las dos preguntas que cabe plantearse y acometer desde una cierta voluntad política de utilidad.

La literatura académica acerca de la reforma de la Constitución ha crecido en los últimos años hasta hacerse inabarcable. Las referencias clásicas acerca de esta cuestión fueron durante decenios las citadas y colacionadas en todos los capítulos de los manuales y tratados que se venían acopiando: Pedro de Vega, Javier Pérez Royo, Javier Jiménez Campo.

En cambio, ahora es insondable y la reflexión a su propósito debe tornarse selectiva. Pero el aspecto que quiero aquí subrayar no es el cuantitativo sino el cualitativo: la aproximación al objeto de la reforma constitucional desde posiciones que han ido haciéndose cada vez más plurales y complejas, más irreductibles por tanto a toda simplificación. Y su preconización desde extremos muy distante del espectro de preocupaciones y/o «sensibilidades» axiológicas y políticas respecto del mérito o del fondo de la operación de reforma.

Además, en el curso de estos años la consideración (y/o determinación) de la coordinada europea (el encuadre de la reforma en el proceso de construcción europea, y particularmente de su dimensión política y constitucional) no ha hecho sino acentuarse de forma acumulativa. Así lo atestiguan, por lo demás, publicaciones de muy diverso corte y adscripción a los varios enfoques que pugnan por dar cuenta de la naturaleza o de la aproximación constitucional al fenómeno de la construcción europea, esto es, de la UE como experiencia de integración supranacional fundada, estructurada y regida por el Derecho.

Un Derecho europeo proveniente de fuentes normativas propias a los que se ha revestido de primacía, eficacia directa y vinculante por parte de sus sucesivos Tratados constitutivos (sus «fuentes constitucionales»), así como de un mecanismo jurisdiccional de aplicación uniforme y efecto útil del que son parte los sistemas y órganos judiciales de los EE. MM. y en cuya cúspide se emplace a un TJUE como órgano de garantía del respeto del Derecho sobre el que se construye la UE.

Veamos más en detalle estas consideraciones y estas determinaciones.

## 8. EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Es claro, para empezar, que transportar las categorías dogmáticas de la Constitución y el constitucionalismo al Derecho europeo suscita –desde los inicios de la integración supranacional– algunas perplejidades. Pero también que el vocablo *constitucionalismo* no alude sólo a la *teoría* adecuada a la interpretación de cada Constitución nacional, sino a un *proceso histórico* orientado a fundar, estructurar y limitar el poder político en Derecho. Esta segunda acepción resulta mucho más útil y productiva a la hora de explicar la construcción europea.

Y ha sido por este camino, desde esta segunda acepción, que el proceso histórico de configuración de la UE ha venido acompañado de una doctrina extensa que proyecta sobre aquellas categorías constitucionales: en la literatura anglosajona, Hartley o Weyler; en la francesa, Louis o Constantinescu; en la alemana, Habermas, Häberle o Pernice; en la italiana, La Pergola o Pegoraro; en la española, Rubio Llorente, Alonso García, P. Cruz Villalón, Balaguer Callejón, de Areilza, Muñoz Machado, Rodríguez Iglesias, Mangas, Garzón Clariana, Valle Gálvez, López Castillo, L. M. Díez-Picazo...

En el ámbito europeo, la idea de la «integración» como categoría jurídica de nueva generación (como la explican, entre otros, López Castillo, Pérez Tremps) vino a reiluminar un debate, esencialmente doctrinal –lo cual es, a su vez, expresivo de la dimensión nomocrática de la construcción europea–, sobre la siempre problemática «constitucionalización» de Europa.

El material de trabajo para esta discusión doctrinal –en la que el juicio de algunos autores hay mucho de *wishful thinking* y de voluntarismo, políticamente interesado– lo prestan las diversas piezas de ese sistema que en el Derecho europeo vienen conociéndose ya como «Derecho primario» u «originario» de la UE: los Tratados fundacionales (1951 y 1957), sus sucesivas reformas (1965, 1986, 1992 y 1997), la desembocadura del ciclo constitucional europea que conduce al Tratado de Lisboa (en lo sucesivo, TL) de 2009 y los Tratados de adhesión de los Estados miembros. De acuerdo con la peculiar estructura de estas fuentes, su proyección normativa ha recibido inspiración en la jurisprudencia interpretativa de los mismos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Puede afirmarse, pues, que nos hallamos ante una decisiva afirmación de su función hermenéutica de signo constitucional: sentencias del TJUE *Van Gend&Loos* (1963), *Simmenthal* (1978), *Les Verts* (1986), Dictamen EEE 1/92, etc... Pero también, en correlación con todo ello, ante la generación, de la mano de este acervo jurisprudencial europeo, de una cultura constitucio-

nal común (el *ius commune* europeo), síntesis de las tradiciones constitucionales compartidas (Imperio de la ley, derechos fundamentales, separación de poderes, garantías jurisdiccionales) (Häberle, Alonso García...).

Con estas premisas en mente, y abundando en el provecho de este esfuerzo analítico, Díez Picazo se ha preocupado por individuar al menos cuatro acepciones relevantes de la idea de Constitución europea, en estricta relación con el material de trabajo que sirva de plataforma para la reflexión: a) una primera haría referencia a la aportación protoconstituyente de las elaboraciones jurisprudenciales del TJUE (Rasmussen, Mancini...); b) una segunda intentaría identificar la Constitución europea en el conjunto trabado por las piezas fundamentales de la que cabría denominar «regla esencial del Ordenamiento comunitario», la clave de bóveda, pues, de su sistema de fuentes y las señas esenciales para su identificación (Bernhardt); c) desde una tercera óptica, Cassese ha cifrado en la identificación de la estructura de poder (el sistema político-institucional) interno de la Comunidad su «*constitución interna*», dándose aquí, como es sabido, una viva discusión en torno a la reconocibilidad de su forma de gobierno respecto de las categorías conocidas hasta hoy (¿una nueva versión bicéfala de la tradicional tripartición de poderes?; ¿un presidencialismo –cuya cabeza y motor sería el Consejo Europeo, y cuya administración bicéfala asegurarían la Comisión y el Consejo de Ministros-, incipientemente expresivo de un proceso *profederalizante*?; ¿un «objeto político no identificado»?); d) una cuarta acepción enfatiza una variante de la tercera línea de aproximación apuntada: la que ve en la Constitución europea las bases de una emergente federación de Estados a través del Derecho (Hartley, Weiler...), dando realmente por buena la versión que hace de la Comunidad europea, por encima de ninguna otra cosa, una Comunidad de Derecho, así como la generación de una cultura común de instrumentos y conceptos compartidos.

Bien es sabido, no obstante, continúa Díez Picazo, que la sola idea de Constitución encierra significaciones claramente polisémicas y polifuncionales en ese marco cultural que, no obstante, compartimos. Sabemos, efectivamente, que su acepción politológica alude a la organización distintiva de la autoridad, el poder y la producción de normas en una comunidad. Sabemos también que, desde Kelsen, podemos individuar en la pieza basilar o fundamental de un orden o sistema de Derecho la Constitución del mismo, la norma a partir de la cual, o de conformidad con la cual, resulta posible deducir la validez de las demás. Pero sabemos igualmente que el constitucionalismo occidental, esa cultura compartida sobre la que gravitamos, ha hecho acompañarse también de una *dimensión material* –relativa a sus contenidos mínimos e

inexcusables— esa *dimensión formal* acrisolada, en el tiempo, por el saber jurídico: desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la aseguración de los derechos y libertades del ciudadano y la limitación jurídica del poder público (separación de poderes y *checks & balances*) formarían, desde luego, el eje conductor del movimiento histórico que viene en denominarse, por ello, constitucionalismo.

Desde este punto de vista, cuatro desafíos se plantean a la reconsideración de la idea de «lo constitucional» dentro de un ordenamiento jurídico de escala europea y con fuentes propias de cara a la afirmación, crecientemente aceptada y crecientemente compartida, de algo que podamos llamar *Constitución europea*: a) la relativización del valor de la rigidez, la supremacía y formalidad de la Constitución; b) la afirmación de un control concentrado o compartido de constitucionalidad (de naturaleza e instrumentación jurisdiccional); c) la identificación de un poder constituyente democrático; y d) la superación del llamado *déficit democrático* (que no sería déficit tan solo, como a menudo se piensa, de origen o legitimación, sino también de ejercicio, de funcionalidad y proyección con respecto a unos fines que no son todavía universales, puesto que están limitados al ámbito económico y social, pero no el civil y político, o al menos no con la misma fuerza) (Häberle, Zagrebelski, Lanchester...).

En fin, como corolario a estas consideraciones sobre la decantación progresiva de una conciencia constitucional europea, preciso es prestar atención a las interacciones dinámicas generales ante el proceso de «*constitucionalización de Europa*» y los sistemas constitucionales de los Estados miembros. En especial, el diálogo entre sistema judicial europeo (TJUE, Tribunal de Primera Instancia y, desconcentradamente, en especial a través de la técnica del artículo 177 TCE, los órganos de justicia de los Estados miembros) y las jurisdicciones internas de los Estados miembros. Y ello alude, como mínimo, a los siguientes planos de reflexión y de análisis:

El primer desafío residiría en la recepción de un concepto común y compartido de Constitución europea, bien a través de un texto jurídico reforzado (una «Constitución» europea resultante del esfuerzo «constituyente» *ad hoc*), bien a través de una suerte de *supertratado* (ensamblaje de los textos del actual Derecho primario u originario) revestido de un conjunto de declaraciones y principios. De hecho, es de todos sabido que, conforme a la visión doctrinal de no pocos tratadistas, la UE disfrutaría *ya* de una Constitución. Una Constitución, como es obvio, mayormente iluminada por el *acquis communautaire* y por el conjunto trabado de *leading-cases* y *rulings* del TJUE, gran impulsor de la idea de «Europa» como «*Communauté de Droit*».

Segundo: la definición progresiva de lo que podemos llamar «forma constitucional» de las relaciones entre UE y Estados miembros. Dicho con otras palabras: se trataría de perfilar cómo los instrumentos jurídicos básicos de la UE afectan a la definición del orden constitucional de los Estados miembros. Cómo interactúan las relaciones de poder y las transferencias de soberanía sobre los sistemas internos de los Estados miembros, a veces realimentando, de manera paradójica, la significación de los Estados-nación.

Tercero: la entrevisión de los desafíos constitucionales de las estrategias alternativas para el «crecimiento» de la UE: de un lado, la «ampliación» (especialmente hacia el Este); de otro, la «profundización».

Cuarto: la reflexión sobre las necesarias reformas institucionales a acometer en la UE. Se trataría, en otros términos, de cómo reacondicionar el equilibrio de poderes en la UE; de cómo apuntalar la superación del llamado «déficit democrático» de la UE en materia de legitimación, de procedimientos y, sobre todo, de fines.

Quinto: la superación de la idea de constitucionalización de Europa como *cura-contra todo y bálsamo de fierabrás*. Se trataría, en otras palabras, de rehuir la tentación, tantas veces conducente al fracaso y a la frustración, de deslizarse en la pendiente del «optimismo juridizante», esa enfermedad infantil del juridicismo, sólo que en esta ocasión a escala paneuropea. Conviene, en definitiva, relativizar razonablemente la –genuina, aunque limitada– potencia transformadora del instrumento jurídico-constitucional en Europa.

Esta aproximación *constitucionalista* a la UE se ha intensificado, lógicamente, en la medida en que tenía lugar el despliegue progresivo del ciclo constituyente europeo que consumió la primera década de este siglo. Este ciclo arrancó de la insatisfacción respecto del Tratado de Niza (2001) y se prolongó a través de la «no-nata» Constitución Europea (la Convención constituyente, 2001-2003), el fallido Tratado Constitucional de 2004 (encallado en los sucesivos referéndums francés y holandés) y, finalmente, su desembocadura, tras dos años de bloqueo, en el TL (vigente desde 2009).

No se pierda de vista que el TL no sólo procedió a refundir la (a menudo denostada) maraña legislativa de los Tratados anteriores, sino también a reforzar el estatuto de la ciudadanía europea, y el Parlamento Europeo (en adelante PE) como legislador (única institución directamente electiva, legitimada en el sufragio universal de la ciudadanía europea) y, sobre todo, a proclamar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (¡por fin un *Bill of Rights* europeo!) con el «mismo valor jurídico» que los Tratados (art. 6.2 TUE).

Ciertamente, desde entonces, la idea *constitucional* de la UE tiene más fuerza que nunca. Y ello porque desde el TL, la UE ha pasado a ser, con más

fuerza que nunca antes, algo más que una mera «organización internacional» sujeta a los patrones clásicos del Derecho internacional público que rige las relaciones interestatales y las organizaciones internacionales.

Para corroborarlo, baste pensar en que no existe ninguna genuina organización de Derecho Internacional que cuente con un Parlamento multinacional directamente electivo ni que proteja a sus ciudadanos con una Carta de Derechos supranacional y vinculante; ni que garantice a sus ciudadanos un acceso directo –a través de recurso de anulación u omisión– o un recurso indirecto –la cuestión prejudicial ante el TJUE, que actúa como garante de los principios constitutivos de primacía, eficacia directa y aplicación uniforme del Derecho de la Unión (sentencias del TJUE, desde *Van Gend & Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964).

Sí, efectivamente, desde el TL el Derecho Europeo es más *constitucional* que antes. Más que nunca en el pasado. Pero lo es, para serlo, de *un nuevo constitucionalismo* que debería calificarse como «*Derecho pos-nacional*» (en la medida en que supera la tradicional identificación entre la Constitución y el Estado nación), «*Derecho pos-estatal*» (que expresa la superación de esa identificación del Derecho constitucional con respecto del Estado como forma política, puesto que el carácter supranacional consiste en la primacía del Derecho europeo, que desplaza al estatal por consentimiento expreso o implícito de los Estados miembros), y «*Derecho pos-soberano*» (dando asimismo por superada la tradicional acepción de la «soberanía» vinculada al poder «originario» e ilimitado del absolutismo).

A partir de esas coordenadas, varias escuelas de pensamiento compiten por dar cuenta de los rasgos definitorios del fenómeno del constitucionalismo europeo de la «integración», de los «Estados integrados» de la UE. Repasando sus acepciones más significativas, podríamos distinguir tres líneas:

*a)* La tesis de la soberanía compartida (McCormick, entre otros), caracterizada por una comprensión pragmática de la «relativa incertidumbre» de la tradicional noción de la soberanía estatal en el contexto jurídico y político de la integración europea.

*b)* La tesis del contractualismo federativo (Weyler, entre otros), que propone la superación de la idea de Constitución en cuanto documento escrito o textualidad formal (con un enfoque éste que también exhibe matriz anglosajona), al servicio de una comprensión «federativa» de Europa. En esta funcionaría una jerarquía formal de la norma europea (unión «por arriba»: el Derecho) junto a una jerarquía material a los Estados (principio de «tolerancia constitucional» en la cesión y/o atribución de «competencias de soberanía»; unión «desde abajo»: el Estado).

c) Corolario del carácter complementario de las anteriores (y otras) construcciones de factura eminentemente técnica con presencia en el debate, destaca la fuerza emergente de la llamada teoría del pluralismo jurídico que subyace a la doctrina (cada vez más frecuentada) del constitucionalismo multinivel. Ingolf Pernice, Albrecht Weber o Yves Mény serían, entre otros muchos autores, algunos destacados exponentes de esta aproximación al carácter dialogal, abierto y complementario de un constitucionalismo europeo que conjuga el Derecho constitucional europeo y el Derecho constitucional de los EE. MM.

Ello presupone, comporta y exige –y todo ello al mismo tiempo– un diálogo del TJUE con los Tribunales Constitucionales y con el Poder Judicial de los EE. MM. Este diálogo puede conocer momentos de tensión: así, en Italia (caso *Granital* de 1984), en Alemania (casos *Solange I* de 1974, *Solange II* de 1986, *Tratado de Maastricht* de 1993, *TL* de 2009...), en Francia (Decisión del Consejo Constitucional francés sobre el TL en 2004) y últimamente en España (Decisión constitucional sobre el TL en 2004). Y, en la jurisprudencia del TJUE sobre casos de especial relieve y conflictividad: casos de la Euroorden, juicios en contumacia (rebeldía) en 2013; desahucios en 2014, asunto éste, por cierto, que el TJUE ha enfocado con un ángulo europeo que ha marcado la diferencia respecto de la respuesta que habían recibido antes en los tribunales internos, Tribunal Constitucional español incluido.

De este diálogo interordinamental y jurisprudencial resultan dos consecuencias relevantes para una «teoría constitucionalmente adecuada» (Stern, Hesse, Häberle...) del Derecho constitucional europeo: a) de un lado, la superación de los últimos vestigios del viejo monismo jurídico (el ordenamiento interno acoge por una «compuerta» o «escotilla de respiración» las normas internacionales y decide incorporar, a partir de ese momento, su también «Derecho interno») a favor del pluralismo jurídico (que reconoce la existencia de ordenamientos autónomos con principios relacionados basados en los criterios de eficacia y aplicabilidad, y no en las categorías dogmáticas de la jerarquía normativa); b) de otro, la conceptualización de la idea de la «primacía» del Derecho europeo (Declaración 17 anexa al TL, sentencias del TJUE *Van Gend & Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964) como una noción diferenciada de la «supremacía» de la Constitución nacional (y en este sentido se explica la Declaración del TC de 2004 sobre el TL).

Visto todo lo anterior, habrá que subrayar de inmediato que un análisis acerca del constitucionalismo europeo requiere prestar atención no sólo a sus principios formales sino también a sus contenidos materiales.

Desde este punto de vista, habría que reconocer de entrada que no parece verosímil una reforma próxima del TL, dado que todavía requiere la regla de la unanimidad de los (todavía hoy, en negociación del Brexit) 28 EE. MM. y un laberíntico *iter* de ratificaciones nacionales sujetas al Derecho interno de los 28 EE. MM. (Art. 48 TL: ¡reformular este artículo debería ser en sí la primera prioridad de reforma de los Tratados!).

Pero aun así, en caso de abrirse paso, una eventual reforma de los Tratados orientada a reforzar sus componentes constitucionales debería asimismo contemplar contenidos materiales. Una aproximación somera, no exhaustiva, a esos aspectos materiales debería, a mi juicio, reformular los siguientes elementos:

a) Reforma del Ejecutivo comunitario. Se trataría de instituir una Presidencia unitaria del Consejo y de la Comisión, actuales expresiones de un Ejecutivo bicéfalo en la UE, para unir así en una única figura la Presidencia del Ejecutivo europeo.

b) Reforma y refuerzo del Parlamento Europeo, entre otros objetivos, para entender de una vez el reconocimiento de una genuina iniciativa legislativa parlamentaria. Actualmente, esta iniciativa se contrae al «informe de propia iniciativa» por el que el Parlamento Europeo insta a la Comisión que adopte iniciativas legislativas. El déficit a este respecto resulta más bien simbólico: no se olvide que también en los EE. MM. la iniciativa legislativa la monopolizan los gobiernos. Así sucede en España, donde transcurren legislaturas enteras sin que se produzca ninguna iniciativa legislativa parlamentaria por la vía de la Proposición de Ley. Hace mucho que en España toda la legislación adoptada por las Cortes Generales procede en efecto de la iniciativa del Gobierno (por vía del Proyecto de ley) y, de un tiempo a esta parte, casi exclusivamente por la vía del Decreto Ley. En la anterior legislatura, la mayoría absoluta del Partido Popular sólo ha interpuesto en cuatro años una iniciativa legislativa. Y ha sido –la verdad sea dicha– una falsa iniciativa, obedeciendo en realidad las instrucciones del Gobierno: se concentró, recuérdese, en la restricción de la jurisdicción universal en la Audiencia Nacional en el delito de genocidio y de lesa humanidad.

c) Además, se precisa acompasar el ciclo del Marco Financiero Plurianual (MFP) a la legislatura europea (5 años). Así, los electores podrían decidir con su voto la orientación de las prioridades del Gobierno y la equidad de los ingresos tributarios (lo que exige una reforma fiscal, recursos propios, combate al *dumping fiscal*, al fraude, a la evasión, a la elusión y a los paraísos fiscales).

d) En cuanto a otros objetivos, debería acabarse de una vez con la doble sede en los Tratados: Bruselas y Estrasburgo.

e) Banco Central Europeo: reformando su configuración (sujetando a este órgano tecnocrático a controles democráticos) y su mandato (vinculándolo al crecimiento y al empleo), autorizándolo a defender el euro, corrigiendo así los «defectos congénitos» con que nació la moneda única.

f) Institucionalización y refuerzo de los partidos políticos, de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, de la transparencia y dación de cuentas por su financiación y, consiguientemente, del espacio público europeo sobre el que ha escrito Häberle en cuanto requisito de la ciudadanía.

En conclusión, parece preciso acometer un nuevo ciclo constitucional que generaría con el tiempo una teoría constitucional adecuada a esa nueva arquitectura de la complejidad.

Y es imperativo, a mi juicio, cometerlo orientado a un impulso federal. Federalismo y constitucionalismo van unidos en la historia. Federar es pactar, unir –no desunir– y federar es pactar haciéndolo en la Constitución: esa maduración y profundización del constitucionalismo europeo contribuiría sin duda a reforzar la seguridad jurídica y el Imperio de la Ley en la UE, superando así el actualmente llamado «Dilema de Copenhague» por el que la UE verifica los requisitos de acceso antes de la adhesión, pero no tras la adhesión) y clarificando las reglas para una eventual «secesión» (UK, puerta de salida; *brexít*: reglas de juego para la «salida del club», ex art. 50 TUE, sabiendo todos los actores –EE. MM y UE– a qué atenerse y cómo hacerlo).

## 9. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y SUS DILEMAS CONSTITUCIONALES

El dilema crucial al que todavía hoy se enfrenta el avance y profundización del constitucionalismo europeo –es decir, la teoría constitucional a propósito de la construcción europea– reside en la afirmación de la voluntad política dimanante de las urnas sobre los poderes fácticos que escapan a todas las formas de legitimación y control de responsabilidad (y de dación de cuenta) que hacen reconocible el principio democrático tanto a escala nacional (en los EE. MM, en cada Estado miembro) como supranacional (en la integración europea).

La única forma razonable y verosímil de romper el maleficio que el «miedo» y el «nerviosismo» de los mercados imponen a la capacidad de financiación a corto plazo de los Estados del euro es simplemente actuar juntos. No individualmente, lo que solamente extrema las debilidades y las vulnerabilida-

des de cada uno de los miembros de la eurozona, sino ejecutando un plan común de defensa mutua y refuerzo compartido de la confianza del conjunto en la moneda que comparten. Una vez más, el Banco Central Europeo debería actuar como garante de liquidez y prestamista de último recurso, a los Estados y no sólo a los Bancos que se enriquecen comprando la deuda soberana de los Estados que se han empobrecido y endeudado rescatando previamente a esos mismos Bancos. Y deberemos conformar, además, un *Tesoro Europeo*, con un responsable europeo de finanzas europeas (un ministro europeo de finanzas, reconocible como tal). Y disponer en el menor plazo posible de una Agencia Europea de Deuda, capaz de emitir eurobonos que den lugar a una mutualización racional y convenida de hasta un cierto porcentaje de la deuda de los Estados (hasta un 60%) en modo que podamos conseguir entre todos tipos de interés asumibles en plazos manejables, aligerando así la carga del servicio financiero sobre los presupuestos. Por su parte, el Banco Europeo de Inversiones debería aumentar también su hasta ahora raquílica «potencia de fuego» inversora, pasando de sus actuales reservas (alrededor de 80.000 millones de euros) al entorno de los 400.000 millones de euros: el objetivo es emitir *Project Bonds* de orientación finalista para financiar redes transeuropeas en infraestructuras, transportes, energías renovables y comunicaciones, todas ellas orientadas a la generación de empleo y, en especial, de empleo joven.

Pero lo más importante es que la Comisión y el Consejo acierten a formular –de una vez, con rigor– un plan sostenido a medio y largo plazo de crecimiento y empleo, con inversiones selectivas en formación, innovación, investigación, diseño, biotecnologías. Crecimiento sostenible, verde, solidario, no basado en el consumo destructivo ni en el endeudamiento insostenible. Es claro que para ello hacen falta recursos, europeos y nacionales. Y ello comporta hablar de un nuevo *Pacto Fiscal*. Y esto no consiste sólo en velar por la reducción (y «disciplina») del gasto, sino por la aseguración de los ingresos proporcionados a la necesidad imperiosa de preservar el modelo social y la capacidad cohesiva e integradora –territorial, social e intergeneracional– del propio proyecto europeo, tal y como quedó establecido en el Tratado de Lisboa.

Este horizonte, a su vez, exige la determinación de combatir las insostenibles inequidades fiscales *entre* los EE. MM (armonización fiscal, luchando contra el *dumping* fiscal). Pero exigirá también remover las injusticias en el reparto de las cargas tributarias *en el interior de los EE. MM*: mientras las rentas del trabajo están por lo general saturadas, las rentas de capital, los beneficios empresariales y las grandes fortunas navegan libres en el éter de la desfiscalización, a través de todo tipo de figuras interpuestas al servicio de los menos, que son los más poderosos, los mejor asesorados para eludir no ya sólo

su cuota de solidaridad en la salida de la crisis sino sus responsabilidades cívicas más elementales.

Es imprescindible apostar también por unos presupuestos de la UE al alza; presupuestos crecientes, no a la baja: la UE no padece ni déficit ni deuda pública acumulada. En consecuencia, el Marco Financiero Plurianual debe ser proporcionado a las ambiciones que la UE dice proclamar. Habrá de contarse para ello con los llamados recursos propios de la UE. Lo que incluye, hay que añadir, la definitiva adopción y entrada en vigor de la tantos años aplazada *Financial Transaction Tax* (tasa/impuesto sobre las transacciones financieras), junto con impuestos prohibitivos contra la especulación *intradie*, impuestos ecológicos (*carbon taxes*). Complementariamente, debe ser acometida una lucha frontal, paneuropea, contra el fraude, la evasión fiscal, y por la erradicación de los paraísos fiscales. Se suma al cuadro de objetivos la incorporación de una Agencia Europea de Calificación. Sólo ese *mix* puede darnos la medida de un *Pacto Fiscal* merecedor de ese nombre: no ese constructor ideológicamente sesgado y políticamente contraproducente que ha dado en llamarse *Fiscal Compact*.

Si acertamos a hacer esto, estaremos no sólo oponiendo un nuevo guion alternativo a la salida de la crisis. Estaremos además relanzando el proyecto europeo en su conjunto. Inyectando savia nueva en la fuerza de persuasión, en la autoridad y hasta en la sugestión emocional de la dimensión supranacional de nuestra identidad ciudadana.

De forma muy especial, debemos vincularlo al esfuerzo de relanzamiento de la dimensión política y la ambición constitucional de la UE. Los derechos fundamentales, la democracia representativa, el Estado de Derecho, las tradiciones constitucionales comunes consagradas como principios jurídicos del Derecho de la UE (art. 6.3 TUE). Y por descontado a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, con 54 artículos), que entró en vigor con el TL «con el mismo valor jurídico de los Tratados» (art. 6.1 TUE), además del (incumplido, tras el decepcionante Dictamen 2/13 del TJUE, de 14 de diciembre de 2014) mandato de que la UE se adhiera al CEDH (art. 6.2 TUE).

En concreto, cobran singular importancia el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ; Título V TFUE, arts. 67 a 89), la cooperación judicial fundada en los vectores del reconocimiento y la confianza mutua, la aproximación normativa, la convergencia, la armonización, el refuerzo de la cooperación activa y la formación europea de los operadores jurídicos, con particular atención a la de abogados, fiscales (el ministerio público) y jueces y magistrados.

Al final del camino, lo más importante, claro, sigue siendo a fin de cuentas asegurar la capacidad de la UE de enganchar a una nueva generación de

ciudadanos europeos en la conformación de un *demos* con la envergadura y estatura de un proyecto en busca de Constitución.

## 10. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE LAS DIFICULTADES DE LA REFORMA EN ESPAÑA

A fines de abril de 2018, la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) –agrupación de profesores de Derecho Constitucional con implantación en toda España– celebró su Congreso anual en la Universidad de Málaga. Personalmente me he esforzado por participar de sus actividades a lo largo de toda mi actividad académica y profesoral: también en esta ocasión he disfrutado la fortuna de tomar parte en el Congreso, una ocasión distinguida para re-encuentrar colegas admirables y apreciados, conversar y discutir preocupaciones compartidas.

La reunión periódica de los docentes e investigadores de la disciplina mide el pulso de nuestras inquietudes prioritarias, pero también, ante todo, del estado de revista de la propia Constitución y el orden constitucional.

En esta ocasión señalada, el Congreso de la ACE de 2018 viene a coincidir en el tiempo con el 40 aniversario de la Constitución española de 1978, un tiempo de maduración requerido de reflexiones parejas a la envergadura de tan excepcional aniversario, nunca antes alcanzado en nuestra atrabiliaria constitucional: la Constitución de 1876 (Restauración canovista y turnismo pactado con el Rey) estuvo solo formalmente vigente hasta 1923 (año de su suspensión por la dictadura del general Primo de Rivera), a costa de padecer varios períodos de suspensión, pero en ningún caso alcanzó ni la legitimación de ejercicio ni el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha disfrutado la Constitución de 1978, sin duda la mejor de nuestra historia.

Los sucesivos Congresos de la asignatura nos han permitido, en efecto, datar, en una sucesión de episodios, la preponderancia de la jurisprudencia del TC a la hora de delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y las líneas relevantes de la interpretación de la Constitución, la construcción y deterioro del Estado autonómico, la emergencia del problema de los hechos diferenciales, la integración europea, y últimamente, cómo no, el impacto de la llamada «cuestión catalana» sobre el desencadenamiento de una crisis constitucional (desde 2015 en adelante) de una gravedad tan enorme como carente de precedentes.

Me cuento hace ya muchos años entre quienes denuncian «fatiga de materiales» en una arquitectura constitucional que rechina ya hace tiempo por mu-

chas de sus costuras, pero también entre quienes abogan por una reforma, en serio, de la Constitución que pueda ser completada por sus propios procedimientos (Título X CE, arts. 167 a 168 CE). Lo que sería expresivo en sí de una maduración democrática sin precedentes en nuestra torturada historia de disrupciones violentas y quiebras de hecho o fácticas de nuestras constituciones históricas, en una sucesión de asonadas, cuartelazos, pronunciamientos, sublevaciones militares, guerras civiles e inmenso derramamiento de sangre. Una historia desdichada que sólo en la transición y ciclo constituyente condujo en 1978 a una Constitución políticamente consensuada, democráticamente legitimada, jurídicamente normativa y cuya garantía de supremacía es confiada a un Tribunal Constitucional y a un Poder Judicial homologables en todo a la «democracia avanzada» apuntada en el Preámbulo que redactó Tierno Galván.

Y hace ya tiempo también que en los Congresos de la asignatura se constata un amplio acuerdo profesoral y científico acerca de la conveniencia de acometer una reforma de la Constitución que la actualice, poniendo en hora sus disposiciones más obsoletas, y relance su capacidad de integración. Este entendimiento abarca, además, posiciones ideológicas y preferencias políticas muy distintas entre sí, expresivas del pluralismo cada vez más acentuado que delinea el paisaje político y social español.

Pero hace asimismo mucho tiempo que a las consideraciones doctrinales se acompañan otras, de cariz eminentemente crítico respecto de la incapacidad mostrada hasta ahora por la representación política de la ciudadanía a la hora de liderar y completar con éxito esa tarea de reforma constitucional, aún a día de hoy pendiente, una y otra vez preterida.

Esta crítica se recrudece cuando se constata que hace demasiados años que se la posterga a pesar de los numerosos llamamientos y las crecientes alarmas que se han ido encadenando, esgrimiéndose de forma cada vez más manida que «no es el momento» (nunca lo es) «por falta de consenso». Porque durante todos estos años ha debido recordarse que el consenso no precede nunca a la discusión y al debate, sino al revés. ¡Y que, si nadie asume su responsabilidad de sentarse a conversar con opiniones distintas o contrarias a las propias, ningún consenso caerá del cielo como si fuese «fruta madura» o «precipitación meteorológica», puesto que el único acuerdo alcanzable dimanará de compromisos y concesiones mutuas entre posiciones inicialmente distantes o incluso opuestas entre sí!

En el horizonte de la reforma constitucional coexisten por lo tanto objetos *políticos* y obstáculos igualmente *políticos* –no técnicos ni doctrinales–, por donde quiera que enfoquemos el examen del problema y decidamos abor-

dar el consiguiente desafío. ¡Se trata de que la doctrina y ciencia constitucionales ayuden a su reforma y, en lo posible, la exijan!

No obstante, existen también, por su lado, dos grandes dificultades que deben ser acometidas con la implicación destacada de la ciencia constitucional, esto es, con la ayuda y compromiso inexcusable de cuantos hemos dedicado alguna parte de la propia vida a explicar los principios teóricos y mecanismos prácticos del orden constitucional de convivencia en democracia, lo que es tanto como contribuir a su legitimación y a su rendimiento.

Un primer desafío reside en acometer la ofensiva a la que desde hace ya bastante tiempo viene siendo sometida la transición democrática y su resultado constituyente, que es la Constitución que ahora cumple 40 años. Efectivamente, de la mano de un conglomerado de concausas y factores determinantes, lo cierto que es que los fundamentos históricos de los que trae causa la actual Constitución –perfectible, como todas– están siendo cuestionados desde un ejercicio de ablación de la memoria colectiva que hizo posible aquellos pactos en condiciones irrepetibles, cuando no de arrogante ignorancia y desprecio de la verdad de aquellos supuestos heredados de tantas y tan determinantes experiencias (y sufrimientos) en el inmediato pasado.

El segundo desafío al que los constitucionalistas podemos contribuir reside en la reivindicación de la vinculación inexorable entre democracia y Constitución, explicando que no existe otra democracia «real» y al mismo tiempo «posible» que la democracia constitucional. Ni existe otro orden democrático que el que responde a los supuestos del Estado constitucional. Y viene esto a cuento de la insistente deslegitimación de la actual Constitución –aquejada, sí, reitero, de fatiga de materiales– sobre la base de una lectura distorsionada, distópica y manipulativa del principio democrático que pretendería que alguna suerte de reinención «asambleísta»; «inmediatista», «directa», «instantaneísta» o incluso «espontaneísta» de la propia democracia ¡vendría a contraponerse con la «rigidez formalista» de la Constitución!... ¡y que habría de ser «superada» por la «voluntad del pueblo» o las «masas» en «la calle»!

Ante esta acometida, sigue siendo tarea indisponible e intransferible de los profesores de Constitucional estudiar a quienes se forman en el conocimiento del Derecho –especialmente a los más jóvenes, estudiantes en las aulas– que nunca ha sido ni es verdad que la democracia consista sin más en «decidir por mayoría»: la democracia consiste, primero y por encima de todo, en reglas de juego vinculantes y previamente acordadas, en la supremacía de la Constitución e imperio de la ley, libertades públicas, y en la garantía del pluralismo, protección de minorías y tutela de derechos individuales blindados

contra cualquier mayoría (circunstancial y reversible) por un poder judicial imparcial e independiente.

Como es asimismo un deber insoslayable reivindicar, por tanto, la plena validez y vigencia de los mecanismos de reforma de la Constitución consignados en su texto, para que, por vez primera en nuestra historia, del mismo modo en que en la transición se apuntaló el esfuerzo del tránsito de «*la ley a la ley*», pueda en España abrirse paso a un tiempo de cambio con visión de futuro «desde la Constitución a la Constitución»... ¡mediante sus propios cauces (Título X CE) por vez primera en nuestra historia!

Y viene todo esto a cuento de un aniversario histórico –40 años de la Constitución– empañado por la irradiación del secesionismo unilateral, el independentismo catalán confrontado a la legalidad y a la Constitución, y la reputación democrática de España atacada como nunca en la UE y en el exterior.

Es ésta toda una tarea, intergeneracional, exigente –épica, incluso– para quienes hemos hecho de nuestro compromiso con el orden constitucional no sólo un proyecto ético, sino una profesión; aún más, una vocación, de esas que merece la pena toda una vida en el empeño.

# **LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN SU CUARENTA ANIVERSARIO: RAZONES DE SU CONVENIENCIA Y ALGUNA SUSPICACIA SOBRE SU OPORTUNIDAD**

GERMÁN M. TERUEL LOZANO\*  
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. La reforma constitucional, un reto jurídico-político para la sociedad española del siglo XXI. 2. Apuntes sobre un debate clásico: la reforma de la Constitución como cuestión político-constitucional. 3. A modo de antecedente: intentos frustrados y falseados de reformar la Constitución de 1978. 4. Razones de la conveniencia, aunque no urgente necesidad, de reformar la Constitución de 1978. 5. El perímetro de la reforma constitucional posible: «momento reformista», que no constituyente. 6. Excusas sobre lo inoportuno de reformar la Constitución reconducidas a una suspicacia final: la actitud (quizá aptitud) política. 7. A modo de cierre: la reforma constitucional, si es prudente y serena, como antídoto frente al envejecimiento de la Constitución de 1978. 8. Referencias bibliográficas.

---

\* Profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Murcia. Este trabajo constituye una revisión del estudio que fue reconocido por el Jurado de la XVII edición del premio de artículos jurídicos «García Goyena» (2018) como meritorio de publicación y que fue recogido en el n. 23 de 2018 de la Revista de Derecho UNED.

## 1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL, UN RETO JURÍDICO-POLÍTICO PARA LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI

La Constitución de 1978 puede ser reconocida como la gran obra jurídica española del siglo xx. La misma ha consolidado un marco jurídico eficaz que ha garantizado nuestra convivencia democrática pacífica durante cuatro décadas, permitiéndonos disfrutar de un efectivo pluralismo político, de un amplio reconocimiento de unos derechos fundamentales y de una notable descentralización política. Se ha tratado del período democrático más largo de nuestra Historia<sup>1</sup>. Es por ello que no parece exagerado ver en la actual Constitución española un «*new beginning*», como ha expresado el profesor Muñoz Machado (2016, 8); aunque al mismo tiempo se reconozca que el mérito no es sólo atribuible al texto jurídico en sí. Han sido los propios ponentes de la Constitución los primeros en rendir «merecido tributo (...) al conjunto de la ciudadanía española» como «auténtica protagonista de nuestra conquista de la democracia»<sup>2</sup>. Ahora bien, si «el impulso constitucional de ‘la Transición’ ha sido, sin duda, desde la perspectiva democrática, el impulso más fecundo de nuestra historia» (Pérez Royo, 2015, 27), debemos seguir reconociéndonos en el mismo para que esta historia de éxito siga viva. Ciudadanía, representantes políticos y en general la sociedad española debemos cuidar la vigencia de ese espíritu constitucional. Nuevamente los padres constitucionales nos lo indican con lucidez, afirmando como un hecho algo que, a mi juicio, más bien resulta un *desiderátum* al que deberíamos atender: «con independencia de sus méritos jurídicos, sus eventuales deficiencias o las libres opiniones sobre su perfectibilidad, permanecen incólumes el espíritu de reconciliación nacional, el afán de cancelar las tragedias históricas de nuestro dramático pasado, la voluntad de concordia, el propósito de transacción entre las posiciones encontradas y la búsqueda de espacios de encuentro señoreados por la tolerancia que constituyen la conciencia moral profunda de nuestro Texto Constitucional».

Un espíritu que precisamente cristalizó en la que puede reconocerse como la más característica más sobresaliente de la Constitución de 1978: se trató de una «Constitución de compromiso, de ‘consenso’» (Pérez Royo, 1987, 123). Como explica Rubio Llorente (2014, 135) «todas las fuerzas políticas pusieron la necesidad de obrar en común por encima de sus propias preferen-

---

<sup>1</sup> Como expresa PÉREZ ROYO (2015, 27), «el impulso constitucional de ‘la Transición’ ha sido, sin duda, desde la perspectiva democrática, el impulso más fecundo de nuestra historia».

<sup>2</sup> Declaración de Gredos aprobada por los ponentes de la Constitución el 7 de octubre de 2003. Texto accesible en: [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-10-2003/abc/Nacional/texto-integro-de-la-declaracion-de-gredos-aprobada-ayer-por-los-ponentes-de-la-constitucion\\_212367.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-10-2003/abc/Nacional/texto-integro-de-la-declaracion-de-gredos-aprobada-ayer-por-los-ponentes-de-la-constitucion_212367.html)

cias y lograron alumbrar un texto consensuado, excepcional en la agitada historia política española». Una *rara avis* en el constitucionalismo español<sup>3</sup>. Parecía que se lograba acabar con el «maleficio» de aprobar constituciones «mediante ‘trágalas’, por una España contra la otra» (De Carreras Serra, 2015, 40)<sup>4</sup>. Lo cual ha llevado también, como contraparte, a una *cierta* «sacralización»<sup>5</sup> de la Constitución. De lo que se ha podido deducir algo bueno, y es que se ha creado un *cierto* patriotismo constitucional y una *cierta* cultura de respeto a la misma<sup>6</sup>; pero, al mismo tiempo, ha generado *algún* temor a romper su hasta *cierto* punto virginal<sup>7</sup> condición para adaptarla a los nuevos tiempos. Se presenta así la cuestión de la reforma constitucional<sup>8</sup>: la «asignatura pendiente» de nuestra sociedad<sup>9</sup>.

Aprobar esta asignatura representa, a mi juicio, uno de los mayores desafíos jurídico-políticos del siglo XXI en España: ¿lograremos salvar las dudas que se presentan en cuanto a la oportunidad de la reforma para actualizar nuestra Norma Fundamental a la realidad política y social y a las exigencias jurídicas de este siglo? ¿Seremos capaces de superar nuestro «bárbaro sistema de inestabilidad constitucional» por el que nos habíamos habituado a «edificar una Constitución nueva sobre las ruinas de la anterior», en definitiva a sustituir abruptamente una constitución por otra en puesto de reformarlas con

<sup>3</sup> Cfr. PÉREZ ROYO (1987, 123), quien se refiere también a lo singular de la Constitución española en la historia constitucional.

<sup>4</sup> Sobre las diferentes maneras de incumplir, cambiar o abrogar la Constitución en la práctica española, vid. MUÑOZ MACHADO (2016, 76 y ss.). Y más en general en relación con el poder de reforma en la historia constitucional española, cfr. RUBIO LLORENTE (2009).

<sup>5</sup> A este proceso de sacralización se refiere LÓPEZ AGUILAR (2012, 201). También GARCÍA ROCA (2017, 208), señala el riesgo de sacralizar la Constitución.

<sup>6</sup> En un momento en el que España ha sufrido la dura embestida de un nacionalismo secesionista que ha tratado abiertamente de romper con la Constitución apoyado por un amplio sector de la población en Cataluña, hay que afirmar con cautela la consolidación de una cultura constitucional en nuestro país. Es verdad que, por el contrario, las manifestaciones vividas en Cataluña en defensa de la Constitución o la exhibición de banderas de España por todo el territorio nacional en algunos casos pueden ser expresión de un nacionalismo españolista, pero también creo que en muchos otros son signo de un sano patriotismo constitucional.

<sup>7</sup> Las dos reformas constitucionales que se han producido de la Constitución española de 1978 no han revestido gran relevancia y de ahí que me permita reconocer, aunque resulta paradójico, la condición prácticamente «virginal» de nuestra Constitución.

<sup>8</sup> Sobre la reforma constitucional en general, véanse, entre otros: DE VEGA (1985), PÉREZ ROYO (1987), GARCÍA-ATANCE (2002), VERA SANTOS (2007) y TAJADURA TEJADA (2018).

<sup>9</sup> Tal y como advierte PÉREZ ROYO (2015, 27-28) a través de los procedimientos de reforma «la sociedad española debería de ser capaz de resolver políticamente, pero de manera jurídicamente ordenada, cualquier problema con el que tuviera que enfrentarse. Es lo que ocurre en los demás países europeos occidentales (...). Periódicamente hacen uso de la reforma constitucional y renuevan de esta manera la legitimidad constituyente originaria». Sin embargo, «En España no es así. La reforma de la Constitución es la última asignatura constitucional de la que la sociedad española tiene que examinarse. Porque todavía no se ha examinado», las dos reformas constitucionales no han sido propiamente reformas constitucionales españolas.

serenidad?<sup>10</sup> Lógicamente, este trabajo no puede pretender adivinar el futuro, por lo que su propósito es mucho más modesto. A lo largo del mismo se tratará de aportar razones sobre la conveniencia jurídica de afrontar la reforma de la Constitución de 1978, al tiempo que se reconocerán aquellos factores políticos que pueden cuestionar la oportunidad de la misma. Para ello propongo empezar recuperando algunos aspectos clásicos sobre la cuestión de la reforma constitucional y la función del jurista ante el mismo, para seguir con un relato de los antecedentes de las reformas que ha vivido la Constitución de 1978.

## 2. APUNTES SOBRE UN DEBATE CLÁSICO: LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN COMO CUESTIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

La Constitución es la norma fundamental y superior de un ordenamiento jurídico y, por ende, está llamada a permanecer en el tiempo<sup>11</sup>. Así, las antiguas Leyes fundamentales medievales, pactos entre el Rey y el Reino que anteceden a las modernas Constituciones, eran proclamadas «*in perpetuam rei memoriam*». Incluso, el contractualismo de base iusnaturalista reclamaba la unanimidad ideal para la reforma del pacto social. Sin embargo, la inmutabilidad de una norma es difícilmente justificable por razones prácticas -como cualquier otra obra humana las normas no son perfectas y están expuestas a la erosión por el transcurso del tiempo-, pero, además, predicar la perpetuidad de la Constitución se opone a los postulados democráticos que reclaman dar la oportunidad a que en cada momento histórico el pueblo soberano pueda pronunciarse sobre la misma: «el poder constituyente de un día no podía condicionar al poder constituyente del mañana» (De Vega, 1985, 57)<sup>12</sup>. Así las cosas, ya desde los orígenes del constitucionalismo<sup>13</sup>, se impuso el postulado de

---

<sup>10</sup> Las citas son de GARCÍA ROCA (2014, 18), donde califica ésta como «la maldición del constitucionalismo español». PÉREZ ROYO (2015, 31-32), por su parte, responde a esta pregunta con pesimismo: «Parece, sin embargo, que no hemos sido capaces de esquivar esa maldición de que las constituciones no se reforman sino que se desmoronan y acaban teniendo que ser sustituidas por otra».

<sup>11</sup> Véase a este respecto DE VEGA (1985, 53 y ss.).

<sup>12</sup> Sobre la permanente tensión entre constitucionalismo y democracia que marca las dos grandes cuestiones de la Teoría de la Constitución (inmutabilidad y normatividad), véase RUBIO LLORENTE (2009, 20).

<sup>13</sup> A este respecto, en el constitucionalismo norteamericano, destacaron los debates recogidos en El Federalista entre Madison y Jefferson. Este último concluía que la tierra se ha hecho «para el uso de los vivos y no de los muertos», de lo que deducía que la Constitución debía revisarse aproximadamente cada dos décadas. Una línea argumental que fue igualmente defendida por Paine y en Francia también Sieyès en la presentación de la Declaración de Derechos francesa sostuvo que sería conveniente fijar épocas fijas para la revisión de la Constitución. Por su parte, la Constitución francesa de 1973 acogió estas tesis y la misma declaró con rotundidad en su artículo 28: «Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras». Sin

que la Constitución ha de poder ser reformada. Como ha explicado García Pelayo (1991, 335) hubo que abandonar la idea de inmutabilidad para asegurar la permanencia de la Constitución. De forma que se hacía necesario equilibrar las exigencias de estabilidad con poder adecuar democráticamente la Constitución a una realidad jurídica y políticamente cambiante. Y la síntesis de ello se encontró en la rigidez constitucional<sup>14</sup>, «figura bifronte» que nace «condenada a existir en la tensión de contrario signo de sus dos funciones o cometidos fundamentales» (Garrorena Morales, 2014, 100)<sup>15</sup>. Es mediante la «necesaria» reforma constitucional a través de un procedimiento agravado como se logra combinar la salvaguarda de la supremacía de la Constitución, y con ello su «vocación de firmeza y de estabilidad» (Torres del Moral, 2009, 36), con su apertura al cambio según las exigencias democráticas. Se trata, por tanto, de un instituto de garantía, de defensa de la propia Constitución, el cual, además, no ha de quedar «museizado», sino que ha de actuarse con una cierta normalidad si se quiere evitar la propia erosión de la condición de la Constitución como norma jurídica que regula una concreta realidad social y política<sup>16</sup>. Porque, en palabras de Rubio Llorente (2015, 17), «[u]na Constitución de la que la mayo-

---

llegar a estos extremos que, como reconoce RUBIO LLORENTE (2009, 22), llevaban a «sacrificar el constitucionalismo a la democracia, de manera que la fuerza vinculante de la Constitución no se extendiera a quienes no pudieran consentirla», se terminó imponiendo la tesis más moderada de Madison quien apostó por dar con un sistema que protegiera «por igual contra la facilidad extrema [de la reforma], que haría a la Constitución demasiado variable (...) y contra la exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos» (citas de El Federalista tomadas de GARRORENA MORALES (2014, 100)). De ahí el procedimiento rígido de reforma de la Constitución de los Estados Unidos previsto en su artículo V o el de la Constitución francesa de 1791. A este respecto, puede verse especialmente DE VEGA (1985, 53 y ss.), y RUBIO LLORENTE (2009, 20 y ss.). Más recientemente, MUÑOZ MACHADO (2016, 15 y ss.) recupera a los clásicos para responder a la pregunta «¿Pueden las generaciones pasadas imponer una constitución a las generaciones siguientes?», y TAJADURA TEJADA (2018, 15 y ss.).

<sup>14</sup> Como expone VERA SANTOS (2007, 20 y 22), «El conflicto [...] entre la soberanía popular y la soberanía de la Constitución estallará inevitablemente desde el momento en que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia, se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental». Un «patético dilema» al que se da como solución técnica la reforma constitucional por un procedimiento agravado, que se presenta como «un intento de solución de un conflicto dramático para la propia vida del Estado constitucional. Lo que con ella se pretende salvar es tanto el principio democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional».

<sup>15</sup> DE VEGA (1985, 67) precisa que son tres las funciones de la reforma constitucional: instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política; mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado; e institución básica de garantía.

<sup>16</sup> En esta idea de conexión entre rigidez y defensa de la Constitución explica GARCÍA ROCA (2017, 185) que «prever y ordenar el cambio es una forma racional de preservar la estabilidad de una constitución, los nuevos valores y necesidades sociales introducen transformaciones y las constituciones deben acomodarse a ellas». Y es que, siguiendo a PÉREZ ROYO (2015, 29-30), ha de entenderse que «La reforma es la institución mediante la que se renueva el vínculo entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio en el Estado constitucional. Un Estado no puede vivir indefinidamente de la legitimidad constituyente originaria, por muy fuerte que esta sea. El paso del tiempo inevitablemente debilita dicha legitimidad y puede llegar a hacerla desaparecer. Esta es la razón por la que las constituciones tienen cláusulas de reforma. Para que se pueda renovar de manera jurídicamente ordenada la voluntad constituyente originaria».

ría puede disponer a su arbitrio, es una Constitución muerta; pero también se puede dar por muerta una Constitución que no puede ser reformada, o solo en lo trivial. La rigidez se convierte en *rigor mortis*»<sup>17</sup>.

A este respecto, es cierto que existen vías adicionales a la revisión formal de la Constitución que facilitan su evolución y adaptación a las distintas realidades que en cada momento puedan presentarse, algo que se ve facilitado por la textura abierta de los preceptos constitucionales. Como se hace notar en la ya clásica obra de Wheare, una Constitución puede cambiar a través de una enmienda formal a la misma, pero también por mor de decisiones judiciales o por el desarrollo de usos y convenciones, incluso legales<sup>18</sup>. Entraríamos así dentro de lo que la doctrina ha denominado «mutaciones constitucionales»<sup>19</sup> que incorporan distintas formas tácitas de *actualización* del sentido de los preceptos constitucionales. Ahora bien, las mismas no pueden suponer un «falseamiento»<sup>20</sup> de la Constitución y se ven limitadas por las posibilidades interpretativas que ofrezca la propia Constitución<sup>21</sup>. Es decir, desde una perspectiva normativa sólo podemos asumir como válidas aquellas mutaciones (jurisprudenciales, legales o puros usos y convenciones no escritas) *secundum constitutionem*<sup>22</sup>. Adicionalmente, cabe destacar que el poder de reforma

---

De manera más extensa sobre la función de defensa y garantía de permanencia y supremacía constitucional, vid. GARCÍA-ATANCE (2002, 127 y ss.) y TAJADURA TEJADA (2018, 30 y ss.).

<sup>17</sup> Como de forma sintética defiende GARCÍA ROCA (2017, 200): «Sin revisiones periódicas, la idea de eficacia de una constitución normativa, desprovista de un periodo de vigencia o caducidad, es imposible. Ninguna norma legal dura eternamente. Sin reformas, la legitimidad democrática de la constitución como pacto fundador mengua sensiblemente. Precisamente por eso, el inmovilismo, el mero legalismo provisto de consideraciones de legitimidad, es una actitud propia de un constitucionalismo democrático».

<sup>18</sup> Cfr. WHEARE (1971, 73 y ss) y sobre los usos y la convención, pp. 127 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la mutación constitucional de especial relevancia han resultado las obras clásicas de DAULIN (1999) y JELLINEK (1991). También puede verse LABAND (1895) y DICEY (1961). Más cercano a nuestro tiempo, recomiendo la ilustrativa exposición de DE VEGA (1985, 179 y ss.) y de TAJADURA TEJADA (2018, 40 y ss.), así como el estudio de LUCAS VERDÚ (1974), especialmente los capítulos X y XI; GARCÍA ROCA (2017, 182); y GARCÍA-ATANCE (2002, 96 y ss.).

<sup>20</sup> MUÑOZ MACHADO (2016, 142) expone la diferencia acuñada por la doctrina francesa entre «*faussetement de la Constitution*» y «*fraude à la Constitution*». La primera supondría dar un sentido a las normas constitucionales distinto al que realmente tienen; y la segunda implicaría la creación de un nuevo orden constitucional pero sin romper con la legalidad establecida. Con un desarrollo de la cuestión véase TAJADURA TEJADA (2018, 75 y ss.).

<sup>21</sup> Cfr. RUIPÉREZ (2005, 64 y ss., y 74 y ss.), sobre la imposibilidad de recurrir a la interpretación constitucional para hacer compatible con la Constitución lo que fue excluido por el constituyente.

<sup>22</sup> Se entiende por tales aquellas que dan un sentido nuevo a un precepto constitucional o integran su contenido pero que se desarrollan dentro de los márgenes interpretativos permitidos por la norma constitucional, sin quebrantar de su tenor literal y de forma coherente con el espíritu de la Constitución. Comparo con DE VEGA (1985, 215): que «Mientras la tensión siempre latente entre lo fáctico y lo normativo no se presenta en términos de conflicto e incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional, sin que éste sufra ningún deterioro importante. El problema de los límites de la mutación comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noción de supre-

constitucional ha de reconocerse como un poder limitado (de ahí su calificación como «poder constituyente constituido»)<sup>23</sup>, que ha de actuar respetando los cauces constitucionalmente establecidos, pero que, además, al menos desde un punto de vista teórico, puede cuestionarse si cabe acudir al mismo para proceder a la sustitución de la Constitución, entendida ésta como un cambio «de» Constitución siguiendo los procedimientos constitucionales establecidos<sup>24</sup>. Quienes así lo entienden verían en ello un supuesto de «fraude» a la Constitución.

Llegados a este punto cabe preguntarse: ¿cuándo sería necesario acometer una reforma de la Constitución y qué rol deben asumir los juristas en ello? Pues bien, comparto con García Roca (2017, 190 y 198-199) que la reforma implica una decisión política, no depende del Derecho, aunque el jurista no puede desentenderse y, aunque ésta no sea la consecuencia predecible de una argumentación racional, el Derecho constitucional debe orientarla<sup>25</sup>. Y, en este sentido, como advirtió De Vega (1985, 93), creo que, aunque toda reforma

---

macía». En relación con su eficacia, considero que sólo debemos considerar auténticas mutaciones constitucionales a aquellas que deriven de una interpretación del Tribunal Constitucional de los preceptos constitucionales, dotándole a ese nuevo contenido de la fuerza y rigidez propio de esta norma. Las mutaciones que puedan derivarse de una diferente comprensión o desarrollo legislativo de la Constitución sólo alcanzarían rigidez constitucional en el extraño supuesto de que como consecuencia de las mismas podamos predicar que se ha producido un auténtico cambio del sentido de un precepto de la Constitución, y no meras variaciones en ámbitos que, aunque materialmente sean constitucionales, siguen abiertos a la discrecionalidad del legislador (piénsese por ejemplo en el reconocimiento del matrimonio homosexual, ya que una vez que el legislador lo ha establecido parece que esta cuestión sale de su ámbito de disposición y podrían aducirse óbices constitucionales en el caso de que posteriormente quisiera suprimirlo). Otros cambios legales, por mucho que afecten a ámbitos materialmente constitucionales, mantendrán su fuerza de ley y por tanto el legislador podrá cambiar de criterio (imaginemos un cambio en el Reglamento del Congreso sobre cómo su Presidente vehiculiza los representantes políticos en las consultas regias y la propuesta de candidato). Mientras que, por el contrario, no creo que podamos reconocer eficacia jurídica directa a las derivadas de convenciones o usos no recogidos normativamente, aunque los mismos puedan tener eficacia interpretativa e integradora del sentido de los preceptos constitucionales.

<sup>23</sup> Según DE VEGA (1985, 65): «el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución». Se trata, por ende, de «un poder constituido, derivado, y regulado en el texto constitucional» (GARCÍA ROCA, 2017, 186). En este sentido, véase también TAJADURA TEJADA (2018, 60 y ss.) y GARCÍA-ATANCE (2002, 142 y ss.)

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión véase GARCÍA ROCA (2017, 189), y en particular su nota a pie 38, donde recoge el debate entre Mortati y Biscaretti sobre en qué medida una constitución puede abrir la puerta a la revocación de sus decisiones políticas básicas y mantener al mismo tiempo su pretensión de legitimidad de partida. Lo cual ha llevado a una parte de la doctrina a justificar la existencia de unos límites implícitos o tácitos a la reforma constitucional. Como señala GARCÍA ROCA (2017, 184): «toda verdadera reforma supone la permanencia del núcleo esencial de la constitución modificada: el respeto de una identidad constitucional».

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión GARCÍA FERNÁNDEZ (2012, 302) directamente considera que la constitución se reforma no por consideraciones de técnica jurídica sino por consideraciones políticas autónomas; o PÉREZ ROYO (2003, 216) destaca cómo en la reforma constitucional la perspectiva política es más importante que la política.

comporta «riesgos para el prestigio y la propia eficacia de la normatividad de la ley fundamental», será políticamente conveniente si jurídicamente es necesaria, algo que se constatará cuando las posibilidades de interpretación aprovechando el carácter abierto de la propia Constitución lleguen a su límite<sup>26</sup>. De forma que «si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria. En toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la Constitución o reformarla» (De Vega, 1985, 93). Por ello, en mi opinión, la primera misión del jurista es advertir cuando, a la luz de los diferentes acontecimientos socio-políticos y jurídicos, la elasticidad de la Constitución se está tensando y puede quebrar, indicando aquellos puntos en los que la Constitución flaquea y el porqué. Y, en relación con lo anterior, el constitucionalista deberá asimismo denunciar aquellas iniciativas que puedan menoscabar o falsear la Constitución.

A partir de ahí, compete a los juristas acompañar la decisión política, primero aportando un amplio abanico de posibles diseños y mejoras, planteando alternativas y mostrando opciones que se han adoptado en otros países ante problemas similares; y, en última instancia, concretando jurídicamente con el mayor rigor técnico las preferencias políticas.

De tal manera que la reforma de la Constitución puede ser oportuna cuando haya un amplio consenso político en cambiar alguna de las reglas básicas recogidas en la Constitución pero sólo será necesaria, en los términos del profesor De Vega, cuando se desvelen ciertas «exigencias políticas» que tensionan la normatividad de la Constitución y que no son reconducibles por otras vías. Pudiendo concluirse, según se ha dicho, que la reforma constitucional es una tarea compartida pero descompensada: la posición protagonista la ocupa la política, correspondiéndole al Derecho una función «auxiliar» para advertir

---

<sup>26</sup> A este respecto, reacio a afrontar reformas constitucionales, LUCAS VERDÚ en su Prólogo a GARCÍA-ATANCE (2002, 16), advertía las posibilidades que presenta actualizar la constitución «mediante las mutaciones constitucionales que dejan incólume el Texto Fundamental sin herir su *ratio*, *espíritu* y *telos* por medio de una interpretación adecuada a su razón de ser, a su contenido esencial y al fin a que tienden, pueden conseguirse –con acierto– sin recurrir al comprometido procedimiento reformador». En cualquier caso, como se ha visto al final la vía de la mutación tiene límites. GARCÍA ROCA (2017, 213-214), en línea con lo señalado, remarca que la necesidad de revisión constitucional viene dada ante la desaparición de la resiliencia constitucional en la tensión entre fuerzas centrípetas y centrífugas. O DE CARRERAS SERRA (2015) distingue necesidad jurídica y oportunidad política y reconoce que la reforma es jurídicamente necesaria cuando el texto constitucional sea un obstáculo insalvable para que se tomen o se impidan medidas legislativas que se consideran imprescindibles para atender al interés general; pero sólo será políticamente oportuna si se logra una mayoría equiparable a la que aprobó por consenso la Constitución de 1978. Véase también DE CARRERAS SERRA (2009, 50). Otros autores ponen el acento en la existencia de cambios sociopolíticos que exigen que cambie la letra o el sentido de las normas constitucionales (GONZÁLEZ ENCINAR, 1986, 346).

llegado el caso su necesidad y para orientar y concretar la decisión García Roca (García Roca, 2014, 20). Y esta es la guía que precisamente se tratará de seguir a lo largo de este trabajo, como se ha indicado.

### 3. A MODO DE ANTECEDENTE: INTENTOS FRUSTRADOS Y FALSEADOS DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La reforma de la Constitución de 1978 se ha convertido en un debate recurrente en nuestro país, tanto a nivel jurídico como político, caracterizado por notables contribuciones que, sin embargo, han tenido corto recorrido práctico, y por peligrosos intentos de falseamiento ante la frustración por la falta de consecución de la misma. Hoy por hoy, como se acaba de señalar, la Constitución española permanece prácticamente virgen, pero acerquémonos aunque sea someramente a lo sucedido en estos años de vida constitucional.

Tras una primera década donde la cuestión de la reforma constitucional sólo se planteó en alguna literatura general sobre este instituto de garantía<sup>27</sup>, en los noventa por primera vez se abrió un debate sobre la posibilidad de introducir reformas en la Constitución española<sup>28</sup>. Influyeron, entre otros factores, la leve reforma de la Constitución efectuada en el año 1992 para añadir el inciso «y pasivo» en el artículo 13.2 que regula el derecho al sufragio de los extranjeros en elecciones municipales, como exigencia derivada del Tratado de Maastricht<sup>29</sup>; y la constitución en el Senado de una Comisión especial para el estudio de la reforma constitucional de esa Cámara en 1996. Sin embargo, al final esta cuestión no tuvo mayor recorrido y durante el período 1996-2004 bajo el Gobierno de José María Aznar la idea de la reforma constitucional quedó congelada<sup>30</sup>. Ello a pesar de las presiones que empezaban a surgir, es-

<sup>27</sup> En particular, cfr. DE VEGA (1985) y PÉREZ ROYO (1987).

<sup>28</sup> Véase la explicación que se realiza en DÍAZ REVORIO (2004), LÓPEZ AGUILAR (2012); y TORRES DEL MORAL (2009).

<sup>29</sup> La DTC 1/1992, de 1 de julio, declaró que el Tratado de la Unión Europea resultaba contrario a la Constitución y, por ende, ésta debía reformarse para poder suscribir el mismo. La iniciativa de reforma fue presentada conjuntamente el 7 de julio de ese mismo año por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergència y Unió), Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, CDS, Vasco (PNV) y Mixto. Se tramitó al amparo del artículo 167 CE y el Congreso decidió su adopción en lectura única. Fue adoptada por 332 votos a favor (la totalidad de los emitidos). En el Senado el texto fue aprobado sin enmiendas. Finalmente, no fue solicitado referéndum por lo que el texto definitivo de la reforma fue publicado el 28 de agosto de 1992, tras haber recibido la sanción y promulgación regia el día anterior.

<sup>30</sup> LÓPEZ AGUILAR (2012, 201) se refiere a cómo en estos años alcanza su «punto álgido» esta «involución hiperconservadora a *conservacionista* de la Constitución».

pecialmente con el Plan Ibarretxe que fue anunciado por el Lehendakari vasco en septiembre de 2001<sup>31</sup>.

En la VIII Legislatura (2004-2008), con el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, se recuperaba la idea de la reforma constitucional. En la sesión solemne de apertura de aquellas Cortes Generales su ahora tristemente desaparecido Presidente, Manuel Marín, comenzó destacando que «se avecina[ba] una Legislatura de grandes momentos constitucionales»<sup>32</sup>. Poco tiempo después, en marzo de 2005, por acuerdo del Consejo de Ministros, se solicitó al Consejo de Estado un informe sobre la reforma constitucional, que fue aprobado en febrero de 2006<sup>33</sup>. También a nivel doctrinal empezaron a surgir interesantes trabajos<sup>34</sup>. Sin embargo, este impulso no se tradujo en una propuesta concreta de reforma constitucional y la misma quedó encallada en una legislatura que se caracterizó especialmente por su crispación<sup>35</sup>. De forma paralela sí que se desarrolló un intenso proceso de reformas estatutarias, llevando a sus límites las posibilidades de descentralización política permitidas por la Constitución de 1978 (y en buena medida traspasándolos)<sup>36</sup>. Un intento fallido de mutar nuestro orden constitucional

---

<sup>31</sup> Este proyecto de reforma del Estatuto de autonomía del País Vasco, claramente superador de los límites constitucionales, fue presentado en octubre de 2003 al Parlamento Vasco, que lo aprobó en diciembre de 2004. En febrero de 2005 el Pleno del Congreso de los Diputados lo rechazó por 313 votos en contra (PSOE, PP, IU, Coalición canaria, y Chunta aragonesista).

<sup>32</sup> Intervención del Sr. Presidente del Congreso de los Diputados, Marín González, en la solemne sesión conjunta del Congreso de los Diputados y del Senado celebrada el 22 de abril de 2004, con motivo de la apertura de la VIII Legislatura Constitucional.

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO: *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, 16 de febrero de 2006. Este trabajo se limitó a estudiar los siguientes puntos: 1.º) La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono; 2.º) La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea; 3.º) La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas; 4.º) La reforma del Senado.

<sup>34</sup> Entre otros, pueden verse ORTEGA (2005), ORTEGA, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005; VERA SANTOS (2007); y ROURA y TAJADURA (2005).

<sup>35</sup> Cfr. LÓPEZ AGUILAR (2012, 202 y ss.). GARCÍA FERNÁNDEZ (2012, 305 y ss.) identifica como motivos del fracaso: la actitud del partido popular y el hecho de que se tratara de una reforma impulsada por un partido; la obligada disolución de las Cortes y la necesidad de un referéndum; y la coincidencia con el debate de la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña. De forma más amplia véase BELDA PÉREZ-PEDREÑO (2008).

<sup>36</sup> El proceso de reformas estatutarias desarrollado entre 2004 y 2011 resultó tan intenso que, como reconoce PÉREZ ROYO (2008, 1770) no se pueden considerar propiamente como reformas sino que son nuevos Estatutos de autonomía. En particular las reformas afectaron a tres ámbitos: ampliación y precisión competencial, profundización y ampliación de las instituciones autonómicas, y previsión de instrumentos de participación y cooperación con el Estado. La primera de las Comunidades Autónomas en reformar su estatuto fue Valencia (LO 1/2006, de 10 de abril), seguida por Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril), Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre), Navarra (LO 7/2010, de 27 de octubre) y Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero). Los excesos de estas reformas estatutarias tuvieron que ser pulidos por el Tribunal Constitucional, en especial en sendas sentencias sobre el Estatuto de autonomía de Valencia y el de Cataluña (SSTC 247/2007, de 12 de diciembre; y 31/2010, de 28 de junio).

que invirtió los términos lógicos al comenzar las reformas por los Estatutos de autonomía (Torres del Moral, 2009, 50)<sup>37</sup>.

Posteriormente, tras esta «reforma constitucional fracasada» sobrevino una «reforma constitucional imprevista» (García Fernández, 2012). El 26 de agosto de 2011, en un contexto de crisis económica y ante las presiones del Banco Central Europeo<sup>38</sup>, los Grupos parlamentarios Socialista y Popular presentaron en el Congreso de los Diputados una iniciativa conjunta para reformar el artículo 135 de la Constitución con el propósito de recibir constitucionalmente el principio de estabilidad presupuestaria. Esta reforma se tramitó por el procedimiento de urgencia y en lectura única, desarrollándose en apenas quince días<sup>39</sup>.

Después de esta cuestionable reforma (en forma, aunque también de fondo<sup>40</sup>), en los últimos tiempos ha renacido intensamente el debate sobre la necesidad de acometer la reforma constitucional<sup>41</sup>. Una mirada a los programas electorales de las principales fuerzas políticas que concurrieron a las elecciones en 2015-2016 y a los acuerdos de investidura en aquel complejo momento dan buena prueba de ello<sup>42</sup>. Más aún, en la XII Legislatura en el Congreso de los Diputados ha trabajado una Subcomisión para la reforma electoral dentro de la Comisión constitucional; se ha constituido una Comisión permanente no

<sup>37</sup> Entre otros muchos, muy crítico con este proceso se muestra ÁLVAREZ CONDE (2008, 1504) quien reconoce que se asistió a «dos procesos paralelos que pueden presentar un elevado número de contradicciones y disfuncionalidades, tanto desde un punto de vista jurídico como político, pudiéndose hablar de una «refundación del Estado de las Autonomías»», y critica el intento de producir una especie de «relleno» por parte de normas infraconstitucionales, como son los Estatutos de Autonomía, que pudieran suponer una auténtica mutación constitucional». De manera más amplia sobre «la injustificada desconexión de estos dos procesos», vid. ORTEGA (2005, 13).

<sup>38</sup> Aunque en la correspondencia entre el Presidente del BCE, Jean-Claude Trichet, y el Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, no se recoge expresamente la petición de aquél de que se reformara la Constitución española, parece innegable que la relación entre sus peticiones y la revisión del artículo 135 de la Constitución es innegable.

<sup>39</sup> El 30 de agosto fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso y 7 de septiembre era votada por el Senado. En el Congreso fue aprobada por una mayoría de 316 votos a favor (5 en contra); y en el Senado recibió 233 votos a favor (3 en contra). El 27 de septiembre fue sancionada y promulgada por el Rey y ese mismo día fue publicada en el BOE. Los parlamentarios que se opusieron a la reforma no alcanzaron el número exigido por el artículo 167 de la Constitución para exigir la celebración del referéndum, pero sí que recurrieron en amparo la tramitación de la misma, aunque éste fue inadmitido a trámite por el Tribunal Constitucional (ATC 9/2012, de 13 de enero de 2012).

<sup>40</sup> A este respecto, entre otros trabajos, pueden verse los cuestionarios sobre la reforma de la Constitución publicados por la revista *Teoría y Realidad Constitucional* en su número 29 de 2012 (pp. 11-88) y por la *Revista Española de Derecho Constitucional* en el número 9 de 2011 (pp. 159-210).

<sup>41</sup> Según MUÑOZ MACHADO (2016, 11) estaríamos en proceso de hacer efectiva la reforma de la Constitución «porque las aspiraciones de cambiar la Constitución se han disparado en poco tiempo».

<sup>42</sup> Salvo en el programa electoral del Partido Popular, los del PSOE, Podemos y Ciudadanos incluían propuestas de reforma de la Constitución que afectan a distintos ámbitos (instituciones y sistema político, derechos fundamentales, Estado autonómico...). También en los acuerdos de investidura suscritos entre el PSOE-Ciudadanos y entre PP-Ciudadanos se asumían concretas propuestas de reforma constitucional.

legislativa sobre calidad democrática, contra la corrupción y para las reformas institucionales y legislativas, y en su seno ha estado abierta una subcomisión sobre el régimen y financiación de los partidos políticos. Además, como es sabido, a raíz de la crisis de Estado provocada por el secesionismo catalán se constituyó una Comisión no permanente para la evaluación y la modernización del Estado autonómico. Ello sin contar otras iniciativas parlamentarias que de forma directa o indirecta inciden en materias constitucionales. Y, muy especialmente, en enero de 2019 el Gobierno presidido por Pedro Sánchez presentó un Proyecto de reforma constitucional en relación con la supresión de los aforamientos. A lo que cabe sumar, sin lugar a dudas, las importantes contribuciones que desde el punto de vista académico han ido surgiendo en los últimos tiempos<sup>43</sup>. Por tanto, parece oportuno acercarse a las razones que llaman en estos momentos a reformar la Constitución para valorar, en su caso, la conveniencia o necesidad de la misma, y su mayor o menor urgencia.

#### 4. RAZONES DE LA CONVENIENCIA, AUNQUE NO URGENTE NECESIDAD, DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Han transcurrido cuatro décadas desde la aprobación de la Constitución española de 1978 y, lo cierto, es que los tiempos cambian y «se producen desarmonías entre una constitución y la realidad social» (García Roca, 2017, 211)<sup>44</sup>. Cuando esto ocurre, como se ha dicho, una de las funciones del jurista ha de ser ayudar a reconocer los factores que pueden estar tensionando la Constitución, su vigencia y fuerza normativa. De lo cual se podrá deducir entonces la necesidad o no de su reforma.

Atendiendo a nuestra Constitución de 1978 y a la realidad social de 2018, creo que una primera razón que abunda en la conveniencia de afrontar la reforma constitucional vendría dada por los notables *cambios que se han producido en los últimos tiempos en las condiciones socio-económicas* de nuestro país y, en general, en todo el mundo. Por citar sólo algunos factores: han aparecido nuevos fenómenos como Internet y las TICs que han dado origen a una auténtica revolución tecnológica; la globalización y la variedad cultural de nuestras sociedades es hoy una realidad; la integración europea ha tenido un notable impacto en nuestras estructuras políticas y en las relaciones económicas y so-

---

<sup>43</sup> Entre los últimos destacan TAJADURA TEJADA (2018), PÉREZ TREMPES (2018), AA. VV. (2017), RUIZ-RICO RUIZ (2017), ÁLVAREZ CONDE (2017), FREIXES SANJUÁN y GAVARA DE CARA (2016), HERREIRO DE MIÑÓN (2016), PÉREZ ROYO (2015), y GARCÍA ROCA (2014).

<sup>44</sup> Con remisión a WHEARE (1971, 76-83).

ciales; y la situación económica y la mentalidad y usos de los españoles actuales quedan muy lejos de los de la sociedad que inauguró nuestra democracia. De forma que tan intensos cambios socio-económicos es lógico que hayan terminado afectando a nuestra Norma Fundamental. Piénsese, por ejemplo, en la interpretación en buena medida mutadora que tuvo que hacer el Tribunal Constitucional del artículo 32 de la Constitución para legitimar el matrimonio homosexual<sup>45</sup>; en las nuevas problemáticas a las que se enfrentan legislador y tribunales en relación con la protección y garantía de derechos fundamentales ante los desarrollos tecnológicos; o en la «contracción» sufrida por nuestra Constitución económica por mor de las restricciones que impone la Unión Europea a la intervención pública en el libre mercado.

Asimismo, en segundo lugar, se presentan *razones de técnica jurídica* que justificarían la reforma. Una Constitución, como cualquier otra norma, siempre es perfectible<sup>46</sup>. Algo que se va mostrando de forma cada vez más evidente con el paso del tiempo, que pone al descubierto la obsolescencia de ciertos preceptos o las deficiencias técnicas de los mismos. De hecho, *se han superado algunas de las razones que justificaron relevantes decisiones constitucionales en relación con nuestro sistema político*<sup>47</sup> y que han provocado ciertos «defecto[s] de forma» (Rubio Llorente, 2014, 138 y ss.)<sup>48</sup> de los que en buena medida derivan algunas de sus más acuciantes «debilidades»<sup>49</sup>. Unos defectos de diseño que reclaman la introducción de reformas, las cuales, como se estudiará, puede resultar conveniente que alcancen a la Constitución. A ma-

<sup>45</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre.

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, LÓPEZ AGUILAR (2012, 205) quien se refiere a «La Constitución irreformada: normas atemporales, obsoletas, superadas, virtuales», y, con más amplitud, entre otros muchos, recomendando la revisión técnica realizada en GARCÍA ROCA (2014).

<sup>47</sup> Siguiendo la explicación que ofrece FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (2010, 855) sobre el constituyente se ciñeron dos fantasmas que condicionaron el diseño de nuestro sistema político: por un lado, el fantasma de la fragmentación parlamentaria; y, por otro, el fantasma de la debilidad partidista. Ocurre que mientras «[e]l primero descans[ó] en una percepción equivocada; el segundo [lo hizo] en una percepción certera pero sujeta inexorablemente a plazo de caducidad, ‘certus an et incertus quando’». Esta explicación nos parece más convincente que la que da PÉREZ ROYO (2015, 99) cuando imputa al Rey y al Presidente Suárez el objetivo de lograr una «desviación calculada de la igualdad en la ley» en la Ley para la reforma política a los efectos de que los partidos de centro-derecha obtuvieran una mayoría holgada con la que proceder a la elaboración de la Constitución, consolidando así una «constitución monárquica, bipartidista y antifederal». Pues bien, aunque se pueda compartir que en nuestro sistema electoral existe una «desviación calculada de la igualdad en la ley», según acabo de decir, parece razonable que ésta trajo causa de las razones que ofrece el profesor Fernández-Miranda más que en un intento de controlar el sistema político.

<sup>48</sup> De manera más radical en su exposición, véase PÉREZ ROYO (2015, 33 y ss.).

<sup>49</sup> En concreto, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (2010, 866) identifica las siguientes: «De un lado, un acusado desequilibrio entre los poderes claramente favorable al Poder Ejecutivo y, dentro de éste, una fuerte tendencia a la presidencialización que en la práctica amenaza con diluir y absorber al Gobierno como órgano colegiado. Y, de otro, una no menos fuerte deriva del sistema hacia la partitocracia».

por abundamiento, en nuestra Constitución se encuentran *cuestiones que quedaron abiertas porque el constituyente no fue capaz de alcanzar un acuerdo*, dejando su definición en manos de los actores políticos de cada momento, de sus luchas y conflictos. Al final, esta falta de conclusión ha dado lugar a tensiones políticas y ha sido fuente de litigiosidad por tratarse de aspectos materialmente constitucionales que reclaman un cierto blindaje. Así ha ocurrido con la Constitución territorial, que sin duda supone el aspecto más conflictivo que exige una respuesta<sup>50</sup>. Los gravísimos intentos de quiebra que han llevado a que por primera vez se haya tenido que activar el artículo 155 de la Constitución como cláusula excepcional para intervenir ante la insurgencia de los poderes públicos de una Comunidad Autónoma en octubre de 2017 son sólo un ejemplo. Las tensiones provocadas por el Plan Ibarretxe y en general el intento de falseamiento de la Constitución a través de las últimas reformas estatutarias antes indicadas, o los continuos litigios competenciales y las demandas de casi todos los territorios de España de una mejor financiación autonómica atestiguan la existencia de unas demandas políticas que no encuentran adecuado acomodo en la Constitución de 1978 y que no han sabido satisfacerse de manera correcta a través de reformas infra-constitucionales.

En tercer lugar, debe destacarse que en España se ha vivido una evidente *crisis de nuestra democracia representativa agravada por la crisis económica* que ha llevado a que se planteen propuestas de regeneración del sistema político-institucional que en algunos casos tienen relevancia constitucional<sup>51</sup>. El movimiento del 15-M con sus exigencias de «más democracia» y sus consignas de «no nos representan» ha constituido un ejemplo paradigmático de ello<sup>52</sup>. Una desafección política que se mantiene en el tiempo y se demuestra en cada barómetro social donde se reconoce a los políticos y a la política como uno de los problemas del país. Lo cierto es que desde hace tiempo en España «avanza inexorablemente el proceso de deterioro de las instituciones constitu-

---

<sup>50</sup> El sintético diagnóstico de ARROYO GIL (2016, 393) creo que es compartido mayoritariamente por la doctrina: «Las prescripciones constitucionales sobre organización territorial del Estado, o bien han quedado obsoletas, o bien están necesitadas de reforma o actualización, con el fin de resolver viejos problemas y de dotar a nuestra forma territorial de Estado de mejores mimbres constitucionales». RUBIO LLORENTE (2009) y (2014) se refiere al problema territorial como el «nudo gordiano del constitucionalismo español».

<sup>51</sup> Cfr. GARRORENA MORALES (2014b, 187-188), sobre la crisis actual de la democracia representativa y sus signos más evidentes.

<sup>52</sup> A este respecto puede verse la descripción que hace PÉREZ ROYO (2015, 33 y ss.) de la crisis del sistema de partidos de la transición. Este autor considera que el sistema bipartidista habría garantizado cuatro décadas de estabilidad política pero actualmente se encuentra en «proceso de colapso» (p. 35). Sitúa los indicadores de esta desafección a partir de 2008, con la crisis económica, pero en 2015 son ya patentes (p. 37-38), como consecuencia de la «pésima» gestión de la crisis económica y del fracaso de la renovación de la Constitución territorial.

cionales» que exigen reformas (Muñoz Machado, 2012, 9). Pero es que, además, en buena medida ha *desaparecido el sustrato político que caracterizó a la Transición*, como se puso de manifiesto con la abdicación del Rey Juan Carlos y con la aparición de nuevos partidos políticos con amplia acogida popular en los últimos procesos electorales.

Por último, unido a estos aspectos, un factor que a mi juicio también abonaría la conveniencia de reformar la Constitución sería reforzar su *legitimación inter-generacional* y su *función integradora*<sup>53</sup>. Es cierto que la teoría clásica ya descartó imponer plazos fijos para reformar la Constitución, limitando así su vigencia, pero ello no resta una evidente lucidez al planteamiento jeffersoniano. Como también es cierto que no sólo a través de la reforma se puede cultivar un patriotismo constitucional entre las generaciones que no votaron una Constitución. Si sus principios basilares están bien asentados estos pueden compartirse fácilmente por sucesivas generaciones sin necesidad de votarlos, del mismo modo que si aquella que es la norma suprema demuestra un carácter abierto y flexible podrá desarrollarse y actualizarse para adecuarse a las nuevas «exigencias políticas» en muchas ocasiones sin necesidad de revisión formal. Ahora bien, como nos recuerda García Roca (2017, 215), hay una realidad que no debe despreciarse: «La reforma recuerda al pueblo su soberanía: [...] permite al pueblo visualizar su propia soberanía frente al gobierno de unos pocos representantes. Toda democracia representativa es elitista, al venir fundada en elecciones, mientras la reforma apodera y fortalece al pueblo como verdadero sujeto de la democracia». Algo especialmente importante en un momento de profundos cambios y de evidente crisis como el descrito.

Así las cosas, a la luz de todo lo dicho se observa como «[a] pesar de su juventud la Constitución ha sufrido el ritmo de intensa aceleración histórica de este período en España» (Torres del Moral, 2009, 39). No comparto la visión de quienes sostienen que en nuestro país el consenso social sobre la Constitución de 1978 está acabado, ni otras teorías más depuradas dogmáticamente que advierten un defecto de legitimidad de origen en nuestro proyecto constitucional<sup>54</sup>. De hecho, a lo largo de este trabajo trataré de defender la vigencia del

---

<sup>53</sup> Siguiendo a PÉREZ ROYO (2015, 29-30) ha de entenderse que «La reforma es la institución mediante la que se renueva el vínculo entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio en el Estado constitucional. Un Estado no puede vivir indefinidamente de la legitimidad constituyente originaria, por muy fuerte que esta sea. El paso del tiempo inevitablemente debilita dicha legitimidad y puede llegar a hacerla desaparecer. Esta es la razón por la que las constituciones tienen cláusulas de reforma. Para que se pueda renovar de manera jurídicamente ordenada la voluntad constituyente originaria».

<sup>54</sup> Esta es la tesis que sostiene PÉREZ ROYO (2015, especialmente 99, 132-139), a cuyo juicio la «desviación calculada de la igualdad en la ley» fijada en la Ley para la reforma política a la que antes se ha hecho referencia, se mantuvo en la Constitución de 1978. Lo cual le lleva a concluir que «el principio

mismo. Pero reconozco que existen «exigencias políticas» que afectan a aspectos constitucionales a las que no se está dando respuesta (De Vega, 1985, 93), lo cual tensiona y puede terminar menoscabando la vigencia y legitimidad de nuestra Constitución<sup>55</sup>. Ahora bien, el reconocimiento de estas poderosas razones no me lleva a concluir que la reforma sea «necesaria» y menos aún «urgente», aunque sí que entiendo que resulta *altamente* «conveniente».

La conveniencia creo que ha quedado suficientemente justificada: la reforma constitucional puede ser una vía excelente para dar las respuestas normativas que reclaman las exigencias políticas antes presentadas –la severa crisis económica que ha terminado menoscabando seriamente nuestra democracia representativa y sus instituciones, los evidentes cambios sociales, la profunda quiebra del modelo territorial y la oportunidad de incorporar ciertas mejoras técnicas–. En este sentido, considero que la reforma de la Constitución, a través de un proceso rígido que reclama diálogo político y exige generar consensos, el cual, además, debería llamar a la participación directa del pueblo, puede ser el mejor de los cauces posibles para afrontar tan crítica situación político-institucional y superar el desafecto social que conlleva, volviendo a motivar a las generaciones más jóvenes con los valores de nuestra democracia. Eso sí, este proceso habrá de afrontarse con cautelas –como se expone en los siguientes apartados– para evitar algo parecido a lo ocurrido en Italia donde los jóvenes han terminado oponiéndose a la reforma constitucional invirtiendo los términos jeffersonianos: «los hijos han rechazado el nuevo orden constitucional propuesto por los padres, retomando el lazo espiritual de los abuelos muertos» (Vespaziani, 2017)<sup>56</sup>.

Pero, ¿por qué no entiendo necesaria la reforma? Fundamentalmente por una razón: porque considero que el carácter abierto de la Constitución hace que la misma no imponga ningún límite insoslayable a las exigencias políticas de este momento. Si la Constitución española hubiera sido incompatible con el principio de primacía del Derecho europeo o no hubiera permitido la integración en la UE; si no permitiera explorar mejoras en nuestro sistema electoral o

---

de construcción de la democracia está viciado de origen» (p. 133) y hemos vivido con un «*déficit de legitimidad democrática*» en la definición constitucional del Estado (p. 139). Llegando a calificar a la Constitución de 1978 como «vergonzante» (p. 132).

<sup>55</sup> Como señala LÓPEZ AGUILAR (2012, 205) la falta de reforma de la Constitución ha tenido efectos «sobre su normatividad y sobre su centralidad integradora ante los cambios de la realidad social sobre la que opera».

<sup>56</sup> Este autor añade: «El patriotismo constitucional italiano contemporáneo se parece así a la constitucional faith estadounidense: una fe radicada en los valores originarios y una fidelidad a las generaciones pasadas, opuesta de modo polémico a los intentos de reforma de los elementos institucionales disfuncionales, propuestos por políticos vivos, frente a los que la desconfianza es máxima y muy debilísima su legitimación social» (VESPAZIANI, 2017).

en el funcionamiento de nuestro sistema político; si fuera a dar lugar a una discriminación intolerable en la sucesión a la Corona; si no permitiera margen para enfrentarse a los problemas territoriales de nuestro país; si no diera adecuada protección a los derechos de las personas ante las nuevas realidades; si los ciudadanos no se sintieran identificados con los principios y valores fundamentales sobre los que se levanta el edificio constitucional, entonces sí que estaríamos hablando de necesidad. Pero no es el caso. De hecho, siendo hoy día la cuestión territorial el problema constitucional más grave de nuestro país y el que en la Constitución queda más abierto y con mayores imperfecciones, creo sinceramente que si hubiera lealtad entre los actores políticos el mismo se vería de otra forma. Todo lo cual no perjudica que, entre las distintas vías para afrontar tales demandas sociales y políticas, mantenga que para muchas de ellas la reforma constitucional es la mejor. De ahí su conveniencia, reitero.

Asimismo, he descartado que la misma deba afrontarse con «urgencias». Aunque comparto que hay que «desdramatizar» la reforma constitucional (García Roca, 2017, 189)<sup>57</sup>, lejos de aquél «con *temor y temblor*»<sup>58</sup> con el que el profesor Lucas Verdú consideraba que había que acercarse a la revisión constitucional; al final la reforma de la Constitución, especialmente si va a afectar a aspectos profundos referidos a demandas sociales complejas, requiere serenidad y prudencia<sup>59</sup>, y debe huir de «reformas precipitadas» (García Roca, 2017, 188)<sup>60</sup>. No hay que preocuparse si forjar las respuestas adecuadas requiere varios años de diálogo político, social y jurídico. Debe cocinarse a fuego muy lento<sup>61</sup>. No en vano está en juego la norma básica de la comunidad política.

Pues bien, sobre estas premisas pasemos a delinear cuál podría ser el perímetro de esta conveniente reforma constitucional. Conscientes, en todo caso, de que las exigencias que se han identificado afectan, según se ha visto, a cuestiones materialmente constitucionales, pero no todas ellas reclaman una

<sup>57</sup> En sentido similar, cfr. GARCÍA ROCA (2014).

<sup>58</sup> Prólogo a GARCÍA-ATANCE (2002, 16).

<sup>59</sup> Como advierte DE CARRERAS SERRA (2015) «la reforma de aspectos fundamentales de una constitución debe hacerse con cautela, empleando inteligencia jurídica y prudencia política». Aportando algunos requisitos técnicos y de prudencia política, vid. TORRES DEL MORAL (2009, 40).

<sup>60</sup> Este autor explica que «Extremada urgencia en la tramitación y reforma de una norma con autoridad suprema y por definición estable es una contradicción en sustancia» (GARCÍA ROCA, 2017, 188). En GARCÍA ROCA (2014, 129) se matiza también la exigencia de urgencia y concluye que en nuestro país «se trata de una acción urgente, pero que sólo puede hacerse al ritmo sosegado de un procedimiento constitucional adecuado».

<sup>61</sup> Así, GARCÍA ROCA (2017, 188): «Una reforma constitucional no puede precipitarse sin merma de su eficacia, legitimidad democrática y virtualidad integradora. Es un guiso a fuego lento siguiendo un procedimiento sosegado, participativo y deliberativo, porque el resultado debe ser inclusivo».

intervención en la Constitución. De manera que lo que pueda reformarse a través de leyes, mejor hacerlo así<sup>62</sup> para no caer en una «hipertrofia de la reforma» (García Roca, 2017, 202), aunque metodológicamente puede ser positivo afrontar su discusión conjuntamente. En este sentido hay que apostar por una cierta «economía» y, sobre todo, por garantizar la «sobriedad constitucional» y el «rigor normativo» (García Roca, 2017, 202), como ya aconsejara Don Quijote a su fiel Sancho: «No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y, sobre todo, que se guarden y cumplan»<sup>63</sup>.

Así, el objetivo ahora es el de proyectar sobre la regulación constitucional las necesidades políticas antes destacadas para identificar los aspectos que reclaman reformas, discerniendo allí donde la intervención constitucional resulta imprescindible y donde no, aunque ésta pudiera ayudar a avanzar más. No se entrará a detallar el contenido de las reformas, sino sólo su perímetro y en la intensidad de esta posible reforma constitucional.

## 5. EL PERÍMETRO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL POSIBLE: «MOMENTO REFORMISTA», QUE NO CONSTITUYENTE

Siendo poderosas las razones que reclaman la reforma constitucional, surge entonces de forma espontánea la pregunta: ¿Vive España un nuevo «momento constituyente»? ¿Debe emprenderse una revisión total de la constitución?

Al introducir el debate clásico sobre el poder de reforma constitucional ya se advirtió el carácter limitado del poder de reforma constitucional y se cuestionó en términos de legitimidad la posibilidad de recurrir al poder de reforma constitucional para acabar con una constitución, aquello que se llamó fraude a la constitución. Ello porque «una reforma no es un atentado a la constitución sino una actualización de la misma», asumiendo como límite implícito a su propio

---

<sup>62</sup> De forma contundente reconoce DE CARRERAS SERRA (2015) que «Lo que pueda reformarse por ley, hágase así y luego ya se incorporará a la Constitución». En este sentido, destaca TORRES DEL MORAL (2017, 23 y ss.) que la primera medida debe ser la de discriminar las materias para no incluir en la reforma constitucional las que pueden ser reguladas por ley, y, en tal sentido, propone toda una serie de reformas subconstitucionales (pp. 27 y ss.). El propio RUBIO LLORENTE (2014, 133) afirmaba a este respecto que: «La configuración actual del poder en España adolece de defectos, en algunos casos (los menos) origen en la propia Constitución y en muchos en insuficiencias de las normas subconstitucionales. A veces porque la regulación jurídica tiene efectos disfuncionales, pero más frecuentemente por no haber servido para impedir o corregir prácticas viciosas».

<sup>63</sup> Precisamente el reciente Acuerdo del Consejo de la Generalidad Valenciana sobre la reforma constitucional adoptado el 9 de febrero de 2018 sería, en mi modesta opinión, un ejemplo de falta de sobriedad y, sobre todo, es muestra de una tendencia que lleva a introducir preceptos en la Constitución con un gran contenido ideal pero de dudosa eficacia normativa, como se dirá, por ejemplo, en relación con la inflación de derechos sociales constitucionales.

poder el respeto a la identidad constitucional (García Roca, 2017, 184)<sup>64</sup>. Sin embargo, como también se dijo allí, en la medida que normativamente se prevé la posibilidad de revisión total de una Constitución, como hace la Constitución española en su artículo 168, y a salvo que se asuma la existencia de límites implícitos a la reforma, de *constitutione lata* en principio sería posible emprender una demolición de nuestra Constitución vía artículo 168 para levantar una de planta radicalmente diferente<sup>65</sup>. Cuestión distinta es si esto es deseable, como algunos pretenden<sup>66</sup>, o no. Y en este último punto se centrarán las siguientes reflexiones.

Pero para responder a esta pregunta hay antes que identificar los pilares sobre los que se levantó el edificio constitución de 1978, reitero que sin entrar ahora en polémicas sobre si éstos son límites implícitos a la propia posibilidad de reforma. En este sentido, la Constitución española de 1978 erige un Estado social y democrático de Derecho, siendo su forma política la monarquía parlamentaria, y ha permitido la consolidación de un Estado de las autonomías donde las «nacionalidades y regiones» que integran nuestra «indisoluble» «patria común» gozan de un amplio autogobierno (arts. 1 y 2 CE). Un orden constitucional que residencia la soberanía en el «pueblo español», proclamando como valores superiores «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 CE), al tiempo que reconoce la dignidad humana, los derechos inviolables de la persona y su libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto a la ley, como «fundamento del orden político y de la paz social»

---

<sup>64</sup> Sobre la «fórmula política» del Estado como elemento objetivo de la identidad constitucional, vid. GARCÍA-ATANCE (2002, 142), que llega a afirmar ésta como límite absoluto del poder de reforma. De forma más desarrollada, vid. TAJADURA TEJADA (2018, 137 y ss.).

<sup>65</sup> Nuestra Constitución prevé en el art. 168 la posibilidad de «revisión total», y de ahí que se afirme que en principio se declare lícito afrontar la sustitución de la Constitución de 1978. Como reconocía el Tribunal Constitucional, entre otras sentencias, en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ. 7.º: «La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento.». Así lo han entendido, entre otros, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2007, 142) y DÍAZ REVORIO (2004, 605), quien llega a sostener: «conviene reiterar que estos parámetros [valores superiores y decisiones políticas fundamentales] no actúan en mi opinión como límites materiales implícitos a la reforma, al menos si se quiere dotar a esta expresión de un alcance jurídico. En efecto, jurídicamente es posible cualquier modificación del texto constitucional». En contra, véase GARCÍA-ATANCE (2002, 278 y ss.) o TAJADURA TEJADA (2018, 151 y ss.) y (2005).

<sup>66</sup> Actualmente, además de los partidos independentistas, el partido político nacional más relevante cuyos dirigentes han llamado a derrocar lo que denominan el «régimen del 78» y a abrir un nuevo proceso constituyente es Podemos. Puede recordarse a modo de ejemplo el discurso de Pablo Iglesias cuando en 2014 asumió la secretaría general del Partido. Una referencia a esto puede verse en *El País*, «Pablo Iglesias promete acabar con el 'régimen' de la Transición», 16/11/2014: [https://politica.elpais.com/politica/2014/11/15/actualidad/1416044494\\_928494.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/11/15/actualidad/1416044494_928494.html).

(art. 10.1 CE). En ello creo que se sintetiza la identidad constitucional de la Constitución de 1978<sup>67</sup>.

Partiendo de lo cual, comparto con Díaz Revorio (2009) que cualquier modificación que afectara a los valores y principios fundamentales de nuestra Constitución habría de reputar ilegítima<sup>68</sup>, cuando no una auténtica «insensatez» (Rubio Llorente, 2015b). Una reforma del tipo supondría salirse de los contenidos propios del constitucionalismo liberal-democrático y muy probablemente nos llevaría, como advertía Rubio Llorente, a un proyecto rupturista que «nos devolvería al mundo de enfrentamientos violentos que en 1978 quisimos dejar atrás para siempre» (Rubio Llorente, 2015b); amén de que nos alejaría de Europa<sup>69</sup>. Distinto sería si lo que se pretende alterar son las «decisiones políticas fundamentales no estrictamente vinculadas a la legitimidad del sistema», retomando nuevamente la distinción de Díaz Revorio (2009, 604). En particular, sería el caso de que se apostara por acabar con la monarquía, con el sistema parlamentario, o con la descentralización política. Propuestas de este tipo no pueden reputarse ilegítimas, pero debe reconocerse que las mismas implicarían introducir cambios sustanciales en la estructura de la Constitución de 1978. A partir de ahí, en un cálculo de costes y beneficios, considero que aquellos serían muy altos para los escasos beneficios que podrían derivarse<sup>70</sup>. De hecho, ninguna de las demandas político sociales que han podido identificarse afectaría a estos elementos estructurales. Ni siquiera un cambio hacia un Estado federal ni propuestas que pudieran llevar a reconocer que España es una «nación de naciones» integradas en un Estado indivisible comportarían a mi juicio tal afectación porque, a mi entender, hoy por hoy creo que nuestro Estado de las autonomías funciona como tal<sup>71</sup>. Cuestión distinta es que se pretenda dar virtualidad jurídica a un Estado plurinacional que

---

<sup>67</sup> En este sentido, vid. TAJADURA TEJADA (2018, 137 y ss.).

<sup>68</sup> DÍAZ REVORIO (2009, 604) diferencia en la Constitución aquellos «valores que determinan la legitimidad del sistema constitucional» (valores superiores, soberanía popular, dignidad de la persona, derechos inviolables y libre desarrollo de la personalidad), de las «decisiones políticas fundamentales no estrictamente vinculadas a la legitimidad del sistema» (Monarquía parlamentaria y unidad de la nación con reconocimiento del principio del Estado autonómico). La supresión o alteración de cualquiera de ellos conllevaría un cambio de sistema constitucional, pero sólo respecto de los primeros cabría hacer un reproche en términos de legitimidad al ordenamiento constitucional resultante.

<sup>69</sup> Aunque en nuestro país no han tenido acogida, piénsese en la involución que están viviendo en términos democráticos y de garantía de los derechos fundamentales países como Hungría o Polonia, ante los que la Comisión Europea ha tenido que valorar la apertura de procesos por infracción del Estado de Derecho, de los principios democráticos y de los derechos fundamentales.

<sup>70</sup> Así, TORRES DEL MORAL (2017, 24).

<sup>71</sup> En este sentido puede verse la interesante propuesta de WEILER (2018, 16), que llega a aventurar una propuesta de reformulación del art. 1 de la Constitución en los siguientes términos: «España es una monarquía parlamentaria y un Estado indivisible, miembro de la Unión Europea, compuesto por una nación de naciones». Pueden verse también RUBIO LLORENTE (2008) y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2014a),

pasara a configurar una suerte de Estado confederal –con derecho de autotérminación incluido–<sup>72</sup>. En este supuesto estaríamos ante una alteración sustancial de nuestra Constitución que obligaría a residenciar la soberanía no en el pueblo español, como hasta ahora, sino en los distintos pueblos de España<sup>73</sup>. Una propuesta a mi juicio descabellada que terminaría desmembrando nuestro país<sup>74</sup> y que obvia las enseñanzas básicas que ya quedaron plasmadas en El Federalista cuando se justificó la necesidad de superar la confederación. En un mundo globalizado como el actual este paso atrás sería un suicidio. Tanto que, en mi humilde opinión, si hubiera que plantear en algún momento cambiar la residenciación del poder soberano ello sólo debería darse para culminar el proceso de integración europea, actualmente *in status nascendi*, con el reconocimiento de la soberanía del pueblo europeo.

En definitiva, creo que la Constitución de 1978 sigue siendo una obra de gran calidad técnica y moderna, con unos pilares y una estructura sólidos. Asumo el presupuesto que sobre el porqué y el cómo reformar han afirmado los profesores que han participado en la elaboración de Ideas para una reforma de la constitución: «No se trata, por tanto, de iniciar un proceso constituyente sino un proceso de reforma constitucional. Defendemos el mantenimiento de los fundamentos sobre los que se asienta la Constitución de 1978, que son los valores europeos, y planteamos la modificación de algunos contenidos»<sup>75</sup>. Estamos, por tanto, ante un *momento reformista*, que no constituyente. Algo que, por cierto, no es exclusivo de España sino que la aceleración histórica en la que vivimos afecta también al resto de países y son muchos los Estados de nuestro entorno que han acometido con desigual suerte proyectos reformistas de sus

---

quien plantea una interesante opción que sería remitir estas cuestiones identitarias de tipo simbólico a los estatutos de autonomía.

<sup>72</sup> Cfr. OLIVER ARAUJO (2017, 267-304) quien apuesta por otorgar a Cataluña y al País Vasco un estatuto jurídico específico a modo de Estados-libre asociados. MUÑOZ MACHADO (2016) llega a admitir esta posibilidad, aunque la critique, siempre y cuando mediara reforma constitucional.

<sup>73</sup> Así, en BESCANSÀ (2017) la soberanía parece residenciarse en «los pueblos, regiones, comunidades, países y naciones que conforman España». Frente a ello, como ha concluido el Tribunal Constitucional español, asumiendo los postulados básicos del liberalismo democrático: «La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones «históricas» anteriores» (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ. 3.º, aunque posteriormente ha sido reiterada en numerosas ocasiones).

<sup>74</sup> Como advierte PÉREZ ROYO (2015, 13-14) la cuestión sobre donde residenciar el poder resulta clave y reconoce que si en una sociedad «se pone en cuestión el lugar de residenciación del poder, deja de haber respuesta política jurídicamente ordenada para la convivencia», como ocurrió con la Guerra Civil en los EE. UU.

<sup>75</sup> AA. VV. (2017).

constituciones, sin que ninguno de ellos, eso sí, se haya lanzado a aventuras rupturistas<sup>76</sup>.

El reto es entonces delinear cuál podría ser el perímetro de la reforma, advirtiendo, eso sí, que esbozar el mismo no implica una preferencia por una reforma integral de la Constitución sino que simplemente se apuntan algunos espacios donde la reforma de la Constitución podría dar respuesta a alguna de las exigencias antes señaladas. De forma que han de ser las prioridades y consensos políticos los que al final determinaran hasta dónde llegar. Asimismo, metodológicamente, como se dirá, las reformas posibles podrían plantearse sucesivamente sin tener que ir a un gran proyecto de reforma constitucional.

Dicho lo cual, parece evidente que actualmente el problema constitucional más grave al que se enfrenta España es el de la quiebra de su Constitución territorial, conforme a lo que hemos señalado anteriormente. Ahora bien, como expresa Blanco Valdés, «en España no tenemos un problema territorial, sino dos: el que plantean los nacionalismos y el derivado del mal funcionamiento del Estado autonómico», con la advertencia añadida de que si se quiere arreglar el primer problema en el sentido planteado por «los nacionalistas y sus aliados, empeoraremos el segundo, sin garantía de que los impulsores del nacionalismo no se revuelvan de nuevo dentro de nada»<sup>77</sup>. Por ello, creo que sería conveniente construir un sólido pacto de Estado entre los partidos nacionales mayoritarios –personalmente apostaría por consolidar la federalización del modelo y su racionalización<sup>78</sup>–, que luego fuera negociado en la medida de lo posible con los partidos que tienen implantación específica en determinados territorios, pero sin ser rehenes de los partidos independentistas y ni siquiera de los nacionalistas –como no se fue al forjar la Constitución de 1978.

---

<sup>76</sup> Entre otros países podemos destacar Alemania, que reformó intensamente su sistema federal entre los años 2006 y 2009 y todavía hoy sigue abierto este proceso reformista; Francia en 2014 racionalizó su Estado regional; e Italia intentó fallidamente una amplia reforma de sus sistema político en 2016.

<sup>77</sup> Véase La voz de Galicia, «La prioridad es la reforma», 06/12/2017. Texto accesible en: [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2017/12/06/prioridad-reforma-territorial/0003\\_201712G6P8991.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2017/12/06/prioridad-reforma-territorial/0003_201712G6P8991.htm).

<sup>78</sup> En este sentido, son una mayoría los autores que se muestran favorables a «federalizar» nuestro Estado autonómico: cfr. ORTEGA (2005, 28-50); AA. VV. (2017); AJA FERNÁNDEZ (2015); RUBIO LLORENTE (2014, 148 y ss.); SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2014a y b); DE CARRERAS SERRA (2009); Tajadura Tejada (2005) o GARCÍA ROCA (2014). A nivel político, el PSOE apostó por ello claramente en su Declaración de Granada. Un nuevo pacto territorial: la España de todos (2013), aunque en su Declaración de Barcelona. Por el catalanismo y la España federal (2017) muestra una deriva con claras preferencias hacia las asimetrías. También el Programa electoral de Ciudadanos ha planteado consolidar el Estado autonómico con una cierta visión federal. Podemos no queda claro si apuesta por un modelo federal o confederal y el PP no parece plantear una alternativa de reforma constitucional en este punto.

Más allá, se puede plantear reconocer la integración europea como un fenómeno constitucional<sup>79</sup>; parece necesario aunque ahora no resulte apremiante acabar con la discriminación en la sucesión a la Corona y quizás ajustar algunas cuestiones en relación con la regulación constitucional de la Corona y del estatuto del Rey<sup>80</sup>; como también son muchas las propuestas que apuestan por una regeneración democrática, aunque muchas de ellas no necesitarían de reforma constitucional, y que podrían llevar a introducir cambios en las regulaciones electorales y de partidos, en el funcionamiento del Parlamento como contrapoder frente al actual Gobierno de canciller y en ciertos contrapesos y garantías de independencia de otros órganos constitucionales<sup>81</sup>. Asimismo, en un momento de crisis económica y de revolución tecnológica, también se han avanzado propuestas interesantes para introducir mejoras en el reconocimiento y garantía de los derechos constitucionales<sup>82</sup>, si bien es un espacio donde la flexibilidad de la Constitución permite su evolución sin reclamar una revisión formal. Advertir, únicamente, que una reforma en este capítulo tendría que evitar una ampliación excesiva de aquellos que son derechos fundamentales que pueda convertirlos en puras proclamaciones con escaso contenido normativo. Por último, un sector doctrinal ha señalado la conveniencia de reformar el propio procedimiento de reforma, introduciendo ciertas mejoras técnicas para superar algunas imprecisiones y defectos del diseño actual<sup>83</sup>, pero también hay un aspecto con importantes connotaciones políticas que puede ser considerado: la que por muchos es considerada «excesiva» rigidez del artículo 168<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Como explica DÍAZ REVORIO (2004, 25) la reforma constitucional en este punto resulta altamente conveniente a pesar de que el Tribunal Constitucional haya admitido el principio de primacía. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, GARCÍA ROCA (2014, 29 y ss.); y GARCÍA GESTOSO (2005). Y, especialmente, cfr. CONSEJO DE ESTADO (2006, 49 y ss.).

<sup>80</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO (2006, 18 y ss.) y GÓMEZ SÁNCHEZ (2016). En GARCÍA ROCA (2014, 67 y ss.) se muestran muy cautos en cuanto a la posibilidad de retocar otras cuestiones en la Constitución más allá de la discriminación por razón del sexo en la sucesión a la Corona.

<sup>81</sup> Entre otros muchos trabajos, puede verse CONSEJO DE ESTADO (2009); RUBIO LLORENTE (2014, 139 y ss.); GARCÍA ROCA (2014, 45 y ss.); o los trabajos que se recogen en RUIZ-RICO et al (2017).

<sup>82</sup> En particular, cfr. GARCÍA ROCA (2014, 27 y ss.).

<sup>83</sup> Con carácter general sobre los procedimientos de reforma diseñados por la Constitución española, véanse los trabajos clásicos de DE VEGA (1985, 128 y ss.); PÉREZ ROYO (1987, 127 y ss.); y, más recientemente GARCÍA-ATANCE (2002); VERA SANTOS (2007); GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2007); y TAJADURA TEJADA (2018) y (2016).

<sup>84</sup> Ya DE VEGA (1985, 148) acusaba la excesiva rigidez del art. 168, al que consideraba un procedimiento para «evitar» la reforma. En sentido similar, TAJADURA TEJADA (2018) y PÉREZ ROYO (1987, 190) destacaba «ante la imposibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad, como se hubiera deseado... para impedir *de iure* el cambio de la Constitución en determinados contenidos, el Constituyente español ha buscado un rodeo para impedir *de facto* tal cambio». Sin embargo, en PÉREZ ROYO (2003, 216) reconoce que la Constitución española es «razonablemente rígida».

Sirva así esta enumeración como ejemplo para avalar que hay posibilidades de dar respuesta mediante la reforma constitucional a las demandas político-sociales y veamos ahora dónde están entonces las dificultades.

#### 6. EXCUSAS SOBRE LO INOPORTUNO DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN RECONDUcidas A UNA SUSPICACIA FINAL: LA ACTITUD (QUIZÁ APTITUD) POLÍTICA

A estas alturas de la exposición puede convenirse que se ha salvado la primera de las objeciones ante una reforma constitucional: se han constatado «exigencias políticas» que conviene reconducir vía reforma constitucional y existen suficientes aportaciones técnicas que orientan la misma. Sin embargo, permanecen dudas sobre la oportunidad política, con el agravante de que en cierto modo, más que factores coyunturales, en nuestro país se usan para justificar que nunca llegue ese momento.

El primero de estos factores que se aduce para eludir la reforma de la Constitución es la *rigidez de su procedimiento*. Frente a esta excusa creo que deben considerarse dos cuestiones. La primera de ellas es que, como sabemos, para reformar la Constitución hay dos procedimientos, de los cuales el previsto en el artículo 167, que permitiría revisar la mayor parte de aspectos que hoy por hoy reclaman cambios, presenta como único elemento de rigidez la exigencia de mayorías parlamentarias cualificadas y, en su caso, la celebración de un referéndum. Un procedimiento que cuando ha habido acuerdo político ha permitido reformar la Constitución en quince días. Es cierto, eso sí, que atendiendo a las actuales mayorías parlamentarias lo más probable es que hoy día cualquier reforma pasara por la celebración de un referéndum, a diferencia de lo que ocurrió con las modificaciones de 1992 y de 2011, que algunos aprovecharían para echar un órdago completo a la Constitución. Pero tampoco ello debe considerarse como un óbice inasumible políticamente. En segundo lugar, aun cuando se quisiera acometer una reforma vía 168 CE, por mucho que éste es un procedimiento notablemente rígido (dos legislaturas sucesivas, mayorías muy cualificadas y referéndum necesario), no lo es más que el que tienen otras Constituciones de países de nuestro entorno<sup>85</sup>. Por lo tanto, no es cierto que jurídicamente estemos ante un procedimiento intransitable. Como nos enseñaron los clásicos, la mayor o menor rigidez de una Constitución afecta en poco

---

<sup>85</sup> Así se reconoce también en AA. VV. (2017).

a que se reforme mucho o poco<sup>86</sup>. Al final son factores culturales, históricos y políticos los que convierten a nuestro sistema en especialmente rígido, refractario a cualquier reforma constitucional. Nuevamente, si hay voluntad política, puede andarse ese camino. Y de ahí la responsabilidad política, como diremos a continuación, ya que precisamente la cultura democrática de un país se demuestra también siendo capaz de forjar consensos que permitan revisar sus pactos fundamentales<sup>87</sup>.

En lugar de ello en nuestro país se ha generado la (falsa) confianza, más bien se ha caído en la «tentación» de pensar que se puede mantener el actual marco constitucional sin revisiones formales, adaptándolo a los nuevos tiempos merced a una *interpretación flexible*<sup>88</sup>. En este sentido, como se ha dicho anteriormente, comparto que la Constitución no impone unos vínculos insalvables que hagan imprescindible su reforma e incluso muchas de sus obsolescencias pueden suplirse por vía legislativa y jurisprudencial. Se ha sostenido que la reforma era oportuna, pero no necesaria. Por ello, dentro del respeto a la Constitución bienvenidas sean las actualizaciones que puedan desarrollarse. Ahora bien, ello no quita que, según hemos reconocido, la reforma constitucional puede ayudar a avanzar más y mejor y, sobre todo, la falta de reforma lo que no puede justificar son los intentos de falsear la misma. Resulta especialmente preocupante cómo en los últimos tiempos las tensiones políticas y las flagrantes rupturas de la Constitución han puesto al Tribunal Constitucional en una situación difícilmente sostenible como garante de la supremacía constitucional. Por todo lo cual parece prudente reconducir esta situación a través del procedimiento de reforma más que seguir confiando en su posible mutación.

Así las cosas, al final, lo que queda son unas excusas políticas que, a mi juicio, tampoco son «disculpantes»<sup>89</sup>: se dice que hay una «falta» de *clamor*

<sup>86</sup> Así, WHEARE (1971, 22); y el propio BRYCE (2015, 38).

<sup>87</sup> En este sentido BON (2003, 21) destaca que en España la Constitución permanezca inmutable cuando actualmente se impone que las constituciones modernas se modifiquen frecuentemente, sin que ello signifique alterar los principios fundamentales del Estado.

<sup>88</sup> Sobre el riesgo de no reformar la Constitución y a cambio reformar las leyes, vid. GARCÍA ROCA (2017, 200 y ss.). Muy expresivo resultaba en este punto DE VEGA (1985, 93): «No acudir al procedimiento de reforma cuando las exigencias históricas, sociales y políticas así lo requieren, lejos de constituir una actividad de defensa del ordenamiento constitucional, lo que representa realmente es la creación de un divorcio entre realidad jurídico-constitucional y realidad política, con la consiguiente pérdida de prestigio y de capacidad normativizadora concreta del ordenamiento constitucional.». Aparecerán entonces «procedimientos subrepticios», condenables, a través de los que operarán los cambios.

<sup>89</sup> Claramente ha expresado GARRORENA MORALES (2010, 55), para quien, ante la falta de un contexto político favorable a la reforma, «[l]a conclusión que de ahí habría que deducir no tendría que ser la de que esa clase política queda, en consecuencia, exonerada de toda responsabilidad sino, antes bien, la de que la misma está incumpliendo con ello la grave responsabilidad que le incumbe respecto de la normalidad constitucional del Estado. Si las condiciones para la reforma no se dan, tarea prioritaria de todos de-

*popular* a favor de la reforma y que *no existe un acuerdo político* para acometerla, o que se podría quebrar el «frágil» *consenso constitucional*. Se llega a recurrir a la máxima ignaciana que afirma «*en tiempos de tribulación no hacer mudanzas*», de forma que se evita pensar en reformas constitucionales amparándose en que vivimos (o estamos saliendo de) una situación de crisis económica y de una grave quiebra política precisamente en relación con el modelo territorial. Pues bien, vaya por delante que no se dan ninguna de las circunstancias previstas por la Constitución que impiden iniciar su reforma (estados de alarma, excepción y sitio); pero es que, además, la reforma constitucional ofrecería una oportunidad para enterrar el «hacha de guerra» y sentarse a dialogar con serenidad en este momento de crisis política. Asimismo, aducir falta de clamor popular supone una «necedad», como explica Rubio Llorente (2008), ya que ni son manifestaciones populares las que reforman las Constituciones ni es cierto que no hayan reivindicaciones políticas en este sentido cuando la mayoría de los partidos incluyen propuestas de reforma en sus programas electorales. Como necio también es invocar la falta de consenso inicial, cuando éste ha de ser el resultado de un diálogo sincero (García Roca (2014, 22). Por último, el miedo a que algún partido pueda pretender romper la baraja e impugnar los pilares de convivencia tampoco ha de paralizar, porque precisamente esa parálisis puede terminar generando un riesgo todavía mayor para la vigencia de la Constitución<sup>90</sup>. Además, si es cierto que el consenso constitucional se fraguó en un momento muy determinado de nuestra historia<sup>91</sup>, también lo es que ha tenido tiempo para asentarse.

Disipados así los factores que podrían generar alguna duda sobre la conveniencia de iniciar una reforma constitucional en nuestro país, lo único que permanece es una suspicacia: *la falta de actitud (quizá también de aptitud) política para desarrollar la reforma constitucional*. Tal y como reconocía Rey (2017), lo que falta de verdad es «concordia», determinación política para sentarse y ser capaz de generar un espacio de diálogo político (no jurídico, porque ese ya existe en los artículos 167 y 168 de la Constitución) en el que forjar las

---

bería ser el crearlas, renunciando –como a se hizo en los años setenta- a la inflexibilidad de unas premisas innegociables o a sustituir la reforma por atajos».

<sup>90</sup> Como explicara BRYCE (2015, 88-89) existen dos tendencias opuestas que obran constantemente en los países regidos por constituciones rígidas, una de las cuales tiende a reforzarlas y la otra a debilitarlas: la primera sería el aumento del respeto por la Constitución que trae consigo los años; pero, la segunda, sería que el tiempo trabaja contra ella porque al cambiar las condiciones materiales y sociales del pueblo hacen que la Constitución no expresa de manera adecuada las necesidades políticas. Y frente a ello la salida ha de ser la reforma.

<sup>91</sup> En este sentido DÍAZ REVORIO (2004, 15 y ss.).

mayorías cualificadas necesarias para atender a los acuciantes problemas que reclaman la reforma de nuestra Constitución <sup>92</sup>.

## 7. A MODO DE CIERRE: LA REFORMA CONSTITUCIONAL, SI ES PRUDENTE Y SERENA, COMO ANTÍDOTO FRENTE AL ENVEJECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Escribía Bryce (2015, 87) que hay que llevar mucho cuidado con no poner sobre las Constituciones rígidas más peso del que pueden aguantar, ya que están construidas «como un puente de hierro de ferrocarril, hecho sólidamente para resistir la más grande presión del viento o del agua que probablemente caerán sobre él. Si los materiales son sólidos y la hechura buena, el puente resiste con aparente facilidad y quizá sin mostrar signos de esfuerzo o movimiento, en tanto la presión quede dentro del límite previsto. Pero cuando este límite es rebasado, puede romperse en pedazos de repente y completamente».

La reforma de la Constitución se muestra así como una exigencia democrática que ayuda a aliviar ese peso, precisamente porque «prolonga la función constitucional de integración política» García Roca (García Roca, 2017, 207) previniendo su envejecimiento y conjurando el riesgo de devenir obsoleta y terminar quebrando García Roca (García Roca, 2017, 215-216). Un riesgo muy presente en España, no sólo en nuestra historia sino en nuestro presente. La insurgencia secesionista en Cataluña en pleno siglo XXI es el mejor ejemplo de ello.

Pero no el único. A lo largo de este trabajo hemos podido identificar diferentes factores que muestran por qué abrir un proceso de reforma de nuestra Constitución es la mejor vía para canalizar y aliviar las tensiones socio-políticas que hoy vive nuestro país.

Eso sí, no vale cualquier reforma; habrá de ser, según lo dicho, una reforma que se realice con *prudencia* y *serenidad*. Una reforma constitucional *de Estado, pero no de territorios ni de partidos*, que preserve la condición de la Constitución de 1978 como «patrimonio común» (De Carreras Serra, 2015). Se podrá *tramitar en un acto único o en sucesivos*, en función de los consensos políticos que puedan generarse. Para lo que resulta imprescindible *delimitar el*

---

<sup>92</sup> Tal y como señala GARCÍA ROCA (2017, 206) la reforma depende no tanto de la rigidez formal sino de la viabilidad de un compromiso constituyente entre fuerzas políticas antagónicas; hallando el problema central en la falta de capacidad de una mayoría parlamentaria de encontrar aliados para aprobar una reforma constitucional.

*perímetro de la reforma o reformas posibles*<sup>93</sup>. Como se ha dicho, intentar una gran reforma de la Constitución que abarcara todos los elementos apuntados puede resultar arriesgado y puede que fuera más sencillo ir alcanzando acuerdos sectoriales. Así, entra en la estrategia política decidir si convendría empezar por algo que genere fáciles consensos, aunque se trate de una reforma de relevancia menor –como sería suprimir ciertos aforamientos–, o afrontar de primeras el grave problema de la ordenación territorial –que se ha identificado como el más acuciante–, o incluso si se va a una reforma más amplia en un solo acto. En cualquier caso, la reforma debería plantearse con *marcado carácter parlamentario*, forjada por los representantes políticos de los españoles (a diferencia de las reformas impulsadas por los Presidentes Pedro Sánchez y Rodríguez Zapatero o, en Italia, por Renzi). Y en ella el *consenso* se ha de proyectar tanto en el procedimiento como en el contenido de la propia reforma. En primer lugar, técnicamente el consenso es un dato que se traduce en la exigencia de *mayorías muy cualificadas*, aunque no unanimidad, para la reforma de la Constitución. Pero, además, el procedimiento parlamentario debe estructurarse para hacer posible estas mayorías, ese consenso, no sólo político sino también social, a través de *procedimientos parlamentarios* «deliberativos pero accesibles» (García Roca, 2017, 188)<sup>94</sup>. Y habrá de ser una reforma suscrita popularmente en *referéndum*. En un contexto de crisis como el actual, por muchas cautelas que pueda suscitar<sup>95</sup>, precisamente la exigencia de reenganchar a las generaciones más jóvenes reclama darles participación directa en la reforma de nuestra Norma fundamental. «*Nunca más*» una reforma constitucional como la del 135<sup>96</sup>. Por último, el consenso se proyecta también sobre el propio *contenido de la reforma*. Algo que nos obliga a asumir que la *Constitución ideal*, aquella Constitución perfecta con la que cada uno de nosotros podemos soñar<sup>97</sup>, resulta *imposible o indeseable* en la medida que la Constitución debe acoger bajo su techo a una pluralidad de visiones que exigen transacciones que nos alejan del ideal individual. Al final, como decíamos en la introducción, su grandeza no viene dada por la perfección como texto nor-

---

<sup>93</sup> Sobre la importancia de empezar la reforma de la Constitución delimitando adecuadamente una propuesta de iniciativa como fase previa, cfr. BELDA PÉREZ-PEDRERO (2009).

<sup>94</sup> Por ello, para abrir la reforma a la sociedad y dar participación ciudadana sería conveniente maximizar las posibilidades que ofrecen los reglamentos de las Cámaras (pienso, por ejemplo, en comparencias de expertos, de Presidentes autonómicos...).

<sup>95</sup> Sobre el referéndum constitucional y sus problemas, vid. DE VEGA (1985, 99 y ss.) y GARCÍA ROCA (2017, 193 y ss.).

<sup>96</sup> Como ha dicho LÓPEZ AGUILAR (2012, 213) «la reforma del 135 es un contraejemplo de cómo no hay que reformar una Constitución».

<sup>97</sup> DE CARRERAS SERRA (2015) se refiere a cómo el consenso constitucional nos obliga a rechazar la constitución ideal que cada uno tiene en su cabeza.

mativo, sino por su «conciencia moral profunda» la cual reside, como expresaban nuestros Padres constitucionales, en «la voluntad de concordia, el propósito de transacción entre las posiciones encontradas y la búsqueda de espacios de encuentro señoreados por la tolerancia»<sup>98</sup>.

De forma que sólo si se asumen éstas premisas, a través de un procedimiento de concertación política y social, se puede aspirar a una reforma de la Constitución que sirva de antídoto contra el envejecimiento de nuestra Norma Fundamental, introduciendo las mejoras técnicas propuestas y, sobre todo, que renueve su legitimidad. La reforma constitucional se concibe ante todo como una *ocasión* para la concordia y la integración político-social en un momento de grave quiebra política y de profundos cambios sociales. Algo que, a pesar de la viveza del debate y de las iniciativas políticas que se han señalado, me sigue pareciendo lejano, probablemente por la suspicacia manifestada sobre la aptitud y las actitudes políticas. A mayor razón, cualquier intento de reformar la Constitución actualmente se tendrá que enfrentar a partidos políticos francamente desleales cuyo objetivo no es otro que el de derrocar el régimen del 1978, populismos y nacionalismos se dan la mano en esta empresa rupturista, al tiempo que los partidos que podrían liderar un proyecto reformista desde la moderación cada vez se muestran más beligerantes y trazan cordones sanitarios que queman cualquier posibilidad de diálogo. Éste es el gran desafío al que todos nos enfrentamos. Porque la reforma de la Constitución sólo será posible si los políticos son capaces de generar amplios acuerdos, pero es la propia sociedad la que ha de repudiar los proyectos rupturistas y la política de crispación.

Es por ello que también hemos de ser conscientes de que la reforma de la Constitución no es el bálsamo de Fierabrás para todos los males de nuestra sociedad. Probablemente, más que preguntarnos en qué falla la Constitución a lo mejor deberíamos cuestionar en qué le estamos nosotros fallando a la Constitución<sup>99</sup>. Indagar en qué medida hemos dejado que la Constitución moldee nuestro carácter nacional, como decía Bryce (2015, 4). De ahí que, con Cortina (2017), concluya asumiendo que hoy por hoy nuestra prioridad es precisamente cultivar los valores constitucionales en nuestra sociedad. Sólo así será posible superar en el siglo XXI esta asignatura pendiente de nuestra democracia.

---

<sup>98</sup> Declaración de Gredos aprobada por los ponentes de la Constitución el 7 de octubre de 2003. Texto accesible en: [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-10-2003/abc/Nacional/texto-integro-de-la-declaracion-de-gredos-aprobada-ayer-por-los-ponentes-de-la-constitucion\\_212367.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-10-2003/abc/Nacional/texto-integro-de-la-declaracion-de-gredos-aprobada-ayer-por-los-ponentes-de-la-constitucion_212367.html).

<sup>99</sup> En estos términos se desarrolló un interesante debate entre los profesores García Costa y González García con ocasión de un seminario sobre la situación en Cataluña impartido en la Universidad de Murcia por el profesor Enric Fossas el 14 de diciembre de 2017.

## 8.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AA. VV. (2017), *Ideas para una reforma de la Constitución*, texto accesible en: [http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas\\_reforma\\_constitucion.pdf](http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf).
- AJA FERNÁNDEZ, E. (2015), La encrucijada constitucional, *Claves de razón práctica*, n. 241, pp. 18-27.
- ÁLVAREZ CONDE, E. (dir.) (2017), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Comares, Granada.
- (2008), Reflexiones sobre los actuales procesos de reforma constitucional y estatutaria, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Turá*, Cortes Generales, Madrid, pp. 1503-1522.
- ARROYO GIL, A. (2016), ¿El orden federal alemán como modelo para el futuro del Estado autonómico español?, en AA. VV., *La Constitución política de España*, CEPC, Madrid, pp. 373-399.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2008), *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Thomson Civitas, Navarra.
- (2009), El horizonte de la reforma constitucional en España: no fue el momento adecuado, en VERA SANTOS, J. M. y DÍAZ REVORIO, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, pp. 553-585.
- BESCANSA, C. (2017), *Ideas para el debate: Tres propuestas de cambio constitucional para hacer frente a la crisis territorial*, 21 de noviembre.
- BON, P. (2003), La Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69.
- BRYCE, J. (2015), *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEPC, Madrid.
- CONSEJO DE ESTADO (2006): *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, 16 de febrero, texto accesible en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>.
- (2009), *Informe sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*, 24 de febrero, texto accesible en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/regimen-electoral.pdf>.
- CONSEJO DE LA GENERALIDAD VALENCIANA (2018), *Acuerdo sobre la reforma constitucional*, 9 de febrero.
- CORTINA, A. (2017), ¿Es urgente reformar la Constitución?, en *El País*, 12 de diciembre, texto accesible en: [https://elpais.com/elpais/2017/12/08/opinion/1512748526\\_051506.html](https://elpais.com/elpais/2017/12/08/opinion/1512748526_051506.html).
- DAU-LIN, H. (1999), *Mutación de la Constitución*, IVAP, Oñate.
- DE CARRERAS SERRA, F. (2009), Reformar la Constitución para estabilizar el modelo territorial, en AA. VV., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, CEPC, Madrid, pp. 47-112.
- (2015), Conveniencia y necesidad de una reforma constitucional, *Claves de razón práctica*, n. 241, pp. 38-47.

- DE VEGA, P. (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2004), Perspectivas de la reforma de la Constitución española, *Parlamento y constitución*, n. 8, pp. 11-37.
- (2009), Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la teoría de la Constitución, en VERA SANTOS, J. M. y DÍAZ REVORIO, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, pp. 587-532.
- DICEY, A. V. (1961), *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Mac Millan and Co., Londres.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (2010), Sobre la forma de gobierno: ¿un exceso de racionalización?, en GARCÍA ROCA, J. y ALBERTI, E. (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 847-870.
- FREIXES SANJUÁN, T. y GAVARA DE CARA, J. C. (coords.) (2016), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (2012), Reformar constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, pp. 301-314.
- GARCÍA GESTOSO, N. (2005), El proceso de integración europea y la Constitución Española de 1978: reflexiones sobre la necesidad o conveniencia de reformar nuestra Constitución para adaptarla a la dinámica europea, en Roura, S. y Tajadura, J. (dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 401-478.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991), Derecho Constitucional Comparado, en AA. VV., *Obras Completas*, vol. I, CEPC, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J. (ed.) (2014), *Pautas para una reforma constitucional*, Aranzadi, Navarra.
- (2017), De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, pp. 181-222.
- GARCÍA-ATANCE, M. V. (2002), *Reforma y permanencia constitucional*, CEPC, Madrid.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2007), *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, CEPC, Madrid.
- GARRORENA MORALES, A. (2010), Nuevas condiciones desde las que replantear el cometido de la doctrina respecto de la reforma del Senado, en García Roca, J. y Alberti, E. (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 39-58.
- (2014a), *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid.
- (2014b), *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, CEPC, Madrid.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2016), La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978: valoración y propuestas de reforma constitucional, en FREIXES SANJUÁN, T. y GAVARA DE CARA, J. C. (coords.), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid, pp. 73-100.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (1986), La Constitución y su reforma, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, pp. 345-391.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (2016), *Tres conferencias sobre la reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JELLINEK, G. (1991), *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid.
- LABAND, P. (1895), *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, Dresden, Zahn u. Jaensch.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2012), De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «exprés», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29, pp. 199-218.
- LUCAS VERDÚ, P. (1974), *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2012), *Informe sobre España*, Crítica, Barcelona.
- (2016), *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona.
- OLIVER ARAUJO, J. (2017), Proyectos de reforma para un modelo territorial agotado, en Ruíz-Rico Ruíz, G. et al. (coords.), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 267-304.
- ORTEGA, L. (2005), *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- PÉREZ ROYO, J. (1987), *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- (2003), Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69, pp. 215-235.
- (2008), La reforma del estado autonómico, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Turá*, Cortes Generales, Madrid, pp. 1757-1772.
- (2015), *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid.
- PÉREZ TREMPES, P. (2018), *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- REY, F. (2017), Los enemigos de la Constitución, *El País*, 11 de diciembre.
- ROURA, S. y Tajadura, J. (dirs.) (2005), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. (2008), La titularidad del derecho a la autonomía: nacionalidades y regiones, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Turá*, Cortes Generales, Madrid, pp. 1805-1814.
- (2009), Rigidez y apertura en la Constitución, en AA. VV., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, CEPC, Madrid, pp. 17-40.

- (2014), Defectos de forma, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, pp. 133-165.
- (2015a), Rigidez y rigor mortis, *Claves de razón práctica*, n. 241, pp. 9-17.
- (2015b), Proceso constituyente, clamor popular y otros desvaríos, *Ahora*, 16 de diciembre.
- RUIPÉREZ, J. (2005), Estudio preliminar. Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales, en ROURA, S. y TAJADURA, J. (dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 19-280.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. et al. (coords.) (2017), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. (ed.) (2014a), *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- (2014b), Una propuesta de cambio federal, en Id., *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 19-68.
- TAJADURA TEJADA, J. (2005), El Pacto social como límite a la reforma del acto constitucional, en ROURA, S. y TAJADURA, J. (dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 365-400.
- (2016), La reforma de la Constitución (arts. 166-169), en Freixes Sanjuán, T. y GAVARA DE CARA, J. C. (coords.), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid, pp. 257-280.
- (2018), *La reforma constitucional: procedimientos y límites*, Marcial Pons, Madrid.
- TORRES DEL MORAL, A. (2009), Estado autonómico, segunda fase, en Vera Santos, J. M. y DÍAZ REVORIO, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, pp. 33-82.
- (2017), ¿Reforma constitucional o reforma política?, en RUIZ-RICO RUIZ, G. et al. (coords.), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-52.
- VERA SANTOS, J. M. (2007), *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid.
- VESPAZIANI, A. (2017), El referéndum constitucional y la saga de las reformas institucionales en Italia: much ado about nothing, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 27, pp. 1-20.
- WHEARE, K. C. (1971), *Las constituciones modernas*, Ed. Labor, Barcelona.
- WEILER, J. H. (2018), ¿Quién teme a una nación de naciones?, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 50, pp. 7-18.

# LA REFORMA FEDERAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ¿UNA NECESIDAD SIMBÓLICA?

ANTONIO PÉREZ MIRAS\*  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. A modo de introducción: el anatema federal. 2. La autonomía territorial como cauce de la voluntad federal. 3. Bases y caracteres de la organización territorial del poder en la Constitución española. 4. De lo material a la realidad: la necesidad de una reforma constitucional en sentido federal. 5. A modo de conclusión: ¿Una sola necesidad simbólica? 6. Referencias bibliográficas.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL ANATEMA FEDERAL

Escribía Josep Pla en su crónica *Madrid. El advenimiento de la República*: «No hay nada tan divertido como los federales españoles. En primer lugar, naturalmente, no tienen casi nada de federales, si es que tienen algo. Se llaman federales para dar a entender tan sólo que son más radicales que los republicanos y los socialistas. En una palabra, están dispuestos a que todos sepan que son los más terribles en cada momento. Lo cierto es que, en España, cuando alguien ha salido algo tarambana le basta y le sobra con llamarse a sí mismo federal para que lo tomen por lo que no es» (1933/2003, 128-129). Este des-

---

\* Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Este trabajo se basa en una versión anterior publicada en un monográfico sobre la reforma del actual modelo territorial en la Revista *Administración & Ciudadanía*, n.º 1, vol. 14 (2019).

criptivo pasaje nos sirve para ilustrar la dificultad en la que se han encontrado los españoles de diversas épocas a la hora de abordar la configuración territorial de la España constitucional, y que por supuesto el presente no es sino deudor de la más irresoluta cuestión que esta vieja Nación trata de conllevar –a veces cual penitencia– sin que el tiempo haga de bálsamo.

No sé si será porque España llevó mal el paso de la Modernidad –en la que vivió su cénit– al decimonónico Estado nacional –con el melancólico desenlace de 1898–, ni si realmente hoy sabemos en qué consiste esa vetusta nación, pues la determinación de tales certezas se escapa de mi ámbito del saber. Pero sí tengo un convencimiento: la comunidad política que se asienta hoy en la mayor parte de la Península Ibérica, dos archipiélagos y dos ciudades africanas, que llamamos España, tiene en la Constitución de 1978 la expresión más clara de su voluntad de construir un futuro, conocedora y deudora de su pasado. El momento constituyente de 1978 asienta por vez primera un periodo duradero de paz y modernidad, que al cumplir 40 años empieza a dar muestras de cansancio que, sin embargo, no deben entenderse como el advenimiento del caos sino como la oportunidad de que definitivamente la Constitución encaje la realidad territorial que, como veremos, no pudo plasmarse desde un inicio. Es innegable que la situación en Cataluña, de la que se da cuenta con brillantez en otros trabajos de estos volúmenes, está marcando en exceso la vida política del Estado. Pero estas páginas no versan sobre eso. No se trata de una solución para Cataluña sino para la propia España, para el conjunto de sus pueblos y sus ciudadanos: un pasaje del Preámbulo de la Constitución proclama la voluntad de la Nación de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.» En este sentido, considero que la mejor manera de que esto hoy sea posible es mediante el ejercicio del Título X CE y proceder a una reforma federal de la Constitución.

El sentido federal de la reforma viene marcado por una premisa que encuentro ínsita en todo el Texto constitucional, y de la que el lector acaba de ver una muestra: en España tenemos muy asumido expresiones del tipo «los españoles y pueblos de España», pero no tengo tan claro que muchos se hayan parado a comprender la pluralidad natural que esa frase evoca. Quizá para muchos sea un mero giro folclórico, y la referencia a las Españas un vano arcaizante, pero a mí se me antoja como la atestiguación de una realidad, realidad que, creo, el constitucionalista debe poder traducir en un significado político-normativo. Y en lo que a la cuestión territorial se refiere, ese significado encuentra contenido en el adjetivo federal.

El federalismo es un modo de entender la organización territorial de un Estado. Pero no solo; es un modo de entender las relaciones plurales que conviven en el seno de una comunidad política y, por ello, el federalismo promueve un tipo de cultura política que trasciende la sola cuestión técnico-jurídica. Es cierto, de acuerdo con el Diccionario del Español Jurídico, que el federalismo es una «ideología que promueve la creación de una federación con el objetivo de unir Estados independientes bajo una Constitución federal común, o para descentralizar un Estado centralizado creando en su seno varios Estados o territorios federados»<sup>1</sup>.

En esta acepción se reúnen las dos clásicas tensiones a la hora de comprender un Estado compuesto: por un lado, la unión de partes separadas que por voluntad propia deciden conformar un ente común; por otro lado, la conversión de un Estado unitario existente en un Estado descentralizado y, por tanto, plural en el reconocimiento de la diversidad que se integra en su seno. El primer caso es el que tradicionalmente se ha conocido como federación y siempre ha guardado una relación directa con la soberanía. El segundo caso, en cambio, al partir de la existencia de un Estado soberano ha tendido a enfocarse desde el punto de vista de la descentralización, lo que ha conllevado en ocasiones a la confusión entre la mera, y necesaria, organización administrativa de cualquier Estado, y la organización política de los territorios de un Estado que, por su idiosincrasia y particularidades, conforman comunidades culturales diferenciadas. La aspiración política de estas comunidades políticas diferenciadas es el denominador común a estas dos tensiones que hemos leído recogidas en los términos del Diccionario del Español Jurídico. Esta es, pues, la principal premisa de este trabajo: la posibilidad de existencia en un Estado de comunidades culturales diferenciadas que se encauzan políticamente mediante una articulación federal del poder. Pero esta premisa no puede entenderse sin el presupuesto de la voluntad de esas comunidades de convivir bajo un mismo Estado, en el marco de una organización política que aúna los elementos comunes de tales comunidades y se juridifica en forma de Constitución.

La Constitución como norma jurídica que articula la convivencia aparece inexorablemente como el marco de referencia para poder gestionar las diferencias territoriales que coexisten, aunque suene paradójico, en el territorio común. En este sentido, la Constitución representa mejor que ninguna otra norma el *foedus*, ese pacto territorial con el que distintos Estados soberanos conformaban un nuevo soberano federal que se materializaba en forma de Constitución federal (cfr. La Pergola, 1969/2016). No es de extrañar que los

---

<sup>1</sup> Puede consultarse en línea, en el siguiente enlace: <https://dej.rae.es/lema/federalismo> (12/09/2019).

dos grandes ejemplos federales del mundo, Estados Unidos y Alemania, hayan respondido a esta lógica, y que su sistema constitucional sean dos modelos observados e incluso imitados en otras partes del planeta.

Pero la Constitución también se ha mostrado como una norma idónea para garantizar una descentralización que adecuara las estructuras del Estado a la realidad política y social del pueblo al que representa. A diferencia del caso anterior, donde la federalización es un ejercicio de soberanía, en este supuesto no nos encontramos con una devolución de soberanía. En cambio, ello no puede conducirnos a minusvalorar el federalismo al que se arrije desde un proceso de descentralización. En este sentido va a resultar crucial una correcta determinación conceptual que nos lleve al entendimiento común de comprender el federalismo como poder polifuncional y con independencia del proceso dinámico de determinación de los centros de poder (cfr. La Pergola, 1973).

El problema al que se ha enfrentado España, retomando la idea mostrada en el pasaje del inicio, es que históricamente las experiencias federales han sido escasas y mal avenidas (vid. Cámara Villar, 2018; Blanco Valdés, 2014). Ello no obsta para que hoy desde el sosiego académico podamos superar esa especie de maldición, y para ello es conveniente mostrar la realidad actual en la que, como veremos en los siguientes epígrafes, hemos ido construyendo a lo largos de estas décadas una especie de modelo federal, que nosotros hemos articulado en torno al concepto de autonomía.

## 2. LA AUTONOMÍA TERRITORIAL COMO CAUCE DE LA VOLUNTAD FEDERAL

La autonomía va a aparecer, así, como el concepto sobre el que articular las relaciones de poder entre los distintos elementos territoriales que conforman un Estado compuesto, como categoría que aúna cualquiera de las perspectivas del federalismo que estamos presentando. Desde esta óptica, podemos deslindar la autonomía como concepto político de la mera descentralización, entendida como proceso técnico administrativo (vid. Rovira, 1989, 65 ss.).

La autonomía, para el sentido que nos importa en este trabajo, es una autonomía territorial que supone capacidad de autogobierno, dictar normas con fuerza de ley propias dentro de los límites geográficamente determinados y la realización de políticas públicas diferenciadas y adaptadas a las realidades económicas, sociales y culturales del territorio determinado, de acuerdo a competencias tasadas, y siempre garantizada esa autonomía por una norma

superior aprobada por los procedimientos constitucionalmente previstos y por los órganos encargados de dicha función con mandato constitucional.

Que un país lleve a cabo una descentralización de funciones a favor de entes menores no comporta que estos pasen a gozar de un mayor grado de autonomía en el sentido expresado; serán más autosuficientes en la toma de determinadas decisiones y verán aumentada su capacidad de actuación pero no gozarán de una fuente legislativa que permita una verdadera innovación y diferenciación política. Por el contrario, si un territorio accede a la autonomía necesitará de la actuación de los poderes centrales para poder ponerse en marcha mediante la asunción de funciones descentralizadas. En este sentido, tanto España como Italia son claros ejemplos de descentralización y acceso a la autonomía mediante el traspaso de los elementos jurídicos, materiales, técnicos y humanos necesarios para el desarrollo efectivo de la autonomía con proyección amplia.

Podemos, en consecuencia, diferenciar dos tipos de autonomías territoriales: las que suponen verdadera autonomía política y la autonomía administrativa, propia de los Estados que hemos denominado descentralizados o por la que se rigen en general los entes locales. Esta autonomía política se caracteriza principalmente por gozar de potestades legislativas y ejecutivas, además de asumir una dirección política específica y diferenciada. En la STC 4/1981 se distinguió meridianamente «la autonomía cualitativamente superior» con que están dotadas las Comunidades Autónomas de la autonomía administrativa de los entes locales.

Al igual que ocurre con la terminología del federalismo, pues, la idea de autonomía también conviene no tomarla en un sentido totalizador y tener las cautelas para no desvirtuar la búsqueda de un equilibrio conceptual que nos permita aunar esas dos tensiones sin que nos derivemos a debates sobre la soberanía, los nacionalismos, la desmembración del Estado o sobre la posición particular de un territorio en el conjunto del Estado. Con el uso de la idea de la autonomía simplemente queremos concordar el elemento que va a definir la interacción del poder en el conjunto del Estado, de un Estado que existe con independencia de su conformación histórica. Es por ello que, con independencia del proceso dinámico de unión o de descentralización, queremos observar los elementos disruptores que impiden el perfecto encaje o acomodo de los territorios en esa búsqueda del bien común que es el Estado. De ahí que los elementos estructurales internos deban pasar a una determinación conceptual distinta de la del propio Estado y es ahí donde la idea de una auténtica autonomía política cobra su sentido práctico constitucional.

### 3. BASES Y CARACTERES DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Cualquier Estado necesita contar con una mínima organización territorial para poder hacer efectivos los actos de poder. La mayoría de los países del mundo tienen una superficie suficientemente amplia como para, al menos, contemplar la existencia de entes locales dentro de su seno. En el caso español esta necesaria organización ha ido acompañada de una cuestión política acerca del encaje y aspiraciones de distintas realidades culturales, sociales y económicas, cuestión política que bien se ha ganado el calificativo de histórica, no porque haya pasado al estudio de tan digna rama del saber, sino porque su actualidad hunde sus raíces en varios siglos atrás.

Tal como fue aprobado en el referéndum de 6 de diciembre de 1978, la organización territorial del poder se regula en la Constitución española dentro del Título Preliminar y fundamentalmente en el Título VIII (arts. 137-158), que lleva precisamente por rúbrica «de la organización territorial del Estado» –entendido como Estado global– y que se divide en tres capítulos: 1) sobre «principios generales» (arts. 137-139 CE); 2) «De la Administración Local» (arts. 140-142 CE); 3) «De las Comunidades Autónomas» (arts. 143-158 CE).

En el Título Preliminar contamos con el precepto base de la cuestión territorial donde conjuga en el art. 2 CE el principio de unidad con el de autonomía. Asimismo, podemos encontrar en este Título otras manifestaciones que inciden en la organización territorial y de una gran transcendencia simbólica y práctica, como son los casos de las lenguas cooficiales (art. 3.2 CE), las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas (art. 4.2 CE), o la capitalidad del Estado (art. 5 CE). Además, consideramos oportuno incluir en este punto descriptivo al art. 9 CE en tanto que a todos los poderes públicos –territoriales incluidos– les afectan los principios generales contenidos en ese artículo, al tiempo que recuerda que «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y les manda «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

De los 22 artículos que conforman el Título VIII CE, 16 se encuentran dentro del Capítulo de las Comunidades Autónomas. Ello nos da una idea de la importancia a la que estaba llamada esta nueva organización intermedia, que puede considerarse heredera del Estado integral de Regiones previsto en la Constitución republicana de 1931 (Tomás y Valiente, 1996) y con claras influencias en el sistema regional italiano (Barbera: 2001, 346; Ragone, 2008, 86 ss.).

Este marco normativo no oculta que políticamente la cuestión territorial fue el gran reto que afrontaron los constituyentes, pues es quizá el gran problema constitucional irresoluto a lo largo de la Historia hispánica. Aceptada la monarquía, las fuerzas políticas no podían devolver la democracia a España sin tratar de solucionar el acomodo de la existencia de realidades nacionales periféricas. La importancia de esta cuestión en la Constitución se observa en la regulación de lo que la doctrina ha denominado como «Constitución territorial del Estado» (Cruz Villalón, 1991).

Sin lugar a dudas, el Título VIII CE es fruto de esas tensiones políticas que buscaban la autonomía y la diferenciación de todas o algunas partes de España, en este caso especialmente propiciadas por los partidos nacionalistas vascos y catalanes. De ahí que no nos pueda extrañar que el Título VIII sea quizá el que mayores cambios de planteamiento sufrió desde su Anteproyecto hasta la redacción definitiva. Siguiendo a Ruiz Robledo (2006, 130 ss.), podemos resaltar cinco diferencias notables: a) la introducción de cautelas frente a la autonomía, ejemplificado en los arts. 2, 138, 145 CE; b) la gran variedad de *itera* autonómicos aunque con dos modelos básicos (el que en el Anteproyecto era el modelo único es el que se acaba convirtiendo en excepcional, añadiéndosele además un referéndum de ratificación con un quórum harto desproporcionado); c) el modelo institucional del Anteproyecto (Asamblea-Consejo de Gobierno-Presidente y una sola forma de fijar las competencias por atribución en los Estatutos) finalmente es el que se impone para las autonomías especiales, que ganan al calificarse la Asamblea de «Legislativa», se crea un Tribunal Superior de Justicia en cada Comunidad Autónoma y se matizan algunas competencias estatales. En cambio, para el resto no se garantiza ningún mínimo institucional y en ningún lado se expresa que vayan a ejercer potestad legislativa alguna; d) la elaboración del Estatuto por un procedimiento paritario Asamblea-Congreso, según el esquema del Anteproyecto, se impone sólo a las Autonomías de la DT 2.<sup>a</sup> y del art. 151 CE, elaborándose en el resto de Comunidades por una Asamblea de Parlamentarios y tramitándose en las Cortes por el procedimiento ordinario de la ley orgánica; e) el Senado mixto del Anteproyecto (compuesto en parte por los representantes de los distintos Territorios Autónomos que integran España y en parte por un máximo de 20 notables elegidos por el Congreso) resultó ser una cámara de representación territorial en la que, sin embargo, la mayoría de sus miembros no es elegida por las Comunidades Autónomas.

En definitiva, queremos resaltar las dificultades políticas que se tuvieron que sortear en el proceso constituyente español, que dieron como resultado una previsión ambigua de la autonomía, pues, siguiendo a Cruz Villalón (1991, 64)

«la autonomía concebida como regla, la llamada ‘del 143’ no se sabe si es de naturaleza administrativa o de naturaleza política, es decir, si implicaba o no al poder legislativo».

Sabemos que en estos 40 años de democracia, y a pesar de lo que está sucediendo en el último lustro, se ha producido una igualación de las Comunidades Autónomas. Esta igualación bien puede considerarse una reducción a un solo tipo de todas las posibilidades que la Constitución permitía, pues no es osado afirmar que lo único que la Constitución no permitía era un Estado enteramente unitario y centralizado, dado que ya desde el Título Preliminar se está reconociendo que van a existir esas nuevas «Comunidades Autónomas» —aunque no se supiera entonces cuántas serían—. Esta idea se sintetiza en aquello que Cruz Villalón (1981) llamara la «desconstitucionalización de la forma de Estado». Por ello, la doctrina ha coincidido en considerar el Título VIII como un «compromiso apócrifo» (Schmitt, 1927/1992, 54 ss.) por el que el Constituyente adopta una «fórmula dilatoria» con la que «[aplaza] la decisión y [deja] abiertas las más distintas posibilidades y significados...» (Ídem).

Visto hoy con perspectiva, y atendiendo a los graves problemas territoriales a los que nuestro Estado se está enfrentando, podría parecer que el haber dejado abierta la organización territorial ha supuesto un error del constituyente. Sin embargo, considero que debemos evitar el presentismo e intentar comprender el contexto histórico. Por ello, se trae a colación unas palabras de Aragón Reyes (1995, 187) quien considera que «el método seguido para efectuar [...] la regulación [de la forma territorial del Estado] fue una muestra de prudencia [...] la desconstitucionalización [fue] sólo parcial [...] ya que la norma fundamental no contiene una remisión en blanco al legislador para construir la forma territorial del estado [pero] fija al menos sus líneas maestras, estableciendo unos principios materiales y no sólo procesales».

Con independencia de estas apreciaciones, no podemos perder de vista que la necesidad de autonomía política en nuestro Estado parte de una realidad fáctica, que se evidencia en la indiscutible variedad de nuestra geografía física —comenzando porque estamos extendidos sobre la mayor parte de una península, dos archipiélagos y dos ciudades en el continente africano— que supone una variada orografía, paisajes y climatologías diversas en un espacio relativamente pequeño. Además, desde el punto de vista cultural, España representa una riqueza propia de su diversidad que se traduce en folclores, costumbres y tradiciones de raigambre ancestral que son exponentes del intercambio cultural que durante milenios se ha producido especialmente en la península. Todo ello se simboliza preferentemente en la coexistencia de diversas lenguas y

otras tantas marcadas variedades dialectales que en su conjunto conforman nuestro acervo cultural común.

Esta facticidad va a encontrar su acomodo jurídico en lo que la doctrina ha denominado hechos diferenciales. Estos traen por lo general causa histórica, bien ya con reconocimiento jurídico como los fueros, bien sea como constatación cultural de existencia de una lengua propia; pero lo interesante de los mismos es que la Constitución no sólo los recoge sino que los actualiza y les da una nueva proyección dentro del Estado autonómico, los constitucionaliza (Solozábal, 2004, 204-210). La insularidad, como evidencia geográfica, también guarda relación con los hechos diferenciales, donde cobra gran importancia por su especial característica el Régimen Económico de Canarias, con base en la DA 3.<sup>a</sup> CE y el Tít. VI Cap. I EA Can, (vid. López Aguilar, 1998, 119 ss.). En resumen, podemos dar con Aja (1999, 161) un concepto de hecho diferencial «entendido, en su sentido nuclear, como el reconocimiento constitucional y estatutario de los elementos de una personalidad histórico-política diferenciada en algunas CCAA, [que] proporciona un fundamento objetivo para que las instituciones de las respectivas CCAA mantengan y desarrollen su propia personalidad más allá de la genérica potestad de autogobierno que comparten con las demás.» Por tanto, sólo son hechos diferenciales aquellos que la propia Constitución reconoce y ampara y que se expresan en los respectivos Estatutos de Autonomía<sup>2</sup>.

En consecuencia, no cualquier diferencia que se extraiga de hechos naturales, sociales o políticos se puede reconducir a los hechos diferenciales. Así como tampoco, porque los mismos tengan incidencia en el contenido competencial autonómico, se pueda afirmar una diferenciación entre autonomías con motivos de su existencia. Al contrario, su reconocimiento constitucional es el ejemplo de la igualdad de todas las Comunidades Autónomas pues no es necesario tener un hecho diferencial para que un territorio pueda estar constituido en Comunidad Autónoma, gozando todas del mismo grado de autonomía política. De este modo, se evita el equívoco con las «desuniformidades» (López Aguilar, 1998, 99) que provengan de otras circunstancias, en especial de desventajas económicas o de sistemas de partidos propios.

---

<sup>2</sup> Siguiendo a LÓPEZ AGUILAR (1998, 42), «los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes son aquellos, a nuestro juicio, de los que pueda predicarse directa o indirectamente una consignación constitucional razonable, de la que quepa colegir un mandato de tutela, una “apuesta” o expresión de la voluntad constitucional de proteger ese hecho». Por lo tanto, como se extrae del propio autor en las páginas siguientes, los hechos diferenciales siempre tienen que encontrar amparo en la Constitución aunque sea indirectamente, en cuyo caso será necesario su concreción en el bloque constitucional, esto es, que sean recogidos en un Estatuto, lo que les otorga su fuerza pasiva y remarca su garantía institucional.

Nos parece oportuno, entonces, destacar que los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes son: 1) las otras lenguas españolas distintas del castellano en régimen de cooficialidad (art. 3.2 CE). Por tanto no basta con el reconocimiento y protección en un Estatuto de distintas modalidades lingüísticas como el andaluz, el bable o el reconocimiento de «las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón» (art. 7 el EA Ara); 2) la pervivencia de derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1 8.ª CE); 3) la existencia de un régimen fiscal propio diferenciado del régimen común (DA 1.ª y 3.ª CE); 4) el reconocimiento de instituciones político-territoriales propias como las Juntas Generales vascas (DA 1.ª CE), los Consejos Insulares baleares y los Cabildos canarios (art. 141.4 CE).

Al no partir la diferenciación de los hechos diferenciales y al entender que el sistema autonómico está basado en la igualdad, la fundamentación de la autonomía política se encuentra entonces en la Constitución misma y en el bagaje del proceso autonómico que, con luces y sombras, ha ido definiendo ese sistema autonómico y delimitando, pues, el espacio constitucional de la organización del poder. Por ello tenemos que realizar unas distintas clasificaciones a la hora de analizar jurídicamente este tema. Así, para entender los caracteres del sistema tenemos que distinguir el análisis del Título VIII del análisis del proceso autonómico y sus etapas.

Comenzando por el primero, podemos agrupar los artículos dedicados a las Comunidades Autónomas por su función<sup>3</sup> y por el modelo de acceso<sup>4</sup>, que nos servirá de enlace para observar la evolución del proceso autonómico. Al respecto podemos distinguir hasta el momento tres etapas: 1) los Acuerdos

---

<sup>3</sup> Por su función, la Constitución dedica un primer bloque a la iniciativa autonómica (arts. 143, 144 y 151.1) en íntima relación con el bloque dedicado a los estatutos, en el que podemos a su vez diferenciar lo tocante a su elaboración (arts. 146 y 151.2 y 3), su reforma (art. 144.3 y 152.2) y su contenido (arts. 147.2 y 152.1 y 3). El tercer bloque tiene una importancia crucial y es el dedicado al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA (arts. 148, 149, 150). A continuación tendríamos tres bloques menores por su extensión y contenido referidos a la colaboración entre Comunidades Autónomas (art. 145), al control de la actividad autonómica (arts. 153 y 155) y a la presencia del Estado en la Comunidad Autónoma (art. 154). Por último, siguiendo la secuencia constitucional, pero no por ello menos importante –al contrario–, nos encontraríamos el bloque sobre las finanzas y los recursos propios (arts. 156, 157 y 158).

<sup>4</sup> Debemos distinguir varias vías de acceso. Así, para la denominada vía lenta distinguimos dos tiempos (por la limitación temporal de los 5 años): primero, los arts. 143, 144, 146, 147, 148 y posteriormente los arts. 149 y 150; para la denominada vía rápida, que comprendería las llamadas comunidades históricas, Andalucía, única en aplicar el art. 151, y Canarias y Comunidad Valenciana por su rápida elevación competencial mediante la LOTRACA y LOTRAVA respectivamente: arts. 143.1, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152. Por último, son disposiciones comunes desde el principio los arts. 145, 153-158. Al respecto, conviene recordar a CRUZ VILLALÓN (1991, 64) para quien la mayoría de estos preceptos tiene «carácter procedimental [y] tienen que ver con la constitución de la estructura territorial del Estado y que, por tanto, están pensados para ser utilizados en una única ocasión, para el proceso de constitución de las comunidades autónomas, es decir, lo que se llamó el ‘proceso autonómico’. [...] Son, pues, materialmente, ‘derecho transitorio’».

Autonómicos de 1981 y la creación inicial de dos tipos de Comunidades Autónomas; 2) los Pactos Autonómicos de 1992 y la homogeneización de todas las Comunidades Autónomas; 3) las últimas reformas estatutarias o la búsqueda de una nueva diferenciación. Veámoslas brevemente.

En cuanto a la creación inicial de dos tipos de Comunidades Autónomas, ya sabemos que la Constitución de primeras estableció dos tipos de Comunidades, y no sólo por la separación de nacionalidades y regiones que se opera en el art. 2 CE, pues esta distinción nada condiciona en el principio dispositivo, sino por las distintas vías que hemos visto que finalmente llevaban a dos modelos que se caracterizaban por un mayor o menor alcance competencial, que, recordemos, es la función primordial que deben cumplir los Estatutos de Autonomía.

Es verdad que el impulso final y la extensión a toda España de ordenamientos autonómicos se debió principalmente, y en la forma en que se hizo, a los Acuerdos Autonómicos de 1981 a los que llegaron la UCD, entonces partido en el Gobierno, y el PSOE, entonces partido mayoritario de la oposición, y a los que Vandelli (1981, 406 ss.) calificó como convención constitucional (vid. Rescigno, 1972). Los Acuerdos traslucían el resultado de una Comisión de expertos presidida por el profesor García de Enterría que propuso extender a todas las Comunidades Autónomas el modelo institucional del art. 152 CE pero mantener la diferencia competencial prevista en el art. 148 CE para la mayoría de las Comunidades pues casi todas, con las excepciones vistas, se recondujeron por la vía lenta del art. 143 CE.

El límite temporal de 5 años previsto en el art. 148.2 CE para que las Comunidades puedan realizar la ampliación de competencias es, junto con el primer inciso del art. 151.1 CE («No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años, a que se refiere el apartado 2 del artículo 148...»), lo que marca la inicial división en dos tipos de Comunidades Autónomas. Pero en todo lo demás, todas las Comunidades nacieron potencialmente iguales.

Así las cosas, podemos hacer dos grupos de Comunidades Autónomas en función, en esa época, de su capacidad competencial: a) Nivel máximo constitucionalmente permitido: Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía más Navarra por su Amejoramiento, y Comunidad Valenciana y Canarias por las transferencias realizadas; b) Nivel mínimo constitucionalmente obligado: Asturias, Cantabria, La Rioja, Aragón, Islas Baleares, Región de Murcia, Extremadura, Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid y Castilla y León.

La igualdad latente con que nacieron todas las Comunidades se manifestó en la reivindicación de estas últimas en mayores competencias. Por ello, superada con creces la restricción temporal de los 5 años, el PSOE, entonces

partido en el Gobierno, y el Partido Popular, el partido mayoritario de la oposición, firmaron unos Pactos en 1992 por el que se acordaba una homogeneización de todas las Comunidades Autónomas. Para ello se procedió a ampliar las competencias durante un periodo que se dilató en el tiempo hasta 1999. A partir de entonces desaparece a nuestro entender toda distinción entre Comunidades Autónomas.

El nuevo siglo, en cambio, trajo movimientos en el Estado Autonómico. Esta nueva etapa se caracteriza principalmente por tres ideas: su motivación inicial es una búsqueda de diferenciación, quizá como reacción a esa equiparación culminada jurídicamente en 1999, que demuestra unos intereses propios de cada Comunidad, por lo que no se parte de una visión general sino de visiones particulares y que afecta por igual tanto a las llamadas Comunidades históricas como a las denominadas de vía lenta. Por tanto, no se ha partido de un consenso político a nivel nacional aunque sí es verdad que todas las reformas que se han realizado traían los consensos de las respectivas Asambleas autonómicas. La principal característica es que estas reformas han dado lugar a nuevos Estatutos de Autonomía, que se conocen como Estatutos de segunda generación (vid. Montilla Martos, 2015, 19-74). Por tanto, en este momento nos encontramos que se ha producido una diferenciación de las Comunidades por la intensidad normativa de sus respectivos Estatutos, pues conviven en nuestro sistema los Estatutos de primera y de segunda generación. Y ello puede a la larga no resultar inocuo.

La determinación temporal de esta etapa es imprecisa porque viene muy marcada por la evolución que en la misma se ha producido como consecuencia de la deriva independentista de una parte de los partidos catalanes. Podemos fijar su inicio en 2006 con la aprobación de los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana y Cataluña, que a nuestro entender suponen a su vez dos modelos de esos Estatutos de segunda generación. En este sentido, a estas Comunidades les siguen, sin ánimo ahora de agruparlas, Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla y León en 2007, Extremadura en 2011 y en 2018, Canarias. La aprobación del flamante Estatuto de Canarias sin duda es un síntoma de que seguimos inmersos en esta etapa en lo que se refiere a la forma estatutaria. En esos años también se produjeron reformas puntuales en la LORAFNA y el Estatuto de la Región de Murcia pero que no supusieron el cambio de tipología al que nos estamos refiriendo, con lo que quedan excluidas del grupo mencionado con Estatutos de segunda generación<sup>5</sup>. No obstante, esto no nos parece

---

<sup>5</sup> Actualmente se encuentra en Cortes Generales la propuesta de reforma integral del Estatuto de la Región de Murcia, por el que se equipararía a los de segunda generación. En igual situación se encuentra el Estatuto de La Rioja.

una consecuencia de la etapa sino una causa basada en la imposibilidad de avanzar en las soluciones del conflicto territorial agudizado desde la declaración unilateral de independencia del Cataluña.

Recapitulando, nos encontramos en un momento histórico delicado que requiere de un replanteamiento que pasaremos a ver en el siguiente epígrafe. Con un Título VIII que en muchas de sus partes se ha convertido en derecho histórico y, por ende, con una Constitución que parece incapaz de solucionar los problemas políticos que acaecen, un proceso autonómico que ha perdido armonía y en el que además se entona una chirriante nota disonante en Cataluña, las bases y caracteres del Estado autonómico están entrando en jaque, lo que nos lleva a tener que plantearnos nuevamente los elementos ontológicos y técnicos que nos conduzcan nuevamente a la afinada orquesta de la calidad y del pluralismo democráticos.

#### 4. DE LO MATERIAL A LA REALIDAD: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN SENTIDO FEDERAL

El federalismo en España ha sido y es un tema complejo. Para un gran sector de la población el federalismo es ese conocido desconocido que le evoca desunión y ruptura. Para otro importante sector es ese interesado conocido que le permite decir lo que no se atreve a decir. A veces uno tiene la sensación de que son pocos los que entienden que la complejidad del asunto sólo puede superarse con mucha voluntad de acuerdo y, en consecuencia, queriendo poner en valor la virtud del pacto y de la convivencia en común sobre la premisa de una cultura que nos une en el marco europeo (vid. Balaguer, 2019, spec. 428-429).

Como apuntábamos *supra*, la historia del constitucionalismo español no ha estado exenta a la idea federal, por ello no es de extrañar, sabiendo su turbulencia, que los intentos federalizantes del siglo XIX se vieran abocados al fracaso, y que, posteriormente tras los intentos de la II República, sufriera una estigmatización como consecuencia de la noche con que el régimen franquista alargó hasta bien entrado el siglo XX la reacción que en el XIX impidió el asentamiento de un régimen liberal y de progreso manifestado en forma de democracia constitucional. Las dificultades de la Transición son de sobra conocidas y ya hemos dado cuenta de algunos detalles que han condicionado la organización del poder territorial y el desarrollo del proceso autonómico después. Además, tras todo este tiempo de proceso, resulta evidente que hoy la existencia y desarrollo de las Comunidades Autónomas no sólo no ha colmado algunas expectativas sino que en algunos sectores de la población están generando in-

satisfacciones (cfr. Blanco Valdés, 2005), que unos han encauzado hacia una deriva independentista pero que otros se están deslizando sin complejos hacia su supresión.

En estas líneas tratamos de desmarcarnos tanto de los reaccionarios como de los desleales, y por ello creemos que la única manera de superar los problemas que nos impiden disfrutar de una mayor calidad democrática es acomodar la Constitución formal a la real y efectiva España federal que hemos construido a lo largo de estos 40 años. En este tiempo se ha consolidado un modelo de Estado que ha mostrado fortalezas y debilidades. Esto en sí mismo no es negativo y tan sólo es la constatación de una realidad que merece un análisis sosegado para reforzar las dinámicas positivas y mejorar los elementos distorsionadores de los principios de igualdad y libertad que deben reinar en un Estado constitucional democrático. Pero el problema es que dicho análisis pocas veces se realiza en foros con capacidad decisoria o carece del sosiego técnico requerido, enturbiado casi siempre por las pasiones o los elementos simbólicos que, aunque sean muy importantes para el espíritu de las gentes, no calman la sed del sediento de patrias ni sacian el hambre del hambriento de naciones. Asimismo, se tiende a hacer de la anécdota una causa general, y de cuestiones administrativas –por ello solucionables mediante instrumentos jurídicos– un cuestionamiento de todo el Estado autonómico y de la existencia misma de las Comunidades Autónomas. Porque reconozcamos que en España aún existen posturas que no terminan de comprender la rica variedad de nuestro país y, por ende, sólo comprenden una visión uniforme del mismo. Visión que, a mi entender, es de base errónea y fácilmente desmontable, por ejemplo, con un sencillo viaje por las tierras hispánicas.

Esta perspectiva es fundamental para entender el sentido federal que se propone. Si entendemos que España nunca podrá ser federal por pecado original, es decir, porque no se siguió un tipo de Estado federal (cfr. Sanz De Hoyos, 2016), ciertamente resulta imposible comprender la idea de que España se ha federalizado en el sentido de que se ha producido un reparto de poder entre el ente general y los territorios cuyo funcionamiento es equivalente al que se produce, con las particularidades propias surgidas de la acción y desarrollo del Estado autonómico, en los Estados federales. De ahí que se antoje mejor el uso de la terminología del Estado compuesto para comprender el resultado de dos caminos que desembocan al fin y al cabo en una cultural federal.

Es esta cultura federal la que creemos que debe trasladarse en este momento histórico a la Constitución y, así, unir definitivamente el pacto constitucional con el pacto federal, es decir, con la participación del pueblo o de la nación –enredarse en cuestiones semánticas desvirtuaría el sentido– en el

modo constitucionalmente previsto en el Título X, sabiendo que las dificultades que del mismo se deducen en algún momento deben dejar de ser una excusa para enfrentarse y solucionar uno de los más graves problemas que deterioran nuestra convivencia y quiebra nuestra estructura político-jurídica. Mas ese pacto federal trasladado a la Constitución no dejaría de ser la constatación de la realidad surgida en la España constitucional del 78, verdadero momento constituyente de nuestro Estado, con permiso de la Historia, y efectiva manifestación de la democracia como régimen político de la etapa histórica que nos toca vivir. Todo lo demás no son sino piedras en el camino puesto que, incluso acudiendo a nuestra Historia, España es fruto de la unión de los entes políticos de su época, es crisol de culturas y mezcla inevitable de la mayor parte de pueblos que han existido en la Historia de la humanidad, superando incluso la hispanidad el solo territorio de la Península ibérica. Quizá nuestro pecado original es no entender que nos adelantamos varios siglos a las construcciones de los Estados federales contemporáneos, y ensimismarnos en exceso con las virtudes de lo foráneo al tiempo de un cainita desprecio a lo propio.

En consecuencia, la reforma federal necesita partir del presupuesto político de que se trata de una adecuación que lleva tiempo manifestándose, por ejemplo, mediante los llamados Estatutos de segunda generación (vid. Montilla Martos, 2015, 17). Esa voluntad política debe entonces llevar aparejada una toma de conciencia por parte del pueblo o nación española de que sus territorios, expresados en forma de Comunidades Autónomas en el momento constituyente, son parte de España y tienen, por así decirlo, una voluntad propia que trasciende el mero individualismo. España son sus gentes y sus pueblos. Y esta realidad debe expresarse en la Constitución sin que ello signifique ni romper España ni introducir la posibilidad de que España se rompa. En este sentido, no me resisto a traer a colación la brillante propuesta de Guillén López (2019, 515) –aunque el autor la presente como modesta– de introducir la necesidad de que toda reforma constitucional que afecte al modelo territorial sea iniciada por acuerdo de al menos tres Comunidades Autónomas y confirmada por al menos 15 Comunidades y teniendo que superar el bloqueo de 5 territorios. Evidentemente, razones de espacio impiden desarrollar más esta idea del Prof. Guillén, mas sabiendo de la complejidad y de que supondría un cambio revolucionario, ilustra a nuestro entender la capacidad de maniobra que cabe ante una reforma federal de la Constitución.

En cualquier caso, no se trata en estas páginas de ofrecer el sentido de la reforma federal ni realizar una propuesta *de lege ferenda*. Sí que podemos remitirnos al pensamiento de notable doctrina para encauzar el sentido de ese federalismo (*ex plurimus*, Montilla Martos, 2015, Guillén López, 2019, Fossas

Espadaler, 2019, Tudela Aranda, 2019). No podemos negar que mucha doctrina aborda la cuestión federal en el sentido de buscar un encaje para Cataluña, preocupada –y con mucha razón– ante el chantaje independentista. Ello no obsta para que esas posiciones doctrinales se tengan en consideración (Biglino, 2019; Cámara Villar, 2019; Castellà Andreu, 2019; Montilla Martos, 2019; López-Basaguren, 2019; Tornos Mas, 2019, 400 ss.) pero debemos manifestar cierta preocupación si el federalismo no es introducido en el debate político-constitucional como una solución para España, y no sólo para Cataluña. Efectivamente, el federalismo que se propone en estas páginas es de matriz igualitaria, pues nos es difícil entender un federalismo asimétrico que, dada nuestra idiosincrasia, no sea percibido como un federalismo privilegiado. Una asimetría constitucionalmente aceptable tendría su fundamento en los hechos diferenciales a los que ya nos hemos referido. Pero como ocurre en general con la igualdad, la existencia de diferencias no impide su actuación.

Quizá el fallo del proceso autonómico ha estado precisamente en la profundización de las asimetrías y de las diferencias; es en este sentido como entendemos la reacción producida, primero, en la apertura misma de la tercera etapa y los Estatutos de segunda generación, y segundo, en la desleal reacción de las élites catalanas tras la STC 31/2010 que ha derivado en el incierto –y engañoso– proceso de independencia de Cataluña. Si la tercera etapa hubiera supuesto que el conjunto del sistema hubiera mutado hacia Estatutos de segunda generación, la primera crítica no tendría fundamento; mas sí que habría podido evidenciar, quizá, las egoístas pretensiones de una parte del pueblo de Cataluña que no pretenden el bienestar y el bien común sino la satisfacción de intereses particulares en contra del pluralismo democrático del propio pueblo cuya representación solidaria parecen querer arrogarse. Cuando el marco es adecuado, salirse del mismo por motivos esencialistas da argumentos políticos para contrarrestar las legítimas aspiraciones de un grupo de individuos: por ello ha llegado el momento de volver la mirada –sin brusquedad– a nuestro marco de convivencia para, dado el crucial momento político en que vivimos, empezar a resolver el nudo gordiano al que inevitablemente nos han abocado.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA SOLA NECESIDAD SIMBÓLICA?

Todo lo visto hasta este momento nos lleva a preguntarnos si esa necesidad de reformar la Constitución y anudar por fin el pacto territorial/federal al pacto constituyente es una sola necesidad simbólica o si, por el contrario, es una necesidad efectiva para mejorar la vida de la gente. Reconociendo la máxi-

ma importancia que lo simbólico tienen en el constitucionalismo, empero, al querer hablar de federalismo en España no queremos llevar el debate a la eterna cuestión de nuestro ser y, por tanto, nuestra visión arranca precisamente de nuestra plural ontología y de la constatación de problemas y dificultades que creemos pueden tener una solución si son abordadas desde el pacto constitucional. No es nuestro menester obligar a las fuerzas políticas a ponerse de acuerdo pero es conveniente que sepan que pueden ponerse de acuerdo en la organización territorial, tanto desde el punto de vista simbólico como técnico. Simbólico, porque la perspectiva federal está ya cargada de tal y necesita de una primera pedagogía; técnico, porque muchos de los problemas políticos que surgen en nuestra convivencia territorial son salvables desde una perspectiva jurídica con cambios normativos que permitan nuevos modos políticos y nuevas interacciones administrativas.

Estas dos ideas buscan en cualquier caso profundizar en una democracia de mayor calidad para España. Una democracia que deje de preocuparse por su composición territorial, como esencia misma de lo que es, permitirá colocar los problemas y las necesidades del pueblo en el primer plano y adoptar un rumbo que nos encamine hacia los grandes retos del futuro venidero –ya dibujado sombrío y con tintes apocalípticos–. Además, una democracia que profundice en los mecanismos de garantía de su pluralismo es una democracia más sólida. No debemos olvidar que el pluralismo territorial es un haz del pluralismo al que la Constitución está llamada a regular. De acuerdo con Balaguer (2019, 430), el pluralismo territorial incorpora una nueva separación de poderes por lo que se aumentan las posibilidades de control sobre las mayorías en cada nivel de gobierno. Y continúa afirmando que la contribución del federalismo a la democracia constitucional se basa precisamente en la existencia de diferentes niveles territoriales de gobierno, cuya tensión dialéctica favorece la conformación de diferentes mayorías con implicaciones tanto en el ámbito político como en el jurídico, lo que lleva a un aumento de la calidad democrática en todos los niveles. Por todo ello, claro que debe tener un valor simbólico pero especialmente debe buscar mejorar las relaciones del poder y la articulación administrativa en un Estado complejo, que tiene como última *ratio* la satisfacción de los derechos fundamentales en sentido amplio.

Consideramos, por consiguiente, que la reforma federal de la Constitución española debe incluir tal adjetivo en su articulado, siendo nuestra apuesta en el art. 2. Asimismo, en consecuencia, se deberían incluir el nombre de todas las Comunidades y Ciudades Autónomas que conforman España, siendo una buena propuesta la del Gobierno de Rodríguez Zapatero y analizada en su momento por el Consejo de Estado con interesantes aportaciones doctrinales (Ál-

varez Junco, Rubio Llorente, 2006). Pero dicha cuestión formal sólo será posible porque previamente en España se ha adoptado, tras el momento constituyente de 1978, un espacio federal, con dinámicas que deben, no obstante, mejorarse. En tal sentido resulta del todo paradigmático la situación del Senado para que se haga efectiva su caracterización constitucional de cámara de representación territorial.

La sola formalidad de incluir la palabra federal en nuestra Constitución no será, en cambio, el ungüento milagroso para los problemas de España. Si quiera el placebo. Debe ser la consecuencia de la aceptación por la amplia mayoría de la realidad ontológica de nuestro país, manifestación contemporánea de avatares históricos y, sobre todo, el remedio que calme las aguas turbulentas y devuelva las aguas bravas al cauce de la serenidad y la concordia. Esa formalidad, por tanto, debe ser el impulso para un replanteamiento del bienestar y del bien común, en el contexto europeo, el pistoletazo de salida para un nuevo tiempo que dirija nuestra atención, nuestra mirada y nuestros esfuerzos a la España y a la Europa del siglo XXII. Por tanto, ese momento de reforma constitucional es la oportunidad para consolidar el camino iniciado en 1978 y por ello lo venimos considerando como la atestiguación de lo sucedido y de lo necesario. En este sentido, resultaría innecesaria una impostación lingüística sobreactuada: se podría seguir usando la terminología de Comunidades Autónomas pues es un término con fortuna y que trae causa de aportaciones doctrinales reflexivas sobre el federalismo y los roles del Estado federal y los Estados federados (La Pergola, 1973).

En definitiva, se apuesta por la consolidación de un modelo español de federalismo, sobre los aciertos y los aprendizajes del Estado autonómico. Un modelo federal que nos devolviera los caracteres abiertos y plurales con que a lo largo de los siglos hemos convivido. España desde sus orígenes es una unión, y la misma ha ido ganando y perdiendo territorios a lo largo de la Historia. Definirnos como federales hoy es superar las épocas oscuras y prepararnos para una mejor relación con nuestro entorno cultural. Sabemos que hay muchos rostros del federalismo (vid. Blanco Valdés, 2012) pero quizá va siendo el momento de aceptar que el modelo español tiene todos los elementos para perfeccionarse y convertirse en un modelo federal propio, en el sentido expresado hasta el momento. Con ello aunaremos simbolismo y normatividad en la Constitución, a la que le debemos después de estos 40 años, que pueda ser expresión formal de lo que –para unos pocos o sean muchas– forma ya parte de nuestra Constitución material. Y de este modo se harán realmente efectivos los dos principios basilares del constitucionalismo: la libertad y la igualdad.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AJA FERNÁNDEZ, E. (1999), *El Estado Autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid.
- ÁLVAREZ JUNCO, J., Rubio Llorente, F. (2006), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, CEPC y Consejo de Estado, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (1995), El Estado Autonomico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?, *Autonomies*, n.º 20, pp. 187-195.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019), Federalism and Democratic Quality: The Contribution of Territorial Pluralism to Constitutional Democracy, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 423-431.
- BIGLINO, P. (2019), Political Pluralism and Independence in Catalonia: Lessons Learned from Federalism, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 433-442.
- BLANCO VALDÉS, R. (2014), *El laberinto territorial español*, Alianza Editorial, Madrid.
- (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- (2005), *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Alianza Editorial, Madrid.
- CÁMARA VILLAR, G. (2019), Federal Reform of Spain vs Secession in Catalonia. Could Constitutional Reform Provide a Response to the Demands Upon Which the Justification for Secession Are Based?, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 443-460.
- (2018), La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional, *Revista de Derecho Político*, 295-430.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2019), Constitution and Referendum os Secession in Catalonia, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 405-422.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1991), La Constitución territorial del Estado, *Autonomies*, n.º 13, pp. 61-69.
- (1981), La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4 monográfico, pp. 53-63.
- FOSSAS ESPADALER, E. (2019), Which Federalism for Spain?, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 461-478.

- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2019), Constitutional Reform and Federalism in Spain. A modest proposal, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 509-518.
- LA PERGOLA, A. (1969/2016), *Vestigios «contractualistas» y estructura federal en la Constitución de los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, trad. de Blanca Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso.
- (1973), El empirismo en el estudio de los sistemas federales: en torno a una teoría de Karl Friedrich», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 188, pp. 21-79, trad. de Jorge Rodríguez-Zapata.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1998), *Estado autonómico y hechos diferenciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LÓPEZ-BASAGUREN, A. (2019), Claims for Secession in Catalonia. Rule of Law, Democratic Principle and Federal Alternative, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 365-388.
- MONTILLA MARTOS, J. A., (2019), Constitutional Reform Within the Context of the Debate on the Independence of Catalonia, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 479-490.
- (2015), *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PLA, J. (1933/2003), *Madrid. El advenimiento de la República*, El País, Madrid.
- RAGONE, S. (2008), La Costituzione spagnola del 1978 e il suo debito verso quella italiana, en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, pp. 81-98.
- RESCIGNO, G. U. (1972), *Le convenzioni costituzionali*, CEDAM, Padova.
- ROVIRA VIÑAS, A. (1989), Reflexiones sobre la estructura del Estado y las dificultades de operar con modelos de derecho comparado, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 65, pp. 57-85.
- RUIZ ROBLEDO, A. (2006), Sobre las decisiones políticas fundamentales del Artículo 2 de la Constitución: 2005-06, un nuevo momento constituyente del Estado Autonómico, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *La reforma de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 127-149.
- SANZ DE HOYOS, C. (2016), *Conversión del Estado unitario en Estado federal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SCHMITT, C. (1927/1992), *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, trad. de Francisco Ayala.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1996), Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978, en Iglesias Ferreirós, A. (ed.), *Autonomía y soberanía. Una considera-*

*ción histórica*, Marcial Pons, Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, Madrid, pp. 113-131.

TORNOS MAS, J. (2019), Secession and Federalism, The Spanish Case, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 389-404.

TUDELA ARANDA, J. (2019), The Constitutional Answer to the Crisis of the Model of the Territorial Organization, en LÓPEZ-BASAGUREN, A.; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham, pp. 491-508.

VANDELLI, L. (1982), *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, IEAL, Madrid, trad. de F. López Ramón y P. Lucas Murillo de la Cueva.

# **¿REFORMAS CONSTITUCIONALES EN CLAVE FEDERAL COMO ANTÍDOTO A LA CRISIS TERRITORIAL? UNA REFLEXIÓN A PARTIR DEL MODELO ESPAÑOL**

DANIEL CAMONI RODRÍGUEZ\*  
Università degli Studi di Milano-Bicocca

SUMARIO: 1. Forma(s) del federalismo: una breve introducción. 2. Cuestión territorial, federalismo(s) y Constitución española de 1978. 3. Cuestión territorial y reforma constitucional (pasando por la cuestión catalana). 4. Referencias bibliográficas.

## **1. FORMA(S) DEL FEDERALISMO: UNA BREVE INTRODUCCIÓN**

Como es sabido, el Estado federal se caracteriza tradicionalmente por algunos índices específicos. Entre otros, pueden identificarse: la presencia de una estructura político-administrativa (denominada Federación) compuesta por articulaciones territorial-institucionales dotadas de propias modalidades de autogobierno; la previsión de un número limitado y explícito de competencias a favor del mismo, reservándose todas aquellas que no hayan sido enumeradas en favor de los Estados que integran la Federa-

---

\* Doctorando en Derecho constitucional y Derecho público comparado.

ción<sup>1</sup>; la existencia de una Cámara parlamentaria de representación de los intereses territoriales y la participación de las entidades sub-federadas en el procedimiento de revisión constitucional<sup>2</sup>.

En efecto, los miembros veteranos de este club [del federalismo] exhiben con claridad sus credenciales: sus Constituciones los identifican como Estados federales a partir de su denominación, o contienen la distribución de las competencias (Arbós Marín, 2010, 53)<sup>3</sup>.

Además, cabe recordar que la organización federal requiere la existencia de una Constitución rígida, situada a protección de los Estados miembros a través de normas que regulen el reparto de competencias y el procedimiento de revisión constitucional (Bifulco, 2010, 557), así como la participación de los Estados miembros a la revisión constitucional y la existencia de una segunda Cámara representativa de los intereses de los mismos (Bifulco, 2010, 559)<sup>4</sup>.

En esta definición resultan así entrelazados en términos teóricos, por un lado, un federalismo institucional, de carácter estático (relación entre instituciones federales e instituciones federadas/estatales en lo que concierne a su conformación estructural) y, por otro, un federalismo funcional, de carácter dinámico (relación entre competencias y prerrogativas administrativo-legislativas del Estado federal respecto a aquellas pertenecientes a las articulaciones territoriales que lo componen).

En la misma línea, es oportuno destacar que las categorías conceptuales de las formas de Estado (y de Gobierno) nunca pueden analizarse desde una perspectiva únicamente abstracta, siendo al revés necesario adoptar un enfoque concreto y estudiar –como si de un experimento químico se tratase– qué reacciones produce una estructura institucional en el momento en que entra en contacto con una determinada realidad político-institucional, socio-cultural, constitucional e histórica, empezando a desarrollarse.

En este sentido, se puede afirmar que, en lo que atañe a las modalidades constitutivas de diferentes Estados típicamente federales, es posible distinguir (Montilla Martos, 2016, 534), desde un punto de vista genético, entre un federalismo orgánico (o de arriba a abajo)<sup>5</sup> y un federalismo pactista, basado en el

---

<sup>1</sup> Emblemáticos, en este sentido, el art. 1, Sección Octava de la Constitución de los Estados Unidos y el §70 del Grundgesetz alemán de 1949 (cuando establece que «los Länder poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación»).

<sup>2</sup> Sobre las características generales del Estado federal tradicional véanse, entre otros, FERRANDO BADÍA (1976, 23-76 y 1979-1980, 7-19), PASQUINO (1996) y BOGNETTI (2009).

<sup>3</sup> Traducción libre desde el texto original italiano consultado.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Piénsese en los orígenes de la actual configuración territorial del Estado belga, en particular a raíz de la reforma constitucional de 1970: sobre este tema véanse, *ex pluribus*, los trabajos de DELPÉRÉE

pacto originario y libre entre individuos o naciones, de abajo a arriba o, lo que viene a significar lo mismo, entre los que han sido denominados como federalismos *coming together* y *holding together* (Stepan, 2001, 315-361) o agregados y desagregados (Mastromarino, 2008)<sup>6</sup>.

Ello demuestra, además, que cualquier modelo federal –prescindiendo de su génesis y configuración– tiene que construirse a partir de un pacto, ya sea avanzando desde la unidad originaria de una consolidada realidad estatal hacia la descentralización territorial o, al revés, desde estructuras institucionales pre-existentes hacia un Estado que goce de órganos y competencias distintos y supra-ordinados, renunciando así a ciertas prerrogativas de soberanía en favor de una construcción institucional unitaria.

Profundizando en este razonamiento, para comprender los horizontes de la constitución y desarrollo del modelo federal cabe también recordar la denominada paradoja del principio de unidad en los Estados federales, según la cual la unidad, además de ser el fundamento del Estado federal, es también su límite, y ello porque ninguna manifestación del principio de autogobierno reconocido en la descentralización puede transgredir el principio de unidad, en aras de la continuidad del propio Estado federal (Garmendia Madariaga, 2011, 9).

En relación con el objeto del presente estudio, al fin de reflexionar sobre los más recientes acontecimientos relativos a la cuestión territorial española –y prestando paralela atención a la cuestión catalana–, es necesario preguntarse, antes de todo, si España puede y debe considerarse un Estado auténticamente federal.

Anticipando ya ahora una respuesta afirmativa a dicha pregunta (aunque con algunos matices que se expondrán a continuación), en esta sede se considerará el grado de intensidad constitucional del modelo federal español –es decir, en qué medida la Carta Magna regula expresamente (en términos federales) mediante sus disposiciones formales las relaciones entre las instituciones del Estado y las Comunidades Autónomas–, así como las competencias de ambos.

Finalmente, se intentará desarrollar un breve razonamiento en torno a la posibilidad y oportunidad de implementar aún más o consolidar el modelo federal español a través de los procedimientos de revisión constitucional diseñados en los arts. 167 y 168 CE.

---

(1989, 49-53 y 1993), NANDRIN (1997, 13-22), PIERET (2007, 3-18) y, en la doctrina italiana, MASTROMARINO (2008).

<sup>6</sup> Complementariamente, sobre la historia reciente del federalismo español, *vid.* DUARTE MONTSERRAT (2001, 7-30).

## 2. CUESTIÓN TERRITORIAL, FEDERALISMO(S) Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución de 1978 no habla expresamente de Estado federal (o federalismo) y tampoco manifiesta una opinión explícita sobre el modelo de forma de Estado a adoptar, prefiriendo trazar un diseño abierto, flexible y progresivo en relación con las líneas estructurales de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas competencias.

Como correctamente se ha argumentado (Castellà Andreu, 2004, 584-585), el constituyente de 1978 no fue capaz de ponerse de acuerdo en la concreción de un tipo de Estado acabado, sino en la formulación de una serie de opciones básicas, de entrada con la convicción clara de lo que se quería evitar [...] Se opta por un tipo de Estado políticamente descentralizado, aunque sin precisar ni su denominación ni su adscripción a ningún tipo ideal conocido, que permite desarrollos posteriores en direcciones distintas.

En este sentido, el actual sistema de autogobierno de las Comunidades Autónomas, el modelo de distribución de competencias (Muñoz Machado, 1982/2007, 396 ss.), el marco de relaciones –sobre todo bilaterales– entre el Estado y los entes regionales, el sistema de financiación autonómica (Balaguer Callejón, 2001, 477-492 y Balaguer Callejón, 2005, 607-618), la implementación de decisiones políticas de cooperación y colaboración entre las instituciones estatales y las Comunidades Autónomas<sup>7</sup> han venido desarrollándose ciertamente a partir de los preceptos constitucionales, dando origen a una Constitución material o Constitución territorial que traduce de forma amplia y articulada las (limitadas) disposiciones formales de la Carta Magna.

Más detalladamente, cabe recordar (Castellà Andreu, 2004, 585) que la regulación constitucional de la forma de Estado es abierta y dinámica, porque remite la perfección del modelo a normas distintas de la Constitución y a momentos ulteriores. Por ello adquiere gran relieve para la conformación del modelo definitivo y para su comprensión teórica [...] el proceso autonómico que sigue a la aprobación de la Constitución, y que en 1983 ya había culminado una primera etapa de creación y puesta en funcionamiento de las CC. AA. a lo largo de todo del territorio nacional.

---

<sup>7</sup> Piénsese –aun teniendo en consideración sus limitados poderes– en el Consejo de Política fiscal y financiera de las Comunidades Autónomas (creado con Ley Orgánica 8/1990, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas-LOFCA, art. 3) o en la Conferencia de Presidentes de las mismas (instituida por el artículo 146 de la Ley 49/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Sobre estos órganos, véanse los estudios realizados respectivamente por RAMALLO MASSANET/ZORNOZA PÉREZ (1997, 60-74) y MANZANO SILVA (2008), por un lado, y TAJADURA TEJADA (2018, 549-572).

Creo, por lo tanto, que España no puede considerarse ni un Estado unitario ni uno estrictamente (o clásicamente) federal, lo que dificulta cualquier tipo de reflexión sobre este tema a través de la utilización de las tradicionales (y, a veces, ingenuas) categorías conceptuales del derecho constitucional sobre la organización territorial estatal.

De hecho, es más bien cierto que los Estados federales presentan entre sí tantas diferencias que, en realidad, las características que suelen enumerarse como definidoras de tal forma de Estado no son, a la postre, más que el resultado de generalizar elementos específicos de concretos Estados federales (Blanco Valdés, 2012, 328).

Siguiendo tal patrón, es posible afirmar que el sistema institucional de España presenta rasgos concretos, fruto del descrito desarrollo, que permiten asimilarlo (y considerarlo), en muchos aspectos, a un Estado federal o proto-federal (Häberle, 2007, 185).

Pero, quizá, sean aun más sugerentes algunos matices de Cruz Villalón (Cruz Villalón, 1981, 53-63, citado en Cámara Villar, 2018, 414), allí donde afirma que el Estado español constituye un supuesto de prefederalismo que se mantiene en la órbita o campo de atracción del Estado federal.

En dicho sentido, se puede apreciar la existencia de un federalismo inacabado, un federalismo que se anhela pero que no termina de conseguirse completamente y que, por todo ello, se muestra parcial, incompleto y a veces contradictorio en su estructura y desarrollo concreto.

En efecto, la misma ausencia de una definición constitucional del modelo implica la necesidad de reformas concretas, funcionales para un diseño 'definitivo' del Estado autonómico, posible solo en términos constitucionales (Balaguer Callejón, 2008, 336-337)<sup>8</sup>.

Por un lado, entre los índices que sugieren la existencia de un modelo federal, deben mencionarse:

– La previsión de instrumentos de garantía jurisdiccional del autogobierno de los territorios regionales, es decir, de resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Arbós Marín, 2010, 53)<sup>9</sup>;

– La existencia de reglas de distribución de las competencias que se imponen a las normas concretas dictadas por el Legislador, tanto en el caso de

---

<sup>8</sup> Traducción libre desde el texto original italiano consultado.

<sup>9</sup> *Idem*.

las *Cortes Generales* como de los Parlamentos autonómicos (Arbós Marín, 2010, 53-54)<sup>10</sup>;

– La enumeración formal de un listado limitado de materias sobre las que el Estado federal tiene competencias, devolviéndose todas las demás a las entidades regionales, si bien es cierto que casi todas las funciones (estatales o regionales) se resuelven, en la práctica, en una colaboración entre Estado y CC. AA.;

– La presencia de una cláusula residual de atribución en la distribución de competencias a favor de las Comunidades Autónomas (*vid.*, art. 149.3 CE);

– La configuración de cláusulas de prevalencia –según las cuales las normas estatales prevalecen, en caso de conflicto, sobre aquellas de las Comunidades Autónomas, cuando no se trate de competencias atribuidas en exclusiva a éstas últimas– y de supletoriedad, que establecen una sustitución del derecho estatal ante un vacío normativo por parte de las Comunidades Autónomas<sup>11</sup>;

– La existencia de una cláusula final de protección de la esencia federal del Estado español (*vid.*, art. 155 CE)<sup>12</sup>.

Al mismo tiempo, la Constitución española contempla otros tantos índices que podrían ser sinónimo de (proto)federalismo, o contrastar directamente con la idea tradicional de Estado federal<sup>13</sup>.

En primer lugar, la actual estructura del Senado y su composición representan una flagrante contradicción con la misma fórmula constitucional que lo define como órgano de representación territorial (art. 69.1 CE), haciendo de la Cámara alta un doble del Congreso de los Diputados, aunque situado en una posición de asimetría funcional<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> En relación con la aplicación de la cláusula de supletoriedad, véase la interpretación hecha al respecto por el Tribunal Constitucional, allí donde afirma que «para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate» (STC 118/1996, FJ 6) y que es preciso «reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito» (STC 61/1997, FJ 12).

<sup>12</sup> Sobre la caracterización de España como prototipo federal, *vid.*, más ampliamente, BLANCO VALDÉS (2016, 197-203).

<sup>13</sup> Cabe evidenciar que no todas las opiniones doctrinales comparten la idea (más bien mayoritaria) de que España es un Estado federal *de facto*: véanse, en este sentido y entre otras, las interpretaciones de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1994, 171-189) y MASTROMARINO (2008).

<sup>14</sup> Considérese que el Senado no interviene en la elección del Presidente del Gobierno (art. 99 CE) y, en materia legislativa, el veto interpuesto sobre un proyecto de ley ya aprobado por el Congreso puede

En el mismo horizonte, el hecho de que los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas estén sujetos a la aprobación por parte del Congreso de los Diputados mediante Ley Orgánica –y sean, por lo tanto, fuentes del derecho estatal (aunque tengan, en concreto, dignidad de Constituciones regionales)– podría quizá considerarse no sincronizado con el procedimiento de descentralización inaugurado por la Carta Magna y tan extensamente implementado a lo largo de la historia democrática española, más aún teniendo en cuenta su importancia como instrumento de desarrollo del autogobierno regional.

Sobre este tema, como se ha evidenciado en la doctrina (Aja, 2014, 119), la elaboración y el procedimiento de reforma de los Estatutos de autonomía, así como su regulación de las competencias, constituyen la mayor diferencia del sistema español respecto a los federalismos europeos. Piénsese, en este sentido, en las Constituciones de los *Länder* alemanes o en los Estatutos ordinarios de las Regiones italianas a raíz de la importante reforma constitucional de 1999.

Y, por último, merece también atención la consideración según la cual la histórica existencia de hechos diferenciales a favor de determinadas Comunidades Autónomas distingue[n] el Estado autonómico de los Estados federales clásicos basados en la igualdad constitucional de las unidades constitutivas (Sáenz Royo, 2014, 435), siendo paralelamente cierto que en ejercicio del derecho a la autonomía y en desarrollo de las previsiones constitucionales, a lo largo de estas etapas se [ha ido] construyendo un modelo de Estado autonómico que crecientemente ha incrementado, tendiendo a la igualación, los niveles de autogobierno de las Comunidades Autónomas (Cámara Villar, 2018, 410)<sup>15</sup>.

Esta última consideración no es en absoluto secundaria, ya que dice mucho acerca del desarrollo de la forma de Estado española.

Por un lado, el reconocimiento de mayores competencias y autonomía a las nacionalidades históricas quería representar un momento de ruptura con la dramática experiencia franquista, así como de ideal recuperación del sistema

---

ser superado por mayoría absoluta de la Cámara baja o con mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo (art. 90.2 CE). *Ad abundantiam*, merece consideración la previsión contenida en el art. 15.6 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), según el cual el acuerdo del Consejo de Ministros en el que se detallen los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública necesita ser aprobado tanto por el Congreso como por el Senado, siguiendo así el tradicional esquema propio de un bicameralismo paritario/simétrico. Dicha previsión representa una excepción al principio constitucional español de prevalencia del Congreso sobre el Senado; además, el hecho de que haya sido introducida mediante una fuente de rango no constitucional (diferentemente a lo previsto en los arts. 145.2 y 158.2 CE, donde tal principio de paridad está constitucionalizado) podría comportar una razonable tacha de inconstitucionalidad.

<sup>15</sup> Algunas rápidas pinceladas sobre el concepto de federalismo asimétrico y una amplia reseña bibliográfica de derecho comparado sobre este tema pueden también leerse en PALICI DI SUNI (2018).

de organización territorial trazado por la Constitución de 1931 y brutalmente truncado por la dictadura; por otro lado, el hecho de que los territorios que carecían del substrato histórico-cultural de Cataluña, País Vasco o Galicia pudieran aspirar al mismo régimen de autonomía de estas últimas incubaba ya en sí la idea de un modelo de homogeneización (dilatada en el tiempo) casi total y potencialmente en grado de poner a todos en desacuerdo.

En efecto, como se ha puesto en evidencia (Mastromarino, 2008, 96), el resultado fue un híbrido, capaz de dar demasiado a quien, en origen, pedía solo una redistribución del poder central, poco a quien reivindicaba un rol de primer plano en la organización y gestión de los intereses locales y del interés público del Estado<sup>16</sup>.

El Estado español parece encontrarse, por lo tanto, en mitad de un vado, entre un modelo unitario/centralista que (en buena parte) se ha superado y un federalismo que existe pero no termina de realizarse del todo, viviendo de su flexibilidad y aperturas pero también de sus lagunas y contradicciones.

### 3.- CUESTIÓN TERRITORIAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL (PASANDO POR LA CUESTIÓN CATALANA)

En conclusión, más que plantearse interrogantes acerca de la exactitud de las decisiones adoptadas por los Padres Constituyentes o intentar encasillar España (forzosamente) en la categoría de un (inexistente) Estado federal generalizado, cabe preguntarse si es posible poner remedio –y en qué formas– a la actual situación de crisis territorial, crisis en relación con la cual la cuestión catalana representa una declinación ciertamente no marginal.

Siguiendo este orden lógico, se esbozarán ahora algunas consideraciones acerca de la oportunidad de traducir en términos formales y, por lo tanto, mediante una reforma constitucional, los índices federales actualmente existentes en la estructura del Estado autonómico español.

En efecto, si bien es cierto que tanto la estructura del Senado como (quizá) el procedimiento de aprobación de los Estatutos regionales parecen sugerir una modificación de la Constitución que profundice y confirme la descentralización territorial inaugurada por los Pactos Autonómicos de 1981, también es necesario poner de relieve que la fluidez y la falta de cauces sólidos en el desarrollo del Estado autonómico imponen una reflexión sobre las disfunciones y las razones de la verdadera crisis del modelo general de organización del Estado.

---

<sup>16</sup> Traducción libre desde el texto original italiano consultado.

En este sentido, creo que una constitucionalización de dichos elementos tendría el sabor de una racionalización, mejora e incorporación en la Constitución de nuestro modelo de organización territorial, reordenando el Estado autonómico en esta dirección en tanto que es, de facto, federal (Cámara Villar, 2018, 417).

De tal forma, podrían traducirse en disposiciones constitucionales sobre todo algunos aspectos relativos a los criterios estructurales del sistema de financiación autonómica, a la previsión de órganos de mediación y diálogo entre el Estado (o, mejor dicho, el Gobierno) y las Comunidades o a la determinación de los límites propios de la legislación estatal de base, en aras de una mejor definición de la relación entre Estado y Comunidades Autónomas en materias de legislación compartida.

Acerca de la *ratio* del procedimiento de revisión constitucional, es verdad que todo elemento que integra una Carta constitucional representa un índice fundamental en la construcción de una forma de Estado; y también es cierto que los cimientos así sentados son tradicionalmente muy sólidos y rara vez sufren modificaciones (de hecho, la Constitución española ha sido modificada solamente dos veces, en 1992 y en 2011, siempre por impulso de circunstancias europeas, es decir externas al circuito político-institucional nacional)<sup>17</sup>.

En estos términos, hay que considerar no solo las causas que estimulan una reforma constitucional, sino también las consecuencias y efectos que a partir de esta pueden producirse.

Ello viene a significar que, cuando un determinado elemento esté recogido en Constitución, el mismo está dotado de una rigidez difícilmente superable, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad requerida por los arts. 167 y 168 CE para reformar la misma. Todo esto, a su vez implica la necesidad de no dejarse llevar por un furor reformista-constitucional temporáneo –un mito de la reforma constitucional como panacea de todos los males– que produciría los mismos resultados (en este caso, a la inversa) de la excesiva flexibilidad descrita.

Por lo tanto, una reforma (en cualquier caso necesitada) en dicha dirección, ya sea a nivel constitucional o legislativo, no sería ningún acto de osadía

---

<sup>17</sup> En 1992 se procedió a reformar el art. 13.2 CE al fin de adaptar el texto constitucional a la previsión contenida en el Tratado de Maastricht que reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo «a todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional [...] en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida», mientras que en 2011, a raíz de la gravísima crisis económica de la zona Euro, el art. 135 CE fue integrado con el principio de equilibrio presupuestario, también de derivación europea y posteriormente plasmado en el denominado *Fiscal Compact* de 2012.

o arrogancia, siempre cuando se diera actuación a la misma con juicio, consenso máximo y extrema prudencia.

Por último, me gustaría terminar con una rápida referencia a la cuestión catalana. Concretamente, si nos adaptamos a los criterios conceptuales que se han descrito hasta ahora, el conflicto entre Estado español e instituciones catalanas –por las características que tiene a día de hoy– no parece encajar perfectamente dentro de los límites hasta ahora descritos, llegando así a considerar el mismo cómo declinación específica de una más amplia cuestión territorial.

En efecto, a partir de la STC 31/2010, la cuestión catalana ha ido desliziándose progresivamente hacia una confrontación total y provocativa con las instituciones españolas, que nada tiene que ver con el tradicional debate –ya sea bilateral o generalizado– sobre temas tan clásicos como el régimen de financiación de las Comunidades, el marco de competencias legislativas, la cuestión lingüística (sobre todo en el ámbito educativo y de las Administraciones públicas) o la existencia de hechos diferenciales como legitimación para la obtención/mantenimiento de privilegios en favor de determinadas realidades territoriales; temas que se han convertido en armas arrojadas de una lucha política que, lamentablemente, no siempre ha tenido esa altura de miras que se le debe exigir.

Si todos estos argumentos volvieran al centro del debate –abandonando la demagogia y la ensoñación construidas acerca de un supuesto derecho a decidir y de los anhelos de secesionismo unilateral ventilados por los partidos nacionalistas– la cuestión catalana sería, una vez más, centro privilegiado para comprender y reflexionar de forma razonable y digna sobre el pasado, el presente y el futuro del constitucionalismo español, también en una perspectiva de derecho comparado.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AJA, E. (2014), *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid.
- ARBÓS MARÍN, X. (2010), La formula spagnola: struttura e dinamica, en BENAZZO, A. (coord.), *Federalismi a confronto. Dalle esperienze straniere al caso veneto*, CEDAM. Padova.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2001), La financiación de las Comunidades Autónomas, en LÓPEZ GUERRA L. (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 477-492.
- (2005), La financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonómico, en VIDAL BELTRÁN, J. M.; GARCÍA HERRERA, M.

- A. (coord.), *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, Editorial Colex-Constitución y Leyes, Madrid, 607-618.
- (2008), Lo stato autonomico spagnolo: la stagione delle riforme, en D'Atena, A. (coord.), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè Editore, Milano.
- BIFULCO, R. (2010-2012), Postfazione. Riflessioni sui metodi di studio dei processi federali e degli Stati federali, en Bifulco, R. (coord.), *Ordinamenti federali comparati*, Giappichelli, Torino, vol. 2.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- (2016), *Introducción a la Constitución de 1978*. 5ª edición, Alianza Editorial, Madrid.
- BOGNETTI, G. (2009), *Federalismo*, UTET Giuridica, Torino.
- CÁMARA VILLAR, G. (2018), La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 101, 395-430.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2004), La relevancia del Tribunal Constitucional en la configuración del Estado autonómico español, en BETTINELLI, E.; RIGANO, F. (coord.), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 583-618.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1981), La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 4, 1981, 53-63.
- DELPÉRÉE F. (1989), Y-a-t-il un Etat belge?, en DUMONT, H.; FRANCK, CH.; OST, F.; DE BROWER, J. L. (coord.), *Belgitude et crise de l'Etat belge*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 49-53.
- (1993), *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruylant. Bruxelles.
- DUARTE MONTSERRAT, A. (2001), Historias de federales, historia republicana, *Historia y política: ideas, procesos y movimientos sociales*, n. 6, 7-30.
- FERRANDO BADÍA, J. (1976), El federalismo, *Revista de estudios políticos*, n. 206-207, 23-76.
- (1979-1980), Del Estado unitario al Estado autonómico: su proceso, *Revista del Departamento de Derecho Político*, n. 5, 7-19.
- GARMENDIA MADARIAGA, A. (2011), *La posible plasmación de la teoría del tercer miembro del Estado federal en el ordenamiento jurídico español*, Working Paper, n. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2007), Comparación constitucional y cultural de los modelos federales, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 8, 171-188.
- MANZANO SILVA, M. E. (2008), Consideraciones en torno al Consejo de Política Fiscal y Financiera, *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, n. 3.
- MASTROMARINO, A. (2008), *Esperienze di federalismo disaggregativo*, Italian University Press, Pavia.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2016), Pensar en federal, actuando en federal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, 533-544.

- MUÑOZ MACHADO, S. (1982/2007), *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2ª edición, Civitas, Madrid.
- NANDRIN, J. P. (1997), De l'Etat unitaire à l'Etat fédéral. Bref aperçu historique de l'évolution institutionnel de la Belgique, en Jaumain, S. (coord.), *La réforme de l'Etat... et après? L'impact des débats institutionnels en Belgique et au Canada*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 13-22.
- PALICI DI SUNI, E. (2018), Federalismi in Europa tra omogeneità e differenziazione, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 24/2018, 19 de diciembre de 2018.
- PASQUINO, G. (1996), *Lo Stato federale*, Il Saggiatore, Milano.
- PIERET, J. (2007), La Belgique fédérale est-elle un Etat souverain?, *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 1, 3-18.
- RAMALLO MASSANET, J.; ZORNOZA PÉREZ, J. (1997), El Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones Mixtas en la financiación de las Comunidades Autónomas, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2 (septiembre-diciembre), 60-74.
- SÁENZ ROYO, E. (2014), Estado autonómico y reforma federal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 102, 427-438.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1994), El Estado autonómico como Estado nacional, en VV. AA., *Pueblos, Naciones y Estado en la Historia: cuartas jornadas de Estudios Históricos, organizadas por el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 171-189.
- STEPAN, A. (2001), Toward a New Comparative Politics of Federalism, (Multi) Nationalism and Democracy: beyond Riker Federalism, en Stepan, A., *Arguing Comparative Politics*, Oxford University Press, Oxford, 315-361.
- TAJADURA TEJADA, J. (2018), La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 101, 549-572.

# LA INDETERMINACIÓN DEL MODELO AUTONÓMICO ANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

ELISA PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ  
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Identificación del problema: la falta de estabilidad y cierre del sistema de distribución competencial en el Estado Autonómico. 3. Reflexiones finales: la reforma de la Constitución hacia los modelos federales. 4. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 (CE) es la culminación y el símbolo más representativo de un éxito colectivo que ha permitido disfrutar de cuatro décadas de normalidad democrática. El constituyente afrontó los retos históricos irresueltos al iniciarse la Transición y acertó en la determinación de las grandes opciones que conforman sus contenidos fundamentales: Estado Social y Democrático de Derecho, democracia representativa o la monarquía parlamentaria, entre otros. Si bien, la más significativa de las modificaciones introducidas por la Carta Magna fue la profunda alteración de las bases tradicionales del Estado. Se modifica el modelo unitario y centralizado, originario de la Revolución Francesa, vigente durante el régimen anterior a la CE, y se da paso a un modelo distinto tanto del Estado centralizado como del Estado federal,

insertando una fórmula de descentralización *ex novo* cuyo diseño constitucional sin embargo nunca llegó a culminarse quedando indefinido<sup>1</sup>.

Las indecisiones del constituyente de 1978 tomaron forma en una Constitución que, si bien recoge un marco general, no zanja el cierre del modelo. Se gesta con ello un problema capital cuya solución se ha venido aplazando hasta nuestros días<sup>2</sup>. La CE anuncia el Estado de las Autonomías, pero sólo regula sus piezas fundamentales, recurriendo a dos contundentes reconocimientos: el art. 2 CE que fija la indisoluble unidad de la Nación española, respetando el derecho a la autonomía y de las regiones y nacionalidades que la integran y la solidaridad entre todas ellas, y el art. 1.2 CE que sitúa la soberanía nacional en el pueblo español del que emanan los poderes públicos. A partir de ahí, el Título VIII CE se centra en la organización territorial del Estado, estableciendo a quien le corresponde el ejercicio del derecho a la autonomía, cuáles son las vías de acceso para ello, que son y cómo se aprueban los EEAA y sobre que materias pueden asumir competencias las autonomías.

---

<sup>1</sup> Debe hacerse una referencia a lo impreciso de la configuración de nuestro modelo de Estado actual. No existen dudas sobre su ordenación como un Estado de Derecho, social y democrático, siendo su forma política la de Monarquía parlamentaria (*ex art. 1 CE*), sin embargo, no hay una certeza absoluta sobre si se trata de un modelo unitario o federal o de un tipo intermedio. La CE no recoge ninguna denominación sobre el modelo de Estado a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1931 que lo denominaba «Estado integral» (art. 1). Esta indeterminación del modelo dio pie a una profunda división doctrinal en torno a la naturaleza del nuevo Estado compuesto español. La doctrina se dividió en dos posturas principales. En primer lugar, un sector doctrinal, formado por autores como TOMÁS Y VALIENTE o PÉREZ ROYO, que entendió el nuevo modelo como un Estado regional al que no le resultan de aplicación los esquemas y conceptos acuñados para el Estado federal. En segundo lugar, otro sector doctrinal representado por autores como TRUJILLO, CRUZ VILLALÓN o MUÑOZ MACHADO entendía que la nueva estructura político-territorial española pertenecía indubitadamente a la familia de los federalismos, explicable, por lo tanto, por la Teoría constitucional de la Federación. *Cfr.* RUIPÉREZ ALAMILLO (1988, 228); TOMÁS Y VALIENTE (1985, 136); PÉREZ ROYO (1986, 8); PÉREZ ROYO (1999, 57); TRUJILLO (1979, 43); TRUJILLO (1981, 15); CRUZ VILLALÓN (1981, 61); MUÑOZ MACHADO (2007). Esta falta de consenso generó un mosaico de fórmulas utilizadas por la doctrina para referirse a la nueva forma de Estado. CASTELAO hace un breve resumen de las más significativas señalando las siguientes, ««Estado plural» (TIERNO GALVÁN), «Estado autonómico» (SÁNCHEZ AGESTA), «Estado regional» (PECES BARBA), «Estado de las Autonomías» (CLAVERO ARÉVALO), «Estado federal unitario» (ARIÑO), «Estado unitario regional» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), «Estado semifederal, semirregional o semicentralizado» (MUÑOZ MACHADO), «Estado federado-regional» (TRUJILLO), «Estado autonómico con matices federalistas» (ENTRENA CUESTA), «Estado unitario con espíritu federalista» (SIMÓN TOBALINA), «Estado integral» (HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN)». *Vid.*, CASTELAO (2003). En resumen, nos encontramos ante un modelo de Estado constitucionalmente innominado al que el TC se refiere como «Estado de las Autonomías», sin pretender con ello atribuirle una calificación jurídica precisa.

<sup>2</sup> Las consecuencias derivadas de la indeterminación del modelo territorial ya fueron advertidas por DE VEGA quien expuso son claridad que «el problema regional se está formulando de tal manera que, en lugar de dejarlo definitivamente zanjado en la Constitución, muy bien puede suceder que con la Constitución se cumpla simplemente la etapa de un proceso, pero no su culminación definitiva. Lo que en ningún caso puede un Texto constitucional es dejar en la ambigüedad y en la inconcreción la forma de distribución territorial del poder, la propia estructuración regionalista y los sistemas de competencias de las instituciones autonómicas y centralistas». DE VEGA (1979, 370-371).

El correcto planteamiento del problema territorial en España exige enfrentarse a la ruptura de la lógica del Estado Constitucional. Si la estructura del Estado descansa en la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, esta estructura quiebra en nuestro ordenamiento. Como señala Tajadura Tejada, «la equiparación del momento estatuyente al momento constituyente ha provocado, como lógica e inevitable consecuencia, la integración de la normativa estatutaria en la normativa constitucional, dando lugar a conceptos como el de «bloque de la constitucionalidad». Y debemos advertir que en la interpretación de este bloque existe un riesgo inherente, el de colocar la CE en la periferia del mismo y los Estatutos en el centro», (2017, 275-276).

El panorama actual pone en evidencia la necesidad de dar la palabra de nuevo al constituyente activando las cláusulas de reforma de la Norma suprema en un intento de superar las dificultades a las que no pudo hacer frente el constituyente de 1978. De acuerdo con esto, el acotado objeto de este trabajo se limita a identificar y analizar un problema concreto: la apertura del modelo autonómico, y, a partir de ahí, incorporar una valoración de si, a través una reforma constitucional orientada al federalismo, puede facilitarse una solución de consenso que permitan una convivencia pacífica, igualitaria y justa. Todo ello, claro está, desde la perspectiva de un jurista que por definición debe quedar acotada por los límites y posibilidades del derecho vigente no pretendiendo por ello trascender a cuestiones de índole política.

## 2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA: LA FALTA DE ESTABILIDAD Y CIERRE DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

El pecado original de nuestro modelo de Estado reside en su indeterminación, en la falta de cierre. Es necesario superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente. Esa apertura, consecuencia del llamado principio dispositivo, dejó en manos de los sujetos territorialmente legitimados, no solo la determinación del número de CCAA que podían configurarse, sino también la de sus competencias, ofreciendo a las Autonomías la posibilidad de acometer la reforma de su norma institucional básica. El principio dispositivo actúa, por tanto, en dos niveles distintos:

a) En el estadio inicial y transitorio, el principio dispositivo se manifestó en aquellos preceptos (arts. 143, 144, 148 y 151, y Disposiciones transitorias primera a séptima de la CE) que concedieron a las provincias (o, excepcional-

mente, a los territorios que hubieran plebiscitado afirmativamente proyectos de EA), la potestad de impulsar la creación y organización de CCAA. El resultado es el que hoy se conoce: diecisiete CCAA y dos Ciudades Autónomas. De este modo, culminada la división territorial, el principio dispositivo ya no hace posible la creación de nuevos entes dotados de autonomía, lo que permitiría afirmar que la incidencia actual del principio dispositivo en este nivel resulta jurídicamente poco relevante<sup>3</sup>.

b) En segundo lugar, el principio dispositivo determina que sean los EEAA y no la CE, los que establecen el ámbito competencial de las CCAA. Las Autonomías detentan así la facultad de rediseñar, de manera indefinida, el ámbito de su autonomía a través de la reforma de sus EEAA; y por ello, también, delimitan el conjunto de competencias que, además de las que la CE le reserva en exclusiva, quedan en manos del Estado en relación con cada Comunidad. Por lo tanto, es en la reforma de los Estatutos donde se encuentra la principal manifestación del principio dispositivo y donde se localiza la apertura del sistema. Esta reforma, dada su importancia, debe ser examinada en una doble perspectiva procedimental y material, es decir, el procedimiento de reforma de los Estatutos y los límites sustantivos de la ampliación competencial.

Los preceptos constitucionales que arbitran el procedimiento de apertura del sistema son los arts. 147.3 y 152.2 CE. Dejando al margen las cuestiones derivadas de las diferentes formas de acceso a la autonomía y el diferente sistema de aprobación de los Estatutos, las normas constitucionales sobre la reforma de los Estatutos se reducen a la exigencia de aprobación de la reforma por las Cortes Generales (mediante LO) y a la remisión a los procedimientos específicamente previstos en cada uno de los diecisiete EEAA. Este proceso de reforma marca una de las principales diferencias del Estado Autonomático respecto de los Estados Federales, en los que no se condiciona la reforma de la Constitución de cada unidad federal a la aprobación del Parlamento nacional. Ahora bien, otra de las grandes diferencias es la general ausencia de nacionalismos en estos modelos, lo que puesto en relación con lo anterior, obliga a

---

<sup>3</sup> En este sentido se pronunció el Consejo de Estado al afirmar que, «el principio dispositivo desaparecerá de la CE con la derogación de los arts. que lo consagraron. Ahora bien, esa derogación no entraña, en puridad, consecuencia jurídica apreciable. Los preceptos que se vayan a derogar eran ya inaplicables desde que concluyó el proceso de organización política del territorio nacional en CCAA. Desde entonces se habían agotado las posibilidades «creadoras» del principio dispositivo. *Vid.*, Informe del Consejo de Estado, (2006, 137).

plantear que hubiera pasado si las iniciativas del País Vasco y Cataluña no hubieran tenido que pasar por la aprobación de las Cortes Generales<sup>4</sup>.

A nivel sustantivo, los límites de la apertura a través de las reformas estatutarias vienen fijados, en principio, por las competencias exclusivas del Esta-

---

<sup>4</sup> Los movimientos nacionalistas del País Vasco y de Cataluña han puesto en entredicho las bases fundamentales del modelo autonómico, identificándose un problema de fondo que trasciende el terreno de las técnicas jurídicas. Los nacionalismos han pretendido recuperar la asimetría inicial de la CE a favor de las llamadas comunidades históricas, perdida por el efecto Andalucía y la homogenización derivada de los Pactos de autonomía. Este fenómeno marca la historia del sistema autonómico español durante la primera década del siglo XXI. El proyecto de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, coloquialmente conocido como «Plan Ibarretxe», fue aprobado por el Parlamento Vasco en diciembre de 2004, —tras una primera manifestación parlamentaria en 2002 donde fue presentado por el Presidente del Gobierno Vasco bajo la denominación «Un nuevo pacto político para la convivencia»—, y, elevado a las Cortes Generales donde fue rechazada su toma en consideración el 1 de febrero de 2005, por 29 votos a favor, 313 en contra y 2 en blanco. *Vid.* Proyecto de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (BOCG, Congreso de los diputados, serie B, núm. 149-2, de 24 de enero de 2005). La estructura del Plan se articulaba en torno a tres ideas capitales: el reconocimiento del Pueblo Vasco como un pueblo con identidad propia dentro de los pueblos de Europa; el debido ejercicio al derecho a la autodeterminación del pueblo vasco; y la materialización de este derecho a través de una consulta donde fuera respetada la voluntad, no solo de los ciudadanos del País Vasco, sino también de los de la Comunidad Foral de Navarra y de los territorios vascos de Iparralde —Lapurdi, Behe, Nafarroa y Zuberoa—. Como se recoge expresamente en su preámbulo, el Estatuto Político ofrecía «un pacto político materializado en un nuevo modelo de relación con el Estado español, basado en la libre asociación y compatible con las posibilidades de desarrollo en un Estado compuesto, plurinacional y asimétrico». Como señala LÓPEZ BASAGUREN, «el «Plan Ibarretxe» resucita el viejo «principio de las nacionalidades», que se eliminó del nuevo orden internacional y europeo por ser contrario al «principio de integridad» de los Estados y al «principio de estabilidad», (2008, 41). Dejando de lado la ingente actividad política y judicial que derivó de la tramitación del «Plan Ibarretxe», y que excede el objeto de este trabajo, si debe apuntarse que el TC, en su sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, reputó inconstitucional la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la CA del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, (BOPV núm. 134, de 15 de julio de 2008). El TC esgrimió entonces los mismos razonamientos que han hecho de las reivindicaciones catalanas un imposible constitucional. El proceso independentista catalán tiene una marcada incidencia sobre el modelo de Estado. Su correcto estudio exigiría atender a sus pretensiones y exigencias al menos desde de la II República, si bien, centrándonos en el momento actual, el hoy conocido como Procés partiría de los reclamos recogidos en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña publicado en el BOCG el 21 de octubre de 2005. Las incidencias sobre el modelo de Estado resultan claras: el reconocimiento de Cataluña como nación que se hace desde su preámbulo o la operación de blindaje competencial orientada a defenderse de posibles extralimitaciones estatales, o la pretendida la asunción directa *ex art.* 150.2 CE de diez nuevas competencias, son algunos ejemplos. Pese a la polémica suscitada el resultado último fue la aprobación de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006). Norma frente a la que se interpusieron una pluralidad de recursos de inconstitucionalidad dando pie a una abundante y compleja jurisprudencia del TC. En este sentido, ocupa un lugar destacado la STC 31/2010, de 28 de junio, que estimaría la inconstitucionalidad parcial del EAC y sentaría las bases de posteriores pronunciamientos. (La STC 31/2010, de 28 de junio, ha sido abundantemente analizada por la doctrina, remitiéndonos en su análisis a la completa obra de BARCELÓ I SERRAMALERA, BERNADÍ GIL, VINTRÓ CASTELLS (2010). La delgada línea que en ocasiones separa el derecho de la política tiene un especial reflejo en este caso. La decisión del TC generó un profundo descontento entre los partidos que habían impulsado la reforma del EAC, sucediéndose las manifestaciones donde la proclama independentista toma especial protagonismo. A partir de 2010, el «derecho a decidir» se convierte en el baluarte de determinados programas electorales. Estamos ante el germen del actual proceso secesionista que tras la celebración del Referéndum para la autodeterminación de Cataluña y la efectiva declaración de independencia dio lugar a la activación por el Gobierno central del mecanismo previsto en el art. 155 CE.

do *ex art.* 149 CE. Sin embargo, la capacidad del principio dispositivo de flexibilizar el sistema de distribución territorial del poder, adaptándose de forma diferenciada a las necesidades de cada CA, tropezó desde el primer momento con un obstáculo condicionante que, de hecho, lo ha modificado: el art. 150.2 CE. Como señala el Consejo de Estado «cualquier otra ampliación de competencias que una Comunidad pueda conseguir para sí, mediante la reforma de su Estatuto, se convierte de inmediato en objetivo obligado para todas las que aún no han llegado a ese nivel», (2006, 141). El art. 150.2 CE permite ir más allá de los límites materiales del art. 149 CE, al contemplar la posibilidad de que el Estado pueda transferir o delegar en las CCAA, mediante LO, facultades correspondientes a materias de su titularidad. De este modo, el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA no se entendería cerrado aun cuando los Estatutos alcancen el techo competencial previsto en el art. 149 CE, puesto que el mismo puede resultar alterado por una atribución extra-estatutaria de competencias a favor de las CCAA.

Por tanto, estaríamos ante un instrumento excepcional que permite modificar el texto constitucional al margen del procedimiento previsto en la propia CE<sup>5</sup>. Y sobre el que cabe apuntar que, si bien en su concepción original respondía a la necesidad de flexibilizar el reparto competencial ante posibles nuevas circunstancias, ha terminado por convertirse en una herramienta para facilitar atajos políticos donde las competencias, que a todos nos afectan, juegan el papel de moneda de cambio. Como reconoce expresamente el Consejo de Estado, «los riesgos de crisis que la apertura del sistema genera se hacen, además, más graves, por razones obvias, cuanto más se acerca el ámbito competencial de las Comunidades al máximo admitido por la CE. En esta situación, cerca de la que nos encontramos ya, cualquier propuesta de reforma que pretenda ampliar las competencias de la Comunidad respectiva puede dar lugar a acusaciones de que con ella se pretenden rozar o violentar, de manera deliberada o no, los límites constitucionales. Con ello, una cuestión estrictamente jurídica se lleva al debate político, con daño tanto para el Derecho como para la política», (2006, 143).

No han faltado voces políticas y académicas, que de forma contundente señalan que, para una constitucionalización, real y efectiva, del orden compe-

---

<sup>5</sup> Como ya señalara Alfonso Guerra, la inclusión del art. 150.2 CE, «significa que el proceso constituyente queda abierto permanentemente, que el Gobierno puede modificar el reparto competencial entre la Administración del Estado y las CCAA sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos en los arts. que contemplan la reforma de la CE». GUERRA GONZÁLEZ (2004, 232-233).

tencial, el art. 150.2 CE debe desaparecer<sup>6</sup>. La estabilidad del sistema exige que cualquier alteración del orden de distribución constitucional de competencias deba de ajustarse al proceso de reforma constitucional. Por ello, no solo es necesario llevar a la CE todo el sistema de delimitación de competencias, abandonando su definición a través de los EEAA, sino también, eliminar los instrumentos que permiten su alteración sin garantías. El abandono del principio dispositivo, poniendo término a la apertura del sistema, es a todas luces una tarea compleja, sin embargo, como señala Tajadura Tejada, un proceso constituyente activo pone en riesgo la unidad política, jurídica y económica, y «la única forma de conjurar estos peligros es proceder al cierre del modelo, esto es a la clausura del proceso constituyente, mediante una reforma (federal) del Texto Constitucional», (2017, 290).

Pese a ello, las opciones planteadas desde los grupos políticos parecen desatender esta cuestión. En la propuesta de reforma de 2014, el PSOE proponía la clarificación competencial a través de un solo listado en el que se recogieran las competencias exclusivas del Estado, entendiendo así que las no referidas corresponden a las CCAA. Sin embargo, no se eliminaba el art. 150.2 CE, que permite la delegación de facultades de competencia estatal, luego el problema no queda solucionado. Por su parte, Izquierda Unida, solicitaba en cuanto al modelo de Estado, una República federal con la igualdad entre territorios garantizada por la Constitución y la celebración de un referéndum sobre la Jefatura del Estado previo a la reforma constitucional, pero omitía toda referencia alguna al art. 150.2 CE. El ahora desaparecido UPyD apostaba por un modelo federal, basado en un Estado fuerte con competencias exclusivas, descentralizado en Comunidades Autónomas con la misma capacidad legislativa e iguales competencias y el mismo sistema de financiación basado en la responsabilidad fiscal y prescindía de las diputaciones provinciales<sup>7</sup>. Por último, PODEMOS apostaba por un modelo federal, que lleva

---

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncia tajante el que fuera Presidente de la Comisión Constitucional desde el 5 de mayo de 2008 hasta el 27 de septiembre de 2011, Alfonso Guerra afirma que «me preocupó desde el primer instante este apartado, al que me opuse cuando lo acordaron en una reunión en Moncloa con el PNV. Una Constitución no puede permitir que el proceso constituyente esté permanentemente abierto y, con ese párrafo segundo del art. 150 CE, el proceso constituyente no se ha cerrado. No hay ninguna constitución en el mundo que deje abierto el proceso constituyente; soy firme partidario de derogarlo, pero ¿hay consenso? Los nacionalistas van a decir que no». Vid., GUERRA (2004, 232). Opiniones que ha reiterado en la prensa, por todas, la entrevista publicada por *El País* el pasado 6 de diciembre de 2008. En el mismo sentido, BARREIRO CARBALLAL (2014, 325).

<sup>7</sup> Asimismo preveía *competencias indelegables del Estado*: representación internacional y europea, defensa, aduanas y comercio exterior, fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, infraestructuras de interés general, telecomunicaciones, impuestos y agencia tributaria, seguridad social, entes reguladores y supervisores, recursos naturales, parques naturales y costas; *competencias delegadas*: gestión delegada pero con competencia legislativa exclusiva del Estado: educación obligatoria y superior, sanidad, justicia, me-

implícito el principio de la unidad pero también el principio de la libre determinación de las partes, entendido como el derecho de esas partes a «discutir su autodeterminación» (por ejemplo, a convocar un referéndum de independencia), no necesariamente a ejercerla. Eliminación de la capacidad de la Administración central para suspender automáticamente decisiones de las autonomías recurriéndolas ante el Constitucional. Frente a esta situación los únicos partidos políticos que parecen acoger la tesis expuesta son Ciudadanos quienes ha puesto de manifiesto que uno de los ejes principales de su propuesta versará sobre el Título VIII con un objetivo claro: cerrar el modelo autonómico y fijar en la Constitución un techo de competencias autonómicas, para evitar «tensiones perjudiciales para la vida del Estado». El actual texto constitucional deja abiertas las competencias que pueden asumir las autonomías. Desde el partido quieren que quede ya fijado en el texto «para evitar extraños trasvases». Y que el reparto se haga por criterios de eficiencia. Una propuesta muy similar a la que ahora plantea el Partido Popular<sup>8</sup>.

A las puertas de unas nuevas elecciones el próximo mes de abril de 2019 sería conveniente que las fuerzas políticas autodefinidas como constitucionalistas valorasen la oportunidad de reactivar la propuesta de reforma constitucional, esta vez con soluciones reales.

### 3. REFLEXIONES FINALES: LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN HACIA LOS MODELOS FEDERALES

La CE, como Ley superior, tiene vocación de continuidad y permanencia sin pretender por ello la condición de *lex perpetua*. Nuestra Carta Magna no aspira a permanecer intangible y habilita al efecto cauces para emprender su reforma, incluso de forma total (*ex arts. 168 y 167 CE*). Esta posibilidad de reconsideración y modificación constitucional, responde al derecho de las generaciones posteriores a la constituyente a revisar sus formulaciones en el marco de los valores, principios y opciones fundamentales que motivaron su aprobación. No hablamos por tato de un nuevo proceso constituyente sino de un

---

dio ambiente, patrimonio del Estado, protección civil, gestión del territorio y aguas territoriales, políticas activas de empleo, circulación por carretera, puertos y aeropuertos de menor importancia; *competencias de las comunidades con capacidad legislativa*: impuestos y tasas autonómicas, infraestructuras autonómicas, trenes de cercanías, industria, comercio interior, agricultura y pesca, turismo, cultura, policía autonómica, función pública autonómica, y gestión de las competencias delegadas por el estado sin capacidad legislativa en educación, sanidad, justicia, medio ambiente.

<sup>8</sup> MEDIALDEA, SANZ, Y ALMIRÓN (2015). GUTIÉRREZ CALVO Y ROMERO (2014).

proceso de reforma constitucional que, después de casi cuarenta años y al margen de otras cuestiones, solucione la actual crisis del modelo territorial.

La CE hizo frente a la difícil tarea de transitar de un Estado centralizado a uno descentralizado política y territorialmente. Si bien, las dudas sobre cuantas CCAA se crearían, cuáles serían sus competencias o como se organizarían institucionalmente, llevó al constituyente a dejar abierto el sistema, remitiéndose para la concreción de los elementos esenciales del modelo territorial a los EEAA. De aquellos lodos vienen estos barrotes. La apertura del sistema se torna hoy en defectos estructurales graves que se materializan en la actual crisis territorial. Las principales propuestas de reforma, políticas y académicas, se orientan al modelo federal, por lo que las consideraciones que desde aquí puedan hacerse se basan en la comparación de la situación actual con las técnicas clásicas de los modelos federales de nuestro entorno. En este sentido, se parte de una consideración previa, se ha defendido que España es materialmente un Estado federal y que, por ende, legitimar esta fórmula solucionaría el problema. Sin embargo, lo decisivo no queda tanto en adaptar la configuración de España a un Estado federal como en abordar la reforma del Estado Autonómico y trasladar a este las técnicas y soluciones arbitradas en los sistemas federales contemporáneos. Desde esta perspectiva se plantean tres cuestiones que, si bien no agotan el problema, se entienden fundamentales: la plena constitucionalización del reparto de competencias, el papel de los EEAA y su procedimiento de reforma y el federalismo ante los nacionalismos.

La característica más destacada de nuestro modelo de Estado, permanecer abierto a impulsos del principio dispositivo, aleja frontalmente nuestro sistema del previsto en los modelos federales<sup>9</sup>. Las Constituciones de los federalismos del siglo XXI se caracterizan por la precisión con la que establecen el reparto de poder, esto es, la distribución constitucional de competencias. No se habla de precisión en cuanto a la técnica de distribución, igual de compleja en otros sistemas que en el nuestro, sino de garantías constitucionales<sup>10</sup>. Como señala Sáenz Royo, «en los Estados Federales cada instancia de poder tiene atribuido un núcleo de competencias intangibles garantizadas», (2014, 21). Es decir, el reparto de poder entre la Federación y las unidades federadas queda fijado en el Texto Constitucional lo que obliga, en caso de pretender modificar-

---

<sup>9</sup> Sobre las diferentes formas de distribución competencial en los Estados federales *vid.*, BLANCO VALDÉS (2012, 199-219).

<sup>10</sup> Países federales como Argentina o Italia presentan similares problemas en cuanto a las técnicas de distribución competencial, (en especial, competencias compartidas), que el Estado Autonómico. Sobre la complejidad competencial en Italia, *vid.*, PARISI (2016, 1-22). Sobre los conflictos derivados de las técnicas de distribución en Argentina, *vid.*, PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ (2016).

lo, a emprender una reforma de la Constitución. Resulta evidente el mayor nivel de garantías que esto supone<sup>11</sup>. Por lo tanto, y como se ha defendido por autores como Ruipérez o Roura, la federalización de Estado Autonomico pasaría porque la CE recogiera el concreto reparto constitucional de competencias<sup>12</sup>. Esto es, que siguiendo la línea natural de los Estado federales, nuestra Carta Magna contemple el reparto competencial sobre la técnica federal clásica que fija en la Constitución las competencias que corresponden al Estado (Federación) y deja las restantes a las CCAA (unidades federales), sin perjuicio de conservar cláusulas generales como la de prevalencia que reduzcan la conflictividad actual<sup>13</sup>. Una efectiva división competencial que, garantizada en el Texto constitucional, tenga avalada su estabilidad y, por ende, la seguridad jurídica.

Contra la creencia de algunos, la adopción del modelo federal no conllevaría necesariamente un aumento del poder de las entidades federales. Quizá, a fin de garantizar la unidad política de la Federación, deberán ser atribuidas a favor de ésta muchas de las competencias que hoy ejercen las CCAA, mientras que algunas de las detentadas por el Estado pasarán a las entidades federativas. Como señala Tajadura Tejada, «la solución no consiste ni en la recentralización que algunos defienden, ni en el vaciamiento de las competencias del poder central al que conduce inexorablemente la dinámica actual, sino en una racionalización con criterios de eficacia para lograr una mejor prestación de los servicios y un mejor funcionamiento del Estado», (2017, 282). No debe olvidarse que el federalismo es dinámico y las tendencias centralizadoras y descentralizadoras no son sino respuestas a los signos de carácter socio económicos a los que, con independencia del modelo adoptado, todos los Estados deben adaptarse según sus variaciones.

Ahora bien, un reparto de poder que, en base a previsiones constitucionales, sea estable no pretende con ello ser inmóvil. Se plantean así dos cuestiones, de un lado, el concreto papel que deben ocupar los EEAA como norma institucional básica de las CCAA, y de otro, la modificación de su proceso de reforma vista su incidencia en el sistema de distribución constitucional de competencias. La potestad de las CCAA de delimitar su ámbito competencial a través de la reforma de sus Estatutos, excede con mucho los reconocimientos que las Constituciones federales hacen a los Estados miembros. Las CCAA inciden, a través de los EEAA, en relaciones que para las unidades federales

---

<sup>11</sup> En este sentido, *vid.*, TAJADURA TEJADA Y DE MIGUEL (2014).

<sup>12</sup> Entre otras obras, RUIPÉREZ ALAMILLO (1994, 334); ROURA GÓMEZ (2003, 185-186).

<sup>13</sup> En este sentido se han pronunciado importantes catedráticos de Derecho administrativo y Derecho constitucional, *vid.* MUÑOZ MACHADO (2017).

están disciplinadas solo por la Constitución federal y cuya modificación, si bien es posible, exige un proceso de reforma constitucional mucho más garantista. Por lo tanto, el Estado Autonomico debe buscar una solución eficaz al problema de la permanente revisión del sistema a través de las reformas estatutarias, de las leyes de transferencia y delegación o de la intervención del TC a través de su jurisprudencia. Para ello, no solo habría que eliminar el art. 150.2 CE, sino que despojar a los EEAA del protagonismo que ocupa en el sistema de distribución de competencias.

Junto con esto, debería tratarse el lugar que ocupan los EEAA en el sistema de fuentes. Como reconoce el art. 147 CE, los EEAA son la norma institucional básica de cada CA, cuyos límites se encuentran en el sometimiento a la CE y en las reservas competenciales recogidas en la CE a favor de otras LLOO con las que comparte naturaleza jurídica<sup>14</sup>. Ahora bien, los EEAA, como norma institucional básica, no deberían ser una LO más, siendo lo correcto reconocerles la condición de Constitución de cada una de las autonomías. Se equipararían así a las Constituciones de los territorios federales. De este modo, sometidos a la CE y fuera de una incidencia directa en el sistema de distribución, los EEAA habrían de ocuparse de «las cuestiones internas y exclusivas de cada una de las CCAA, esto incluiría la organización territorial e institucional, así como la parte dogmática con los derechos reconocidos en el ejercicio de sus competencias y los rasgos que identifican a la Comunidad», (Muñoz Machado, 2017, 15). Lo anterior, conllevaría esbozar una modificación en el sistema de reforma estatutaria. Como se ha apuntado *supra*, los EEAA deben ser aprobados no solo por las respectivas Asambleas Regionales sino también por las Cortes Generales. Esto plantea una gran diferencia con los modelos federales en los que las Constituciones de cada territorio se aprueban sin intervención ulterior del Parlamento nacional<sup>15</sup>. Por lo tanto, debería establecerse un sistema similar al descrito, en el que las CCAA pudieran acordar por sí mismas la reforma de su texto constitucional, limitando los mecanismos de oposición del Estado a la impugnación de la validez de la reforma por infracción de los límites establecidos en la Constitución (federal).

Sin embargo, el mayor de los retos podría situarse en la comprensión del fenómeno histórico que representa el federalismo clásico. Este se orienta, por definición, a crear Estados nacionales desde la multi-territorialidad facilitando al mismo tiempo conservar la diversidad de origen. El federalismo no fomenta

---

<sup>14</sup> Como ha recordado el TC, los EEAA deben guardar un respeto hacia aquellos ámbitos materiales que han sido reservados a otras LLOO como las Leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, STC 31/2010, de 28 de junio.

<sup>15</sup> En este sentido, *cf.*, Informe del Consejo de Estado, (2006, 140).

la aparición de nacionalismos disgregadores sino el fenómeno contrario, esto es, la integración y la cohesión de los territorios en un Estado-Nación. Esta es la razón, como explica Blanco Valdés, «de que la tendencia general que ha dominado la evolución del federalismo (Estados Unidos, Alemania, Austria, Suiza, Australia, entre otros) haya venido marcada por el fortalecimiento de las instituciones estatales» (2017, 373). Una dinámica centrípeta opuesta a la centrífuga que ha caracterizado la experiencia española en la que, de los dos aspectos que definen el principio federal, –el gobierno compartido y el autogobierno–, los representantes políticos de las autonomías se han centrado exclusivamente en este último<sup>16</sup>.

Por lo tanto, la existencia de los nacionalismos aleja nuestro modelo de Estado de la inercia federal. El Estado Autonómico pretendió dar solución al problema de los nacionalismos a través de la descentralización, comprobándose con el paso del tiempo que no fue una solución eficaz. La necesidad de encontrar un acuerdo entre fuerzas diversas imposibilitó cerrar entonces el modelo territorial, trasladando el problema hasta nuestros días. Ha sido aquí donde los nacionalismos han encontrado el hueco a su permanente desacuerdo con el Estado Autonómico. Lo que nació para contentar se ha convertido, como hemos visto, en el gran hándicap de nuestro modelo territorial sin que con ello se haya encontrado una solución de consenso al principal problema. Es en este punto, ajeno al Derecho, donde la reforma constitucional hacia la federalización de España no garantiza una solución al problema político de fondo. Sin embargo, la falta de acuerdo político no puede frenar de nuevo la fijación de un modelo de organización territorial definido. Es necesario dar la palabra al constituyente, activando las cláusulas de reforma constitucional, para que sea el pueblo soberano el que decida el futuro de la CE dentro de términos políticos y jurídicos responsables y adecuados para una convivencia pacífica, igualitaria y justa.

Ahora bien, como se señala al inicio de este trabajo, la perspectiva de un jurista queda limitada aquí a analizar las posibilidades y límites que desde el derecho vigente nos vienen dadas, está en manos de quienes nos representan superar las pugnas ideológicas y los intereses políticos y hacer un ejercicio responsable del poder que se le ha dado a fin de garantizar que podamos recuperar el sentimiento de fraternidad que hoy se desquebraja.

---

<sup>16</sup> En ese sentido, VENTURA señala que, «los representantes políticos de las nuevas instituciones descentralizadas no han ejercido una especial presión para obtener un papel efectivo en la política nacional porque han estado mucho más preocupados en realidad en acrecentar constantemente sus ámbitos competenciales». VENTURA (2008, 21-22).

## 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARREIRO CARBALLAL, C. (2014), *Luchas de ayer, disputas de hoy y desafíos de mañana*, Cultiva Libros, Colección de autor núm. 104, Sevilla.
- BLANCO VALDÉS, R. (2017), ¿Puede el federalismo resolver el desafío de los nacionalismos?, en CANO BUENO, J.; ESCUREDO RODRÍGUEZ, R. (Coords.), *Estudios en Homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la constitución en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLANCO VALDÉS, R. (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1981), La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4.
- DE VEGA, P. (1979), Poder Constituyente y Regionalismos, en TRUJILLO, G., (Dir.), *Federalismo y Regionalismo*, CEC, Madrid.
- GUERRA GONZÁLEZ, A. (2004), *Cuando el tiempo nos alcanza. Memorias (1940-1982)*, Espasa Calpe, Madrid.
- GUTIÉRREZ CALVO, V. y ROMERO, J. M. (2014), Propuesta para la reforma constitucional partido a partido, en *El País*, España. Recuperado de: [https://elpais.com/politica/2014/12/05/actualidad/1417806549\\_557665.html](https://elpais.com/politica/2014/12/05/actualidad/1417806549_557665.html).
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2008), Sobre los fundamentos del Plan Ibarretxe: El derecho de autodeterminación y el ejemplo de Québec, en Fundación para la Libertad (ed.), *Breve guía para orientarse en el País Vasco, Fundación para la Libertad*, Bilbao.
- MEDIALDEA, S., SANZ, G., y ALMIRÓN, V. R. (2015), Así quieren reformar la Constitución PP, PSOE, Podemos y Ciudadanos, en *ABC*, España. Recuperado de: <https://www.abc.es/espana/20150807/abci-reforma-constitucion-propuestas-partidos-201508061936.html>.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2007), *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, 2.<sup>a</sup> ed., Iustel, Madrid.
- (2017) (coord.), *Ideas para una reforma de la Constitución*, presentado el pasado 20 noviembre en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid.
- PARISI, S. (2016), La reforma constitucional en Italia: ¿cómo cambia la forma del Estado?, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm.16.
- PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E. (2016), *La incorporación de la variable ambiental al Derecho de aguas argentino*, Atelier, Barcelona.
- PÉREZ ROYO, J. (1999), Desarrollo y evolución del Estado autonómico: el proceso estatuyente y el consenso constitucional, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid.
- (1986), Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49.

- ROURA GÓMEZ, S. (2003), *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución Española de 1978, el Tribunal Constitucional y las comunidades autónomas*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (1988), La división de competencias en el llamado «Estado de las Autonomías», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59.
- (1994), *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid.
- SÁENZ ROYO, E. (2014), *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid.
- TAJADURA TEJADA, J. (2017), El Estado Autonómico: el necesario cierre del modelo, en CANO BUENO, J./ ESCUREDO RODRÍGUEZ, R., (Coords.), *Estudios en Homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- De Miguel, J. (Dirs.) (2014), *Los federalismos del siglo XXI*, CEPC, Madrid.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1985), Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, CEC-Tribunal Constitucional, Madrid.
- TRUJILLO G. (1979), Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado «federal-regional», en Trujillo, G., (coord.), *Federalismo y regionalismo*, CEC, Madrid.
- (1981), El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual, en *REDC*, núm. 2.
- VENTURA, S. (2008), Federalismo per associazione e federalismo per devoluciones, en Ventura, S., (ed.), *Da Stato unitario a Stato federale. Territorializzazione della política, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Il Mulino, Bolonia.

# EL DEBATE SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ\*  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La reforma constitucional con perspectiva de género. 2.1 El diagnóstico. 2.2 Los pronósticos. 3. Reflexiones sobre la reforma constitucional con perspectiva de género. 3.1 La influencia del constitucionalismo líquido. 3.2 La Constitución como solución (limitada). 3.3 Reformar no es revolucionar. 3.4 El feminismo es plural. 3.5 Los datos (no) lo son todo. 3.6 La importancia de las emociones. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente contribución reflexiona sobre la reforma constitucional con perspectiva de género en España. Para ello se expondrá en primer lugar qué se entiende por tal cosa, cuáles son los motivos que se aducen para realizar la misma, así como una síntesis de las principales reformas concretas que, en ese sentido, están hoy día encima de la mesa. En segundo término, se esbozan algunas reflexiones críticas

---

\* Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Constitucional. E-mail: ialvarez1@ucm.es. El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (2016-2020). IP: Francisco Javier MATIA PORTILLA. Además, la versión final mejoró gracias a las sugerencias de Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ. Solo el autor es responsable de los errores que se encuentren.

sobre tales aspectos, que pretenden sumarse al debate desde un punto de vista constructivo. En tercer lugar, se aportarán las conclusiones finales.

## 2. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En España la realidad de la reforma de la Constitución ha sido más teórica que práctica. Es sabido que nuestra norma fundamental ha sido reformada dos veces, ambas sin perspectiva de género. Una en 1992, para recoger el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios, y otra en 2011, para introducir el principio de estabilidad presupuestaria (Pérez, 2018, García, 2017a). Es también sabido que la principal propuesta de reforma que se ha debatido en los últimos tiempos fue la del PSOE en el año 2004. Tampoco esta se condujo con perspectiva de género, más allá de que se quiera considerar como tal el cambio del orden sucesorio a la Corona. Sobre el particular, el Consejo de Estado emitió un Informe de referencia, al que se acompañaron diversos estudios doctrinales que eran unánimes en su juicio positivo respecto a ese cambio sucesorio (Rubio, Álvarez, 2006; VVAA, 2005).

¿Qué se entiende por reforma de la Constitución con perspectiva de género? El cambio en la letra del texto constitucional teniendo en consideración, en todas las fases del proceso, la participación de las mujeres, la protección de sus intereses, así como el impacto concreto que dicho cambio pueda tener en los respectivos ámbitos vitales. Incorporar la perspectiva de género sería la traducción del *mainstreaming* de género, teniendo en cuenta en todo momento que existen relaciones de género y, por lo tanto, de desigualdad entre mujeres y hombres, así como estereotipos que adscriben comportamientos, características o expectativas diferenciadas a cada uno de los sexos (Alonso, 2015, 32).

No es ningún secreto que en España la cuestión de la igualdad de género viene siendo objeto de intensos debates (Hernández, 2018). Al calor de estos -como por ejemplo el que tuvo lugar en relación con la democracia paritaria, y las cuotas electorales, en nuestro país llamadas principio de composición equilibrada (Carmona, 2018; Aldeguer, 2016; Aranda, 2013; Torres, 2009)- hubo voces que se pronunciaron sobre una eventual reforma constitucional para dar cobertura a este tipo de medidas, a imagen y semejanza de lo que ocurrió en países como Alemania (en este caso, para introducir las acciones positivas a nivel general), Italia, Francia, Bélgica o Portugal (Salazar, 2017, 65). Es bien sabido que esta no se llevó a cabo y que finalmente fue la STC 12/2008 la que dictaminó su constitucionalidad, no sin cierta polémica. Polémica que no era

desconocida, tal y como ejemplificaron asuntos anteriores tales como la regulación legal contra la violencia de género y su también posterior convalidación por el Tribunal Constitucional (Álvarez, 2012, 2011).

Nuestro feminismo jurídico ha dado un paso más allá, apostando por la reforma constitucional con perspectiva de género ahora desde una estrategia holística. Y esta reforma constitucional con perspectiva de género tendría unas causas concretas (el diagnóstico), un calado profundo (los pronósticos), y un objetivo específico: dar voz constitucional a las mujeres y, así, mejorar el encaje constitucional de las políticas públicas igualitarias por venir (Beard, 2018; Pérez, 2018, 99).

## 2.1 El diagnóstico

Este sector doctrinal, partiendo de un reconocimiento más o menos explícito por los servicios prestados por la Constitución vigente en materia igualitaria (Valcárcel, 2018), llega a la conclusión de que esta ya ha dado de sí todo lo que podía. Para quienes defienden esta visión, la Constitución está «contaminada» al menos por tres motivos. El primero, un pecado original de sobra conocido: dado que la sociedad y la política eran patriarcales, sus productos también lo fueron. La Constitución de 1978, dirán, no es la excepción y el poder constituyente español de 1978 es fiel reflejo de ello. Consecuencia directa, y, en segundo lugar, es que la crítica se posa en el proceso constituyente en sí mismos considerado desde esa perspectiva patriarcal, destacando la significativa ausencia de madres constitucionales (Sevilla, 2006). El tercero, que el articulado resultante fue refractario a los intereses de las mujeres y a una concepción realmente igualitaria de la sociedad española. Así es como la mujer fue dejada de lado en el origen y en el resultado del proceso constituyente de 1978. Así es como cuajó una cierta desconsideración constitucional.

A partir de ahí, cada sector pone el acento en el aspecto que considera más criticable (Ventura, 2016). Dado que en España el feminismo que más ha calado es el feminismo liberal de la igualdad, las principales vindicaciones que se realizan se refieren a alcanzar los derechos y libertades que se les habrían hurtado. Aunque el reconocimiento constitucional se realice de forma general y universal para todos, mujeres y hombres, la realidad es tozuda y discurre por otros derroteros, argumentan, por lo que hay que estudiar causas y remedios a tal situación. Lo cual se ha traducido en un debate adicional sobre la eficacia del llamado feminismo institucional/de Estado, foco de alabanzas y críticas a partes iguales (Bustelo, 2016).

## 2.2 Los pronósticos

En España se han publicado recientemente varios trabajos sobre la reforma constitucional. De momento, son mayoría los que no abogan por acometerla con perspectiva de género, tanto desde la perspectiva científica (García, 2017a; Freixés, Gavara, 2016 y 2018; Cano, 2017; VVAA, 2017; Muñoz, 2016; Pérez, 2015), como desde la perspectiva divulgativa (Barceño, 2018; Bueno y Vicente, 2017; García-Margallo, 2017).

Hablando de lo que nos ha traído hasta aquí, lo cierto y verdad es que cada vez son más las expertas que abogan por reforma la Constitución con perspectiva de género. Esta defensa es bastante escasa en Derecho Comparado (Irving, 2008) aunque bastante más abundante en estas latitudes (Ventura, 2004, Balaguer, 2005; Durán, 2005; Astola, 2005). En los últimos tiempos esos esfuerzos se han redoblado, con diferentes propuestas desde el mundo del Derecho, especialmente desde el Derecho Constitucional, aunque no solo (Guamán, 2016; VVAA, 2017a y 2017b; Rodríguez, 2017; Gómez, 2017; Rodríguez, 2018).

Las primeras formulaciones defendían la creación de un catálogo de derechos de género (sic) para ser incluidos en la Constitución (Durán, 2005, 280). Dicho catálogo tendría una vigencia limitada dado que en cuanto la realidad fuera igualitaria, desaparecería. Un catálogo por lo demás orientado a la realización de la igualdad de llegada.

Para lograr ese objetivo, lo primero que debe hacerse es –no sorprendente– modificar el lenguaje de la Constitución para dar visibilidad a las invisibles. En segundo término, y con apoyatura en la que en aquél momento iba a ser la Constitución para Europa, se propone redactar de forma inclusiva hasta once preceptos, empezando por el artículo 7, continuando por los artículos 14, 15, 23, 35, 39, 43, y finalizando por los artículos 47, 48, y 57. Por ejemplo, al artículo 14 CE se le añadiría un párrafo que dijera: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado». Por ejemplo, en el artículo 23 CE debería añadirse «la democracia paritaria» como forma democrática del nuevo sistema. A la luz de algunas investigaciones que se han hecho a nivel comparado sobre la introducción de medidas muy similares en diferentes Constituciones latinoamericanas, no parece que estemos ante remedios especialmente eficaces (Noguera, 2016, 47).

Otras posturas vienen defendiendo modificar los preceptos constitucionales que entroncan con aspectos nucleares de la Constitución, como son los de democracia, soberanía, o dignidad (Astola, 2005). Así, hay que empezar por

cambiar el Preámbulo y el Título Preliminar para incluir como valor constitucional la igualdad de mujeres y hombres. El artículo 1.1 CE debería decir que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la igualdad de mujeres y hombres, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». El artículo 1.2 CE diría por su parte: «Mujeres y hombres iguales en derechos y responsabilidades forman el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado». A partir de ahí, se deberían hacer dos cosas, que en realidad son bastantes más. Una sería concebir de modo paritario todos los órganos representativos y administrativos del Estado y aquellos otros órganos de entidades de trascendencia social. Otra sería implementar la transversalidad y la evaluación del impacto de género en el ejercicio de todas las materias. La actualización que realiza la autora de algunos puntos de este programa (Astola, 2017) no presenta especiales novedades, si acaso que llega a la convicción de que este tipo de propuestas no pueden hacerse en solitario por los Estados, teniendo en cuenta la influencia de las instancias internacionales a la hora de tomar decisiones.

Dentro de las propuestas más recientes destacan especialmente las tres a las que se va a dedicar atención especial (Rodríguez, 2017; Gómez, 2017; Rodríguez, 2018).

La primera de ellas considera que debemos partir de un compromiso claro y explícito en la deconstrucción del género que debe ser asumido desde la propia Constitución, a través de la ciudadanía paritaria. Por ello, España debería definirse como un Estado paritario (modificando el artículo 1.1 CE); por ello, la paridad debe imponerse como exigencia de legitimidad democrática en el seno de nuestras instituciones, partidos políticos y sindicatos (lo que implica cambiar la letra de los artículos 1.2, 6, y 7 CE). Además, la paridad como principio debe guiar la actuación de los poderes públicos (lo que implica retocar el artículo 10 CE), especialmente la labor del poder judicial (ídem para el artículo 117 CE). A partir de ahí, debería hacerse constar la relevancia estructural del principio paritario atendiendo tanto a la dimensión doméstica y cuidadora como a la implicación del varón en las mismas (nuevos apartados 2 y 3 del artículo 14 CE). La autora considera que todas estas son reformas constitucionales imprescindibles (Rodríguez, 2017, 271).

La segunda de ellas parte de la base de que necesitamos un auténtico proceso constituyente. Esto es debido, según la autora, a que se debe forjar pactos nuevos basados en la igualdad entre los sujetos y en la construcción de una democracia paritaria. Lo cual implica, a su juicio, tocar la propia definición de España como Estado social y democrático de Derecho, incluyen-

do la paridad entre sus valores superiores (Gómez, 2017, 166). A partir de ahí divide su propuesta en dos grandes secciones. Por un lado, aquellas reformas que cree gozarían de consenso en unas eventuales Cortes Constituyentes, por ser la traducción constitucional de los avances jurídicos que vienen observándose en estos cuarenta años. Por ejemplo, elevar a rango constitucional el derecho al matrimonio igualitario y al divorcio libre, la garantía de la paridad electoral, o la composición equilibrada de nuestras principales instituciones, como el CGPJ o el TC, reivindicación que goza de apoyos doctrinales adicionales (Salazar, 2018a y 2018b). Por otro lado, aquellas reformas sobre las que no existe un consenso de entrada sino más bien lo contrario, aunque este pudiera ser trabado con las oportunas negociaciones (aquí la autora enumera el derecho a vivir una vida libre de violencia; el derecho al propio cuerpo; o el derecho a la educación igualitaria). Junto a todo ello, se muestra firme partidaria de emplear el lenguaje inclusivo y no sexista en la nueva redacción, lo cual estima que podría pasar por flexibilizar la referencia a la mujer en ciertos usos lingüísticos y por evitar el masculino genérico cuando no sea realmente tal (Gómez, 2017, 169).

Siguiendo este hilo conductor –la necesidad de un nuevo pacto constituyente– algunas autoras hablan de tener en cuenta una base diferente, dando pábulo a la noción de ciudadanía como complemento a la de ciudadanía, esto es, una ciudadanía basada en los cuidados (Rodríguez, 2010; Cortina, 2006; Ortega, 1997). Hasta ahora, dirán, quienes disfrutaban de veras de esos derechos civiles, políticos y sociales, eran los encargados de trabajar fuera de casa; la mujer quedaba recluida a las cargas domésticas; dado que este trabajo ha sido siempre omitido es hora de tenerlo en cuenta, sobre todo porque la realidad dice que todos necesitamos cuidados en algún que otro momento de nuestra vida (Marugán, 2017; Marçal, 2016). El llamado valor del cuidado, pues, desde una perspectiva de corresponsabilidad entre hombre y mujer (Camps, 2018, 2555).

La última propuesta de la que se ha tenido noticia proviene de la Filosofía del Derecho y resulta un interesante repaso por nuestra historia reciente que desemboca, a su mejor parecer, en la reforma de la Constitución con perspectiva de género (Rodríguez, 2018). Esta propuesta parte de la base de que la Constitución de 1978 ya estaba hecha y no precisamente por mujeres, dejando constancia de la crítica que en aquellos momentos pusieron sobre el tapete diversos sectores del movimiento feminista. De ahí llega a nuestro tiempo, con siete propuestas para una Constitución feminista (Rodríguez, 2018, 141). Partiendo de la base de que se debe incorporar el lenguaje inclusivo, las propuestas concretas no difieren en lo esencial de las que se acaban

de relatar. La primera es que la Constitución debería contemplar el principio de paridad en todos los procesos y órganos decisorios. La segunda es que el derecho a la educación debería incluir la obligación de impartir en el currículum escolar materias que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres, y mecanismos de prevención de las violencias machistas. La tercera, la incorporación al texto constitucional del derecho a una vida libre de violencias machistas. La cuarta es hacer lo propio con los derechos sexuales y reproductivos (no sólo el derecho al aborto, sino también la protección específica del cuerpo de las mujeres). La quinta exige que la Constitución evite la inferiorización del espacio reproductivo y de cuidados, la marginación de quienes se ocupan del sostenimiento de la vida, de quienes depende en buena medida el sistema productivo. La sexta es un poco más compleja, toda vez que se articula en un razonamiento escalonado. Si se entiende bien, la jurista propugna que la Constitución luche contra «los efectos devastadores de esos valores masculinos asociados al crecimiento desenfrenado, el egoísmo como presupuesto racional, el individualismo, el narcisismo, la competitividad como motor del bienestar, el progreso y la visión lineal del tiempo». Para ello, debería hacer cosas como prohibir la mercantilización de los recursos esenciales para el sostenimiento de la vida, comprometerse de veras con los derechos sociales y contemplar el derecho al trabajo de mujeres y hombres en igualdad de condiciones. La séptima y última apuesta por una profundización democrática, para cuya consecución sería de gran ayuda que se flexibilizara el procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 168) y que los cotos vedados que aseguran un lugar privilegiado a instituciones a su juicio tan antidemocráticas y patriarcales como la Monarquía y la Iglesia católica, pudieran someterse a un serio debate público.

### 3. REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Las propuestas anteriores inducen a la reflexión. Un compendio de ellas se puede encontrar a continuación, no sin antes tener en cuenta dos cosas. La primera es que algo debemos estar haciendo mal, realmente mal, para que exista tal descontento que se traduzca en la necesidad de plantear una reforma constitucional de tal calado. La segunda es que lo que viene a continuación son meras ideas que pretenden sumarse al debate con espíritu constructivo; esto es, dudando de ellas.

### 3.1 **La influencia del constitucionalismo líquido**

Este tipo de propuestas se caracterizan, en alguna medida, por tener una mayor querencia por los valores y los principios y no tanto por las normas en su sentido clásico (supuesto de hecho-consecuencia jurídica). La metáfora líquida, propuesta para describir la volatilidad e incertidumbre de los tiempos modernos/posmodernos (Bauman, 2017), ha llegado al constitucionalismo (Villaverde, 2018). Es así como se convierte a la norma jurídica tradicional en una norma constitucional líquida, de geometría variable, en función del relato manejado. Esto tiene cierta apoyatura en determinada línea jurisprudencial, donde en ocasiones se hace decir a la Constitución lo que esta no dice (por ejemplo: la interpretación evolutiva a la hora de convalidar en sede constitucional los matrimonios de personas del mismo sexo realizada por la STC 198/2012; Villaverde, 2018; Matia, 2013. También se deja sentir en la opción estratégica a seguir, puesto que no razonan desde la teoría del poder constituyente ni desde la teoría de la reforma constitucional, anteponiendo –y es legítimo, faltaría más– los valores materiales a los procesos de revisión formales.

### 3.2 **La Constitución como solución (limitada)**

La Constitución –toda Constitución que se precie– no es parte del problema sino parte de la solución. La nuestra lo viene demostrando desde hace cuarenta años (Díez-Picazo, Elvira, 2008, 24). También respecto a la posición de la mujer, donde la igualdad de género presenta un saldo que, por más positivo que resulta, debe evitar caer en la autocomplacencia (Giménez, 2018; Carmona, 2018a; Zoco, 2017; Rey, 2017). Las reformas graduales han sido puntas de lanza en el avance del principio de no discriminación y, por consiguiente, en la transformación paulatina de la sociedad, cuestión esta que no suele admitir posturas maximalistas o totalizadoras, tal y como recuerda la doctrina precisamente al hilo de las reformas constitucionales (García, 2017A; Muñoz, 2017).

Es muy cierto que no hay que mitificar la reforma constitucional ni tampoco hurtar al debate el dato básico: la Constitución sigue vigente en sus aspectos esenciales, sumando y no restando; ayudando, no impidiendo (Bigliano, 2019, 22). Las soluciones constitucionales, por ende, siempre son limitadas, por la sencilla razón de que las normas no tienen propiedades taumatúrgicas. Tal y como nos recuerda voz autorizada, cambiar las leyes es más fácil y rápi-

do que cambiar las mentalidades y las formas de vida (Camps, 2018, 2552). La reforma constitucional, como cualquier herramienta jurídica, tiene sus limitaciones y sus gravámenes. Y cuando se trata de enmendar una Constitución ya vigente con perspectiva de género, algunos ejemplos comparados nos muestran lo complicado que suele ser gestionar las presiones y resistencias internas y externas provocadas por otros tantos factores jurídicos, políticos, sociales y económicos (Katz, 2012).

En este marco, conviene no olvidar el papel que juega el Tribunal Constitucional, quien actualiza el mandato constitucional de igualdad y no discriminación a través de sus resoluciones, algunas auténticos aldabonazos en la causa igualitaria (STC 91/2019), otras no tanto (SSTC 111/2018 y 138/2018). Al fin y al cabo, el ensayo-error es el método ancestral de aprendizaje del ser humano.

### 3.3 Reformar no es revolucionar

Reflexionando sobre el particular viene a la mente lo que dijo en su día una de las voces más autorizadas del feminismo patrio, confirmado recientemente por otra de las más autorizadas del feminismo comparado. Mientras que la primera recuerda que nada bueno vino cuando «los desesperados de la-revolución-a-la-vuelta-de-la-esquina» intentaron hacer pasar a la mujer por ser el nuevo sujeto revolucionario que no acababa de llegar (Valcárcel, 1991, 50), la segunda estima que no debemos considerar al sujeto feminista como el nuevo sujeto histórico de la emancipación (Fraser, 2018, XII).

Reformar, reformar de verdad, suele exigir tiempo, dedicación, esfuerzo y mucho trabajo institucional. Hace algún tiempo nos dijeron que el auténtico progreso se basa en conservar lo alcanzado y a partir de ahí intentar mejorar la situación de la que se trate (Kriele, 1980). En España, sobre la materia que estamos tratando, hasta los sectores más combativos reconocerán que las diferentes modificaciones de la legislación civil, penal, y laboral, entre otras, acaecidas en el último cuarto del siglo pasado, coadyuvaron a que la mujer adquiriese el estatus jurídico del que nunca debió ser privada: una ciudadana con todas letras. Podría resultar interesante seguir explorando ese canal, aun sabiendo que tampoco es la panacea (la lacra de la violencia de género es lacerante, todavía hoy, y tenemos todo un entramado normativo-institucional que la combate desde hace quince años...).

### 3.4 El feminismo es plural

Qué duda cabe de que el feminismo es sumamente plural y abierto (Price, 2017). Se trata de poner de relieve que han existido, existen y existirán multitud de propuestas feministas que, compartiendo el fin de mejorar en igualdad, divergen en cuanto a las vías para conseguirlo. Una, ejemplificada en la vida y obra de Ruth Bader Ginsburg (Carmon y Knizhkin, 2015), Jueza del Tribunal Supremo y lideresa del sector que cree que la causa igualitaria no pasa por crear nuevas normas sino por aplicar a conciencia las que ya tenemos (la *equal protection clause*, por seguir con el ejemplo norteamericano). Otra, defendida por la que muchos consideran su «némesis», la jurista Mackinnon, quien lleva trabajando décadas por hacernos ver que todos los sistemas políticos occidentales están contaminados por el patriarcado, también y especialmente las normas (Costa, 2016; Mackinnon, 2012). La consecuencia de dicho planteamiento es que habría que levantar los cimientos constitucionales desde la base, en una actualización de los postulados de la Teoría Crítica del Derecho que sigue abanderando (Kennedy, 2012, 99).

El ejemplo paradigmático donde se observa esa pluralidad es en la concepción de la libertad de la mujer (sobre lo cual algo nos dijeron ya algunos constitucionalistas clásicos; Posada, 1899). Para el sector que representa la propia Mackinnon (2012), la libertad de la mujer es absolutamente imposible por la contaminación patriarcal. Para aquellas que llevan a la práctica la filosofía que inspira Bader Ginsburg, la mujer es perfectamente libre, capaz, y responsable de sus decisiones y actos, tal y como defienden algunas de las voces feministas menos ortodoxas (Paglia, 2018; Despentes, 2016). Cuando ampliamos el campo de visión, se observa que buena parte de los debates que tienen lugar en el feminismo contemporáneo son reconducibles precisamente a la divisoria entre quienes defienden una libertad real de la mujer (Ngozi, 2015, 2017; Gay, 2016; Moran, 2013, 2015), y quienes niegan de plano tal posibilidad, por hacerle el juego al sistema (Miyares, 2017).

### 3.5 Los datos (no) lo son todo

Las propuestas analizadas gozan de un arsenal teórico impresionante. El problema añadido es que se echa en falta alguna alusión a los datos (que no lo son todo, pero ayudan bastante). Hipótesis como la de Pinker (2018, 284-285) inducen a reflexión. Si es cierto lo que sostiene —en las sociedades occidentales vivimos índices de igualdad real de derechos como nunca en la Historia de la

Humanidad, ergo no es osado afirmar que la igualdad y la no discriminación han ganado mucho terreno a la injusticia— hay algo que no acaba de cuadrar. O algo que no estamos sabiendo abordar.

Si acudimos al caso concreto de España, estudios recientes nos demuestran que vivimos en una de las mejores democracias del planeta en lo que a derechos civiles y políticos hace. *Freedom House* nos sitúa dentro de los países líderes en esa materia. *The Economist* nos considera una de las diecinueve *full democracies* que hay en el globo (Blanco, 2018, 77). La ONU nos sitúa en el primer grupo, dentro de los países con Desarrollo Humano Muy Alto, en la posición 23 de un total de 58. Específicamente de lo que aquí se habla, el Índice de Desarrollo de Género nos deja en la posición 26 de un total de 189 Estados (ONU, 2019). En lo que hace a cuestiones concretas como la brecha salarial de género, España está en el puesto 24 de un total de 144 Estados (de menor a mayor brecha salarial). En el último Índice de Igualdad de Género elaborado por la Unión Europea (2017), se constata la mejoría notable en el ámbito laboral, en la reducción de la brecha salarial y en el ámbito de la toma de decisiones, tanto en el espectro político como en el económico-empresarial. Aunque se evidencian algunos retrocesos, España mejora en los seis campos estudiados (Trabajo/Dinero/Conocimiento/Tiempo/Poder/Salud), y en no pocos casos supera la media de la Unión (UE, 2017). Habría que estudiar con mayor profundidad esos y otros índices, contrastarlos con investigaciones posteriores, y sacar las pertinentes conclusiones. De nuevo, la misma idea a la cabeza ronda la cabeza: ni autocomplacencia presuntuosa ni fustigamientos en vano.

### 3.6 La importancia de las emociones

Otro aspecto que no extrañará al lector dentro de algunas propuestas feministas es uno de los elementos que mayor predicamento tienen en el mundo actual: las emociones y los sentimientos (Arias, 2016; Pardo, 2016). El problema no es que emociones y razones se mezclen, claro está. Eso sería negar la esencia de la propia humanidad. El problema viene cuando se insiste en lo emocional a expensas de lo racional (Sanz, 2018, 70). Sabemos racionalmente que las democracias occidentales han permitido cotas realmente importantes de libertad e igualdad y sabemos que la nuestra está dentro de ellas, pero a la vez sentimos que el patriarcado no deja de ganar terreno y de arrasarlo que encuentra a su paso. Hay algo ahí que tampoco encaja, algo que a lo peor tiene

que ver con las formas de ese nuevo machismo que parece emerger (Varela, 2017).

Desde la perspectiva constitucional, los procesos constituyentes y de enmienda no suelen llevarse bien con las emociones (Elster, 2012). O dicho con otras palabras: una de las formas de clarificar y fortalecer los canales constitucionales es, precisamente, embridar todo lo posible las pulsiones y los sentimientos, porque si se dejan a su libre albedrío suelen entrar en competición por ver quién gana, olvidando qué es lo que les ha llevado hasta allí y dificultando el proceso hasta hacerlo, en ocasiones, impracticable. Otros sectores doctrinales, sin negar la mayor, sugieren que tales efectos se podrían paliar justamente con la participación femenina en el proceso en cuestión (Katz, 2012).

Sea como fuere, parece oportuno recordar aquí que algunos fenómenos recientes ayudan poco a la hora de racionalizar el debate. Los meandros del #MeToo y las pulsiones Anti-Manada (¿es que acaso se puede ser Pro-Manada?) son solo dos ejemplos entre varios (Arias, 2019). Tal y como defiende Lessing (2018, 69), cuando dominan las oleadas de sentimientos colectivos no hay manera de formular preguntas serias y objetivas. Cuando priman los ardores partidarios y las emociones colectivas, no se puede decir que ciertas ideas son ridículas o bochornosas. Las emociones tienden a retroalimentarse y, una vez retroalimentadas, se exacerban. Si a eso le sumamos un alimento constante y autorreferencial de la identidad y de las políticas identitarias, otro rasgo pujante en las democracias occidentales (Lilla, 2018; Fukuyama, 2018), la combinación puede resultar potencialmente explosiva. Creo que es por eso por lo que se ha dado la voz de alarma respecto a algunos desmanes recientes (Sanz, 2018; Fuentes, 2018; Roiphe, 2018), con muchas feministas diciendo bien alto y claro que afortunadamente siguen existiendo conquistas de la civilización como la presunción de inocencia y el Estado de Derecho (Crispin, 2017; Rodríguez, 2018; Delmotte, 2018). Es una llamada de atención que no podemos ni debemos ignorar.

#### 4. CONCLUSIONES

De lo anterior podemos deducir algunas conclusiones.

La primera es que la reforma de la Constitución con perspectiva de género es una realidad en nuestro país (aunque no sea la postura mayoritaria en la doctrina que se ha ocupado del particular). El argumento central de buena parte de las propuestas tiene que ver con la insatisfacción que provoca la redacción de la Norma fundamental, a la que se atribuyen méritos insuficientes y cuya columna vertebral se impugna.

La segunda es que tales propuestas discurren por diversos derroteros. Mientras que las primeras formulaciones optan por modificar algunos artículos puntuales de la Constitución, quizá con el poder constituyente constituido en mente, las últimas formulaciones tienen la convicción de que hay que acudir a una revisión por completo de la misma, activando un poder constituyente ex novo que alumbrase una nueva Constitución. O, al menos, que la actual cambie la redacción de varios artículos que podríamos llamar sensibles (por afectar al tipo de Estado, a la noción de ciudadanía, y al elenco de derechos fundamentales, entre otros).

La tercera es que estas propuestas, va de suyo que legítimas y sugerentes, se encuentran con algunas dificultades que se han analizado arriba en forma de consideraciones críticas. Primero, porque no parece que la Constitución sea un problema a la hora de garantizar la igualdad de género, sino más bien una aliada en la tarea. Segundo, porque el importante ruido de fondo que acompaña a estos debates impide saber qué cabría exigir a la Constitución y qué no. Se quiere llevar a la Constitución cuestiones y debates que, quizá, pertenezcan a otros ámbitos y deban ser abordados con otras herramientas. Confiar en la propiedad prodigiosa de las normas no se compadece con la realidad. Y tercero, porque cierta parte de las propuestas canalizan estados emocionales que suelen ser muy complicados de gestionar desde el debate racional y pausado que exige cualquier reforma constitucional.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO ÁLVAREZ, A. (2015), *El mainstreaming de género en España. Hacia un compromiso de género en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALDEGUER CERDÁ, B. (2016), *Democracia paritaria y cuotas electorales. El acceso de las mujeres a las instituciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2012), *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- (2011), La respuesta del Tribunal Constitucional ante la regulación legal de la violencia de género, en MATIA PORTILLA, F. J. (Dir), *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2013), *La democracia paritaria. Un estudio crítico*, CEPC, Madrid.
- ARIAS MALDONADO, M. (2019), *(Fe)Male Gaze. El contrato sexual en el siglo XXI*, Anagrama, Madrid.
- (2016), *La democracia sentimental: política y emociones en el siglo XXI*, Página indómita, Barcelona.

- ASTOLA MADARIAGA, J. (2005), La reforma de la Constitución española desde una perspectiva de género, en ROURA, S.; y TAJADURA, J. (Dirs.), *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- (2017), Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, extra n.º 5.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.<sup>a</sup> L. (2005), *Mujer y Constitución. La construcción del género*, Cátedra, Valencia.
- BARCENO, J. (2018), *Ideas para una nueva Constitución española*, Sekotia, Madrid.
- BAUMAN, Z. (2017), *Tiempos Líquidos*, Tusquets, Barcelona.
- BEARD, M. (2018), *Mujeres y poder. Un manifiesto*, Crítica, Barcelona.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2019), Constitución y contrato social, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 47.
- BLANCO VALDÉS, R. (2018), *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España Constitucional*, Alianza, Madrid.
- BUENO Y VICENTE, J. M. (2017), *La reforma de la Constitución española, una necesidad urgente*, Amarante, Salamanca.
- BUSTELO RUESTA, M.<sup>a</sup> (2016), Tres décadas de Feminismo de Estado y Políticas de Género en España, en LA BARBERA, M.<sup>a</sup>C. y CRUELLES, M., *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, CEPC, Madrid.
- CAMPS, V. (2018), La construcción social y política de la igualdad, en Pendás, B. (dir), *España constitucional (1978-2018), Trayectorias y Perspectivas*, CEPC, Madrid, Tomo III.
- CANO BUESO, J.; ESCUREDO RODRÍGUEZ, R. (Coords.) (2017), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARMON, I. and KNIZHNIK, S. (2015), *Notorious RBG: The Life and Times of Ruth Bader Ginsburg*, HarperCollins, New York.
- CARMONA CUENCA, E. (2018), Artículo 9.2 CE, en PÉREZ TREMPES, P. (dir), *Comentarios a la Constitución Española. 40 Aniversario. Libro Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2019), Representación política y democracia paritaria, en Pendás, B. (dir), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas*, CEPC, Madrid, Tomo III.
- CORTINA ORTS, A. (2006), Educación en valores y ciudadanía, en HOYOS VÁSQUEZ, G.; y MARTÍNEZ MARÍN, M. (coords.), *La formación en valores en sociedades democráticas*, Octaedro, Barcelona.
- CRISPIN, J. (2017), *Por qué no soy feminista. Un manifiesto feminista*, Los Libros del Lince, Barcelona.
- DELMOTTE, F. (2018), Nobert Elias, Catherine Deneuve y la igualdad sexual, *Letras Libres*, n.º 202.
- DESPENTES, V. (2016), *Teoría King Kong*, Random House, Barcelona.

- DÍEZ-PICAZO, L. M.<sup>a</sup> y ELVIRA PERALES, A. (2008), *La Constitución de 1978*, Iustel, Madrid.
- DURÁN FERRER, M.<sup>a</sup> (2005), La constitucionalización de los derechos de género, en FREIXÉS SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- ELSTER, J. (2012), Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making, en Ginsburg, T. (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M.<sup>a</sup> M. (2017), Las mujeres ante el cambio constitucional, Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una «reforma constituyente» de la Constitución Española, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, extra n.º 5.
- FRASER, N. (2018), Prólogo, en VV. AA., *Un feminismo del 99%*, Lengua de Trapo, Madrid.
- FREIXES SANJUAN, T. y GAVARA DE CARA, J. C. (2016 y 2018), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, BOE-CEPC, Madrid, Parte Primera (2016) y Parte Segunda (2018).
- FUENTES, E. (2018), *La hoguera de los inocentes. Linchamientos, cazas de brujas y ordalías*, Tusquets, Barcelona.
- FUKUYAMA, F. (2018), *Identity. The demand for dignity and the politics of resentment*, Farrar, Straus and Giroux, New York.
- GARCÍA ROCA, J. (2017a), De la revisión de las Constituciones: Constituciones nuevas y viejas, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40.
- (Dir. 2017b) *Pautas para una reforma constitucional, Informe para el debate*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA-MARGALLO y MARFIL, J. M. (2017), *Por una convivencia democrática: una propuesta de reforma para adaptar la Constitución al siglo XXI*, Deusto, Barcelona.
- GAY, R. (2016), *Mala Feminista*, Capitán Swing, Madrid.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2018), Artículo 14, en PÉREZ TREMPES, P. (dir), *Comentarios a la Constitución Española. 40 Aniversario. Libro Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2017), *Una Constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (coord.) (2016), *Feminismos y procesos constituyentes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HERNÁNDEZ OLIVER, B. (2018), Mujer y Constitución: igualdad formal vs. igualdad real, en Pendás, B. (dir), *España constitucional (1978-2018), Trayectorias y Perspectivas*, CEPC, Madrid, Tomo III.
- IRVING, H (2008); *Gender and the Constitution: Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, New York.

- KATZ, E. (2012), *Women's Involvement in International Constitution-Making*, en Baines, B.; Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds), *Feminist Constitutionalism, Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York.
- KENNEDY, D. (2012), *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- KRIELE, M. (1980), *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, De Palma, Buenos Aires.
- LESSING, D. (2018), *Las cárceles que elegimos*, Lumen, Barcelona.
- LILLA, M. (2018), *El regreso liberal, Más allá de la política de la identidad*, Debate, Barcelona.
- LÓPEZ GIL, S. y CANO, G. (2018), Los feminismos que vienen: un diálogo sobre el #MeToo, en VV. AA., *Un feminismo del 99%*, Lengua de Trapo, Madrid.
- MACKINNON, C. (2012), Foreword, en Baines, B.; Barak-Erez, D. y Kahana, T. (eds), *Feminist Constitutionalism, Global Perspectives*, Cambridge University Press, New York.
- MARÇAL, K. (2016), *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*, Debate, Barcelona.
- MARUGÁN PINTOS, B. (2017), La ciudadanía como eje de un nuevo pacto constituyente, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, extra n.º 5.
- MIYARES, A. (2017), Las trampas conceptuales de la reacción neoliberal: «relativismo», «elección», «diversidad» e «identidad», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º extra 29 (Ejemplar dedicado a: Género e Interculturalidad).
- MONTERO, J. (2018), La huelga feminista del 8M: haciendo historia, en VV. AA., *Un feminismo del 99%*, Lengua de Trapo, Madrid.
- MORÁN, C. (2013), *Cómo ser mujer*, Anagrama, Barcelona.
- (2015), *Cómo se hace una chica*, Anagrama, Barcelona.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2016), *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona.
- (*et alii*) (2017), Ideas para la reforma de la Constitución, Madrid, 20 de noviembre de 2017 (en línea: <https://www.ucm.es/idp/noticias-1>).
- NGOZI ADICHIE, C. (2015), *Todos deberíamos ser feministas*, Literatura Random House, Barcelona.
- (2017), *Querida Iljeawele. Cómo educar en el feminismo*, Literatura Random House, Barcelona.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2016), Superar la división espacio-género en sentido constituyente, en Guamán Hernández, A (coord.), *Feminismos y procesos constituyentes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ONU (Organización de Naciones Unidas), *Human Development Reports* (En línea: <http://hdr.undp.org/en/indicators/137906>).
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1997), La ciudadanía y el Estado de Bienestar europeo, en VV. AA., *Una nueva política social y económica para Europa*, Sistema, Madrid.
- PAGLIA, C. (2018), *Feminismo pasado y presente*, Turner, Madrid.
- PARDO, J. L. (2016), *Estudios del malestar*, Anagrama, Madrid.

- PASCUCCI PONTE, E. (2018), Propuestas de reforma de la Constitución Española de 1978, en LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, J; y PASCUCCI PONTE, E (Coords.), *La reforma constitucional: propuestas y desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M (2018), España a la búsqueda de una Constitución, en Morán Martín, R. (dir), *Participación y Exclusión Política. Causas, Mecanismos y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ ROYO, J. (2015), *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid.
- PÉREZ TREMP, P. (2018), *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PINKER, S. (2018), *En defensa de la Ilustración*, Paidós, Barcelona.
- POSADA, A. (1899-1994), *Feminismo*, Ricardo Fe, Madrid (1.ª edición 1899; reeditado por Cátedra, Oviedo, 1994).
- RED FEMINISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (2017), Posicionamiento de la Red Feminista de Derecho Constitucional ante la necesaria reforma de la Constitución, 4 de diciembre de 2017 (en línea: <http://feministasconstitucional.org/posicionamiento-de-la-red-feminista-de-derecho-constitucional-ante-la-necesaria-reforma-de-la-constitucion/>).
- REY MARTÍNEZ, F. (2017), Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018, *Revista de Derecho Político*, n.º 100.
- RODRÍGUEZ, A. (2018), El momento feminista, *Letras Libres*, n.º 202.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.ª E. (2018), Esta Constitución no es nuestra, Propuestas para una Constitución Feminista, en ESCUDERO ALDAY, R. y MARTÍN, S. (Coords), *Fraude o Esperanza: 40 años de la Constitución*, Akal, Madrid.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2017), *Género y Constitución*, Juruá, Lisboa.
- (2010), Hacia un Estado Post-Patriarcal, Feminismo y Ciudadanía, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149.
- ROIPHE, K. (2018), La otra red de susurros: cómo el feminismo de Twitter es malo para las mujeres, *Letras Libres*, n.º 202.
- RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.) (2006), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2017), *Género, poder y ciudadanía*, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, extra n.º 5.
- (2018a), La deseable composición paritaria del Tribunal Constitucional: una propuesta de reforma constitucional, *Revista de Derecho Político*, n.º 101.
- (2018b), El nombramiento de los magistrados y las magistradas del Tribunal Constitucional: ingeniería jurídica vs. cultura política, en VILLANUEVA TURNES, A (coord); *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Tébar Flores, Madrid.
- SANZ, M. (2018), *Monstruas y centauras. Nuevos lenguajes del feminismo*, Anagrama, Barcelona.

- SEVILLA MERINO, J. (dir, et.al. 2006), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- TORRES MURO, I. (2009), El principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales y en los nombramientos realizados por los poderes públicos, en GONZÁLEZ MORENO, B. (coord), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- UE (Unión Europea), Gender Equality Index 2017, Measuring gender equality in the European Union 2005-2015 (en línea: <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report>).
- VALCÁRCEL, A. (2018), Para una Constitución Feminista, en Pendás, B. (dir), *España constitucional (1978-2018), Trayectorias y Perspectivas*, CEPC, Madrid, Tomo II.
- (1991), *Sexo y poder*, Anthropos, Barcelona.
- VARELA, N. (2017), *Cansadas. Una reacción feminista frente la nueva misoginia*, Ediciones B, Barcelona.
- VENTURA FRANCH, V. (2004), Constitución y Género: una relación jurídica compleja, en BALAGUER CALLEJÓN, M.<sup>a</sup>L. (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, CEDMA, Málaga.
- (2016), La reforma constitucional con perspectiva de género, en Tur Ausina, R. (dir), *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional*, Dykinson, Madrid.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2018), El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978, en Punset Blanco, R. y Álvarez Álvarez, L. (coords), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor.
- VV. AA. (2005), Encuesta sobre el orden sucesorio de la Corona, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 16.
- VV. AA. (2017), *Llamamiento a un proceso constituyente*, Icaria, Barcelona.
- VV. AA. (2017), *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, extra n.º 5, Monográfico dedicado a Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género.
- ZOCO ZABALA, C. (2017), Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española, *Revista de Derecho Político*, n.º 100.

# **INCONSISTENCIAS Y ASIMETRÍAS EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (O DE PORQUÉ REVITALIZAR EL DISCURSO DE LOS DERECHOS SOCIALES)**

CARMEN MONTESINOS PADILLA\*  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. La deficiente internacionalización de la Constitución. 2. La estabilidad presupuestaria como fundamento de un control de convencionalidad encubierto. 2.1 Una selección forzosamente interesada de los parámetros de constitucionalidad. 2.2 La transgresión de los límites del Estado social. 3. La disfuncional constitucionalización del Derecho internacional. 3.1 El recurso oportunista a la retórica de la estructura diferenciada de los derechos sociales. 3.2 Un ejemplo paradigmático. 3.2.1 El contenido mínimo del derecho a la vivienda. 3.2.2 Propuestas para avanzar. De la reforma constitucional a la planificación urbanística. 4. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 17/02/2019.

## 1. LA DEFICIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 (CE) reviste un carácter abiertamente internacionalista. Y en materia de Derecho internacional convencional, el Capítulo Tercero de su Título III (arts. 93-96) muestra una sistematicidad legítimamente aclamada por buena parte de la doctrina (Montesinos Padilla, 2018, 1381-1391). Ahora bien, la internacionalización del sistema constitucional español presenta, a nuestro entender, ciertas carencias. El carácter sistemático de la regulación constitucional de los tratados se contrapone a una no siempre acertada dispersión en la ordenación de otros muchos aspectos vinculados a las relaciones internacionales<sup>1</sup>. Además, la CE ha sido oportunamente tachada de conservadora por no incorporar una cláusula de recepción de las normas del Derecho internacional general o común, como lo hiciera su predecesora republicana de 1931 (art. 7), o como lo hacen otros Estados de nuestro entorno<sup>2</sup>. Pero, por lo que aquí más interesa, resulta especialmente criticable el «enclaustramiento» que viene demostrando el Tribunal Constitucional (TC) respecto de dos cuestiones de vital importancia. Nos referimos, por un lado, a la obstinación mostrada frente a la inclusión de (determinados) parámetros internacionales como parámetro de constitucionalidad y, por otro, a la insuficiente explotación del potencial de la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE en conexión con determinados instrumentos del Derecho internacional (Jimena Quesada, 2018, 825-828). Y estas dos cuestiones son relevantes por una razón muy sencilla. En los últimos años, la postura adoptada por el TC en estas materias ha coadyuvado al sometimiento de las funciones públicas a un mero cálculo económico y, con ello, al progresivo desmantelamiento de nuestro Estado del bienestar.

## 2. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO FUNDAMENTO DE UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ENCUBIERTO

En el ámbito europeo, el reconocimiento al Derecho internacional de una posición supraconstitucional, es verdaderamente excepcional. Y a diferencia de lo que ocurre en América Latina, la práctica del control de convencionalidad sigue suscitando ciertas reticencias. En España, el TC ha sido categórico

---

<sup>1</sup> Entre otros, arts. 10.2; 11.3, 13.1, 13.3 y 39.4; 56.1 y 63; 75.3 y 87.3 y 97 CE.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, el art. 28.1 de la Constitución de Grecia atribuye superioridad jerárquica tanto a los tratados internacionales convencionales, como a las reglas del Derecho internacional generalmente aceptadas.

en sus afirmaciones. Aunque no ha faltado quien defendiera la existencia de fundamento constitucional para su ejercicio (Jimena Quesada, 2013, 38-44), hasta su muy reciente Sentencia 140/2018, el Alto Tribunal español ha negado la posibilidad de encontrar en el articulado de nuestra Magna Carta precepto alguno que pudiera avalar la operatividad del referido control. La situación ha cambiado, desde luego, a partir de su polémica resolución sobre la no menos controvertida cuestión de la jurisdicción universal. Pero el reconocimiento en el art. 96 CE de un fundamento para la activación del control de convencionalidad no ha modificado un ápice la postura del TC sobre la consideración de dicha técnica como una cuestión de legalidad ordinaria. Por su parte, y con un discurso necesariamente distinto debido a la naturaleza misma de su objeto, el supremo intérprete de la CE se ha cuidado mucho de separar la primacía del Derecho de la Unión Europea (UE) de la supremacía de nuestra Norma Fundamental, adscribiendo cada categoría a un plano bien distinto (el de la prioridad aplicativa en el primer caso y el de la jerarquía normativa, en el segundo).

En definitiva, la defensa acérrima de la soberanía de la que es producto indiscutible nuestra Constitución, ha sido abandonada por el TC y por nuestros políticos frente a actos normativos de carácter internacional y/o supranacional que pudieran contrariarla. Desde luego, razones (jurídicas y políticas) no les faltan ni al primero, ni a los segundos. Ahora bien, resulta cuando menos interesante que, no recogiendo la Constitución de 1978 cláusula de intangibilidad alguna, de las dos únicas reformas de las que la misma ha sido objeto, la segunda se hiciera cómo, y por lo que se hizo. Y es que, sin ser objeto de los debates necesarios para alcanzar un nivel de consenso suficiente, la reforma del art. 135 CE vino a reflejar el refuerzo de la intervención europea en la política económica doméstica en respuesta al estallido de la grave crisis global de 2008.

A través del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), se reclamó a los Estados miembros de la UE la incorporación en sus respectivos ordenamientos jurídicos (preferentemente, pero no necesariamente, mediante disposiciones de rango constitucional), de un compromiso de mantener una situación presupuestaria de equilibrio o superávit (art. 3 TECG). Y así lo hizo España en 2011 al reformar el mencionado art. 135 CE que, desde entonces, consagra el principio de estabilidad como límite a la actuación de los poderes públicos. Pero dejando a un lado las críticas (aquí compartidas) de quienes objetaron el procedimiento elegido (VV. AA., 2011, 159-210), a los efectos de este trabajo debemos centrarnos en las que conciernen directamente al medio elegido para cumplir con el mandato europeo (la reforma constitucional) y sus consecuentes efectos en nuestro ordenamiento (el recurso a la estabilidad presupuestaria como canon de constitucionalidad).

## 2.1 Una selección forzosamente interesada de los parámetros de constitucionalidad

La UE puede ser considerada hoy como una de las tentativas más avanzadas por intentar dar respuesta a la crisis del modelo de Estado post-westfaliano. Despojado del poder requerido por la política, que es ahora asumido por los mercados, el Estado moderno ha buscado en la integración supranacional una vía para tratar de solventar los problemas globales que se ve incapaz de resolver a nivel local. Ahora bien, los resultados no han sido siempre satisfactorios. Hace tiempo que la UE contribuye a esa pérdida de poder en el nivel nacional, sin que la misma resulte compensada por un refuerzo de la política en la esfera supranacional. Las decisiones más importantes en los ámbitos económico, financiero y de desarrollo, son adoptadas por las élites más poderosas, las grandes transnacionales y los omnipresentes mercados. Un poder incorpóreo, líquido, que para realizar sus propósitos, recurre a principios de corte ordoliberal, inyectados por Europa en el epicentro mismo del modelo económico nacional<sup>3</sup>. La economía social de mercado, entendida como una economía liberal orientada o dirigida, en la que el Estado es «funcional a las condiciones y necesidades» del mercado (Moreno González, 2019, 802), se ha convertido en la piedra de toque de un sistema de gobernanza en el que las instituciones estatales actúan como meras ejecutoras de un poder superior que ya no pueden controlar (Bauman, Bordoni, 2016, 37-41). Y la ruptura del contrato social resultante de la globalización ha dado así paso a una «era de la desigualdad», a cuya construcción en España ha contribuido de manera determinante la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria<sup>4</sup>.

La existencia previa en el Derecho europeo de disposiciones sobre la materia (art. 126 Tratado de Funcionamiento UE), la capacidad del Estado para aprobar leyes específicas (art. 149.1.13 CE) y la exigencia constitucional de la equidad en los ingresos y los gastos públicos (art. 31 CE), nos permiten cuestionar la necesidad de proceder en España a una reforma constitucional para cumplir con el compromiso de déficit exigido desde Europa. Parece, en definitiva, que hubiera sido suficiente con recurrir a los mecanismos ya existentes para asumir el mandato europeo, evitando así una apertura de un nuevo escenario en nuestra jurisprudencia constitucional (Carrillo, 2016, 29-32) que,

---

<sup>3</sup> Vid. art. 3 Tratado de la Unión Europea.

<sup>4</sup> En estos términos se pronunció recientemente el conocido periodista español J. DE ESTEFANÍA, en una columna de opinión publicada en el diario *El País* en septiembre de 2018: [https://elpais.com/economia/2018/09/14/actualidad/1536939958\\_497803.html](https://elpais.com/economia/2018/09/14/actualidad/1536939958_497803.html).

como veremos, ha surtido efectos devastadores<sup>5</sup>. No debemos olvidar que la neutralidad de nuestra «Constitución económica» no da carta blanca para la consolidación de cualquier modelo. La formulación de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), el reconocimiento de la igualdad material como objetivo (art. 9.2 CE) y la consagración de los derechos sociales (Título I, Capítulos II y III CE), acotan el margen de libertad. Sin embargo, como alertó Salazar Benítez (2012, 423-424) y a pesar de su potencial para el mantenimiento del Estado de bienestar, parece que el art. 135 CE ha sido utilizado precisamente como «pretexto» para su progresiva constricción.

## 2.2 La transgresión de los límites del Estado social

En el contexto de la crisis, los sucesivos Gobiernos españoles emprendieron una serie de reformas, la mayoría a través de decreto-ley (art. 86 CE), que fueron avaladas por el TC, limitándose el mismo, en sus diversos pronunciamientos, a un escrutinio estrictamente formal del objeto de enjuiciamiento. Así, por ejemplo, la STC 119/2014, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, para la reforma del mercado laboral, se limitó, sin valorar la potencial eficacia de las medidas adoptadas, a respaldar los argumentos esgrimidos por el Ejecutivo, constatando con ello la necesidad de garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos. Concretamente, en relación con la nueva modalidad de contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, que establecía un periodo de prueba de, nada más ni menos, que un año de duración, el TC concluyó que, en la coyuntura de la crisis económica, la previsión cuestionada resultaba razonable y cumplía con las exigencias de proporcionalidad. Confirmó así que dicha medida no podía reputarse contraria al derecho al trabajo *ex* art. 35 CE pues la misma, «en términos proporcionados», pretendía «favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable». Sin embargo, en ningún momento constató la existencia de valoración empírica alguna sobre el verdadero potencial de la medida para la consecución de los objetivos teóricamente perseguidos, como tampoco lo hizo en relación con la polémica reforma del sistema público sanitario de 2012.

La STC 139/2016, que declaró la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, sobre la reforma del Sistema Nacional de

---

<sup>5</sup> Recuérdese que, hasta la reforma, el TC siempre había declarado que no era juez de la legislación europea. Por todas, SSTC 28/1991 y 64/1991.

Salud (SNS), concluyó que el Ejecutivo español había cumplido con la obligación de razonar suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad al ofrecer «una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica»<sup>6</sup>. De nuevo, y como apuntara Valdés Dal-Ré en su Voto Particular, sin reflexión alguna sobre la ausencia, en la argumentación del Gobierno, de explicación fundamentada sobre el impacto real de las reformas en la buscada solvencia del sistema sanitario. Además, el TC descartó que el derecho a la salud del art. 43 CE, en tanto que principio rector de la política social y económica (PR), pudiera entenderse comprendido entre los límites materiales impuestos *ex art.* 86 CE al legislador de urgencia. Esto es, la no afectación de los derechos del Título I CE. Exclusión que, siguiendo una vez más a Valdés Dal-Ré, supuso una alteración de la doctrina constitucional que, a pesar de sus efectos restrictivos, no se acompañó del necesario desarrollo argumentativo. Y todo ello sin olvidar que en su resolución, el TC avaló la inexistencia de obstáculos constitucionales para que el Decreto-ley controvertido pudiera regular materias para las que las Comunidades Autónomas (CC. AA) tuvieran competencias atribuidas.

Precisamente sobre las competencias en materia de derechos sociales resulta de especial interés, entre otras, la reforma andaluza en materia de vivienda<sup>7</sup>. El 9 de abril de 2013, el Gobierno de Andalucía aprobó el Decreto-ley 6/2013, que preveía la expropiación temporal de las viviendas vacías para dedicarlas a su función social. Sin embargo, en su Sentencia 93/2015, el TC declaró su inconstitucionalidad por incompatibilidad con la regulación estatal. Se argumentó entonces que el Estado había optado por dar una solución completa a los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias, definiendo la extensión de la intervención públi-

---

<sup>6</sup> Desde la entrada en vigor del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos se garantizó exclusivamente a trabajadores afiliados a la Seguridad Social, a pensionistas y preceptores de otras prestaciones periódicas y a los inscritos como demandantes de empleo que hubieran agotado la correspondiente prestación. Quedaron así excluidos los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, limitando sus derechos a la atención en situaciones de urgencia y relativas a la asistencia al embarazo. La reforma sanitaria operada por el Decreto-ley analizado ha sido parcialmente revertida por el reciente Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

<sup>7</sup> En España, el franquismo inauguró una etapa caracterizada por la planificación centralizada de la vivienda. Y aunque el nuevo Estado de las Autonomías instaurado por la CE de 1978 trajo consigo la descentralización de las competencias en materia de vivienda, asumidas como propias y exclusivas por las CC. AA, el Estado nunca ha dejado de promulgar sucesivos planes temporales a la luz de la amplia interpretación que la STC 152/1988 dio a sus competencias sobre ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE) y planificación económica (149.1.13)

ca compatible con el adecuado funcionamiento del mercado. Ello impedía que las CC. AA pudieran adoptar disposiciones que, con el mismo propósito de tutela, afectasen de un modo más intenso a dicho mercado<sup>8</sup>. Pero la Sentencia que anuló el Decreto-ley andaluz tampoco fue unánime. Según Asúa Batarrita, la STC 93/2015 no argumentó porqué la medida andaluza podía poner en riesgo el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, ni en qué grado la norma controvertida suponía una reducción de la protección dispensada por el Estado. La magistrada discrepante expresó así su preocupación frente a las posibles consecuencias de esta doctrina, advirtiendo que se había dado por bueno que el Estado, en virtud del título competencial del art. 149.1.13 CE, pudiera imponer de modo excluyente la solución de un problema social como expresión de las bases de la planificación económica, incluso en el ámbito de las materias que, como la vivienda, son competencia exclusiva de las CC. AA. En un sentido similar, para el magistrado Xiol Ríos la regulación andaluza suponía un legítimo ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, advirtiendo por ello que la STC 93/2015 se mostraba como un nuevo ejemplo de un peligroso viraje de la jurisprudencia constitucional hacia «un proceso de re-centralización» competencial<sup>9</sup>.

En cualquier caso, lo que aquí queremos destacar es que, al avalar las reformas anti-crisis como las mencionadas, sustentadas en la coyuntura económica y justificadas con fundamento en las obligaciones europeas en materia presupuestaria, el TC inauguró un novedoso principio exegético en virtud del cual la crisis ha operado como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos del ámbito social. O, en otros términos, la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria ha hecho de los límites al déficit y a la deuda pública un auténtico parámetro de control, a través del cual dichas restricciones se han convertido en «estabilizadores automáticos» de los derechos (De la Quadra-Salcedo, 2015, 77-84) sociales, eludiendo con ello los límites que la propia CE, a la luz del Derecho internacional, impone en la materia.

---

<sup>8</sup> Esta doctrina fue aplicada en la reciente STC 16/2018, que declaró inconstitucional y nula la Disposición Adicional Décima de Ley Foral 24/2013 de Navarra, de 2 de julio, que prescribía la expropiación forzosa de las viviendas que, como resultado de un desahucio, hubieran sido adjudicadas a entidades financieras

<sup>9</sup> Finalmente, el Decreto-ley 6/2013 fue derogado por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya constitucionalidad fue igualmente impugnada ante el TC, como también lo fueron la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias; la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda de Euskadi y la mencionada Ley Foral 24/2013 de Navarra.

### 3. LA DISFUNCIONAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La legislación hasta aquí mencionada es solo una pequeña muestra de un conjunto de políticas que, resultando claramente «extrañas o adversas al Estado social» (Agudo Zamora, 2016, 15), han aprovechado la cláusula del art. 135 CE para desfigurar, hasta límites insostenibles, nuestro modelo de neutralidad económica (Pisarello, 2012: 55-75). En el contexto de la crisis, la supresión de los obstáculos a la libertad del mercado ha dado lugar a elevados recortes en el gasto social y al consecuente incremento de la desigualdad. Así lo pusieron de manifiesto las más de treinta organizaciones que elaboraron el informe ejecutivo para el examen periódico de España por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en marzo de 2018, en el que se advertía que, siendo determinante para ello la política fiscal, España es el país europeo en el que más ha aumentado la desigualdad en la última década. Y a pesar de las señales de recuperación de los últimos años, los recortes han continuado, siendo además los programas orientados a prestar servicios a personas en situación de vulnerabilidad los más afectados<sup>10</sup>. Pero, ¿era ésta la única solución posible?

La experiencia de países vecinos, como Portugal, nos muestra que los recortes en el gasto social no son la única vía para la reducción del déficit<sup>11</sup>. Se trata, por tanto, de voluntad política. Una voluntad que, a diferencia de lo que en muchas ocasiones se nos quiere mostrar, no es imposible de llevar a la práctica. En materia de vivienda, por ejemplo, podemos de hecho mencionar el Real Decretoley 21/2018, de 14 de diciembre que, entre otras cuestiones, incluyó la vivienda social en las inversiones financieramente sostenibles. Sin duda, la nueva regulación del alquiler representó un avance significativo en el desarrollo de un derecho que resultó especialmente afectado durante la crisis. Pero las medidas adoptadas siguen siendo insuficientes pues, a día de hoy, el progresivo incremento del precio de los alquileres sitúa en una grave situación de vulnerabilidad, económica y social, a numerosas familias y hogares. Ahora bien, los límites al déficit y la deuda no son la única barrera a la que se enfrentan en nuestro país los derechos sociales en general, y el derecho a la vivienda, más específicamente. También lo es la propia categorización que de los mismos lleva a cabo la CE y, con ella, un recurso al art. 10.2 CE que ha resultado disfuncional, asimétrico o dispar, en tanto que claramente favorable al desarrollo de los derechos civiles y políticos.

---

<sup>10</sup> Disponible en: [https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/informe\\_sombra\\_espana\\_36ongs\\_-\\_2018\\_-\\_version\\_final.pdf](https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/informe_sombra_espana_36ongs_-_2018_-_version_final.pdf).

<sup>11</sup> Como ha advertido Sen (1999), la expansión de las oportunidades sociales mediante la creación de servicios públicos contribuye activamente al desarrollo económico del Estado.

### 3.1 El recurso oportunista a la retórica de la estructura diferenciada de los derechos sociales

Como de sobra es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, de la distinción entre los derechos fundamentales (Capítulo Primero), los «simples» derechos (Capítulo Segundo) y los PR (Capítulo Tercero) que estipula el Título I CE, se ha deducido tradicionalmente la falta de eficacia directa de los derechos sociales. Sin embargo, a día de hoy, la dicotomía entre derechos de abstención y de prestación, de libertad y de igualdad, justiciables y no justiciables, resulta fácilmente rebatible. Todos los derechos se erigen como instrumentos para que la igual libertad de desarrollo de los planes de vida de todas las personas, sea real y efectiva (Pisarello, 2007, 42-46). Por tanto, los derechos deben identificarse como bienes de especial relevancia, cuyo reconocimiento y protección se articulan a través de un complejo entramado de relaciones jurídicas de distinta naturaleza que tienen, como fin último, el respeto de la dignidad humana (González Amuchastegui, 2004, 388).

Todos los derechos hunden sus raíces en la dignidad de la persona, tienen por ello un contenido esencial, e implican deberes públicos de abstención y de prestación (Saura Estepá, 2011). Por tanto, todos los derechos cuestan (Holmes, Sustain, 2000). Y todos los derechos, cuando son constitucionales, aparecen reconocidos en normas que, por su propia naturaleza, son de textura abierta. En pocas palabras, el recurso al argumento de la estructura diferenciada de los derechos sociales para negar su condición de derechos subjetivos, resulta insostenible<sup>12</sup>. Y así nos lo parece porque la satisfacción de un mínimo de todos los derechos es igual de fundamental para el desarrollo de los propios planes de vida (Fabre, 2000, 12-13)<sup>13</sup>. Como señalara Waldron (1993), el compromiso de garantizar las libertades civiles y políticas de las personas debe ir acompañado de una preocupación adicional por asegurarles las condiciones de vida que les permitan disfrutar y ejercer esas libertades. Esta indivisibilidad e interdependencia de los derechos es, sin duda, reflejo de su igual importancia (Abramovich, Curtis, 2002, 27). Y si todos los derechos son igualmente importantes, «no hay jerarquía entre ellos» y, por tanto, «deben ser igualmente efectivos» (Escobar Roca, 2012, 53-54). En palabras de Faúndez Ledesma

<sup>12</sup> Para FERRAJOLI (2001,19-48) un derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica», distinguiendo así entre derechos y garantías y excluyendo la posibilidad de afirmar la inexistencia de los primeros con fundamento en la ausencia de reconocimiento de las segundas.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, SHUE (1996) defiende una concepción de derechos básicos a los que atribuye prioridad en términos de necesidad de realización, pero entre los que incluye tanto derechos civiles y políticos, como DESC.

(2000, 172-179), mantener una distinción entre unos derechos que son justiciables y otros que no lo son conduce al absurdo, pues sería tanto como sostener que «una misma situación no puede ser denunciada ante órganos jurisdiccionales en cuanto configure una vulneración de derechos sociales, pero sí se puede denunciar en cuanto sea caracterizada como violación de un derecho civil o político».

A la hora de negar la justiciabilidad de los DESC, no debemos olvidar que el carácter normativo de la CE imprime sobre todos los derechos en la misma consagrados un peso y significado propios. Consecuentemente, los PR no pueden ser reducidos en su alcance a meros preceptos programáticos, ni el control de constitucionalidad de la actividad del legislador puede ser ajeno a los mismos, al menos para «la demarcación de una frontera o línea divisoria» (Ruiz-Rico, 2017, 805-812). El propio Comité DESC ha advertido que no hay ningún derecho del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, no posea, «al menos, algunas dimensiones significativas de justiciabilidad» (Observación General OG-9). De hecho, en España, el principio del Estado social (art. 1.1. CE), en conexidad con otras normas constitucionales, faculta para la protección de derechos sociales no reconocidos expresamente como derechos fundamentales. Además, todos los derechos, por mandato del art. 10.2 CE, deben ser interpretados a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. Un ordenamiento, este último, que no solo consagra los principios de indivisibilidad e interconectividad de todos los derechos sino que, progresivamente<sup>14</sup>, ha ido dibujando los contornos que definen las fronteras infranqueables de los DESC<sup>15</sup>. Límites que, sin embargo, en España han sido reiteradamente sorteados al amparo del sacrosanto poder de los mercados y del manido discurso que nos presenta los derechos sociales como derechos diferenciados.

### 3.2 Un ejemplo paradigmático

Un ejemplo especialmente ilustrativo de lo dicho hasta ahora lo encontramos, desde luego, en el malogrado derecho a la vivienda del art. 47 CE que, a resultas de su ubicación sistemática y en su lectura conjunta con el art. 53 CE,

---

<sup>14</sup> En este sentido podemos aludir de nuevo al VP de VALDÉS DAL-RE a la STC 139/2016, en el que el magistrado discrepante advirtió que, en su resolución sobre la reforma sanitaria, la Sentencia de la mayoría desconoció la conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida.

<sup>15</sup> El antecedente inmediato a la consagración de la tesis de la indivisibilidad tuvo lugar con la Proclamación de Teherán de 1968 (apdo. 13), a la que siguió la Declaración de Viena de 1993 (apdo. 5).

ha sido tradicionalmente despojado de su eficacia directa. La sustracción de garantías como la posibilidad de tutela por las vías del juicio sumario y preferente ante los tribunales ordinarios y del amparo ante el TC (art. 53.2 CE), ha desembocado en la negación al art. 47 CE del calificativo de fundamental. Pero no solo eso. Su condición de PR y el correspondiente deber de desarrollo legislativo (art. 53.3 CE) ha supuesto que incluso se le haya negado la condición de derecho subjetivo y, por tanto, de un contenido esencial. Posición desde luego llamativa en tanto que, con independencia de su ubicación, el art. 47 CE, elevado a la máxima categoría normativa en el ordenamiento constitucional español, reconoce que todos los españoles «tienen derecho a una vivienda digna y adecuada», correspondiendo a los poderes públicos tanto promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes «para hacerlo efectivo», como regular «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general» y garantizar que la comunidad participa «en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Pero el problema en España no es el encuadramiento del art. 47 en el Capítulo Tercero del Título I CE, como no lo es tampoco una consecuente imposibilidad de su justiciabilidad. No en vano, en pleno auge de la crisis, el Comité DESC instó al Gobierno español a que, «en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos», adoptara las medidas pertinentes para garantizar a los DESC «un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos» por los tribunales nacionales<sup>16</sup>. La verdadera «tensión estructural» entre los distintos tipos de derechos es más bien la que se plantea entre unos derechos civiles, políticos y sociales «tendencialmente generalizables e inclusivos», y unos derechos patrimoniales «selectivos y tendencialmente excluyentes» (Pisarello, 2007, 53). El problema, en pocas palabras, lo encontramos en una arraigada concepción mercantilista de la vivienda (Trujillo, 2018, 876) que ha relegado a un segundo plano su dimensión social y, con ello, justificado su reiterado incumplimiento.

Las políticas de vivienda en nuestro país han estado tradicionalmente marcadas por las leyes fiscales, del mercado hipotecario y de arrendamientos urbanos, primando la obra nueva sobre la rehabilitación, la propiedad sobre el alquiler y la promoción privada, sobre la pública. (Vaquer Caballería, 2016, 15-16). Y esta tendencia ha obviado nuestros compromisos internacionales,

---

<sup>16</sup> E/C.12/ESP/CO/5, apdo. 6. Además, desde el propio seno del Tribunal de Justicia de la UE, se ha defendido la invocación directa de los principios orientadores de la política social contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), de su esencia, como límite a la capacidad legislativa de desarrollo, como parámetro irrenunciable de legalidad. Vid. Conclusiones presentadas por el Abogado General CRUZ VILLALÓN en el asunto *Association de médiation sociale* (C-176/12), de 18 de julio de 2013.

limitándose el Estado español a una incorporación aséptica (Jiménez García, 2014, 81) de la normativa y la doctrina convencional en la materia. Siendo evidente que el art. 47 CE no impone un deber de proporcionar una vivienda en propiedad a todos los ciudadanos, ello no quiere decir, ni mucho menos, que no exista un mínimo que todos los poderes públicos deban respetar. El precepto en cuestión impone tanto deberes de prestación, como de abstención. Algunos serán más costosos, otros los serán menos y, en ocasiones, incluso el cumplimiento de la correspondiente obligación puede no aparejar gasto alguno para el conjunto de las Administraciones. En todo caso, lo que no puede defenderse es la inexistencia de un contenido indisponible para el legislador. Y este contenido, por mandato del art. 10.2 CE, es fácilmente identificable a la luz de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos. Así lo ha reconocido el propio TC al declarar que tanto los convenios internacionales, como la jurisprudencia de los órganos que los interpretan y los dictámenes elaborados por los comités competentes del sistema de Naciones Unidas (STC 198/2012), conforman «el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000).

### 3.2.1 EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Según el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona «tiene derecho a un nivel de vida adecuado» que le asegure «la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». Derecho al que también se refiere el art. 11 PIDESC, del que se deriva la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas que fueran necesarias para asegurar su efectividad. Así, el derecho a la vivienda, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, es definido por el Comité DESC «como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte» (OG 3). Y para dar efectivo cumplimiento a dicho derecho deben concurrir una serie de estándares relativos a la seguridad legal de la ocupación; la proximidad de los servicios, materiales, equipamientos e infraestructuras necesarios; un coste asequible; la habitabilidad; y un acceso fácil para los grupos desfavorecidos (OG 4 y 7). De este modo, el derecho a la vivienda abarca, entre otras cuestiones, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada, la seguridad en la tenencia y la protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar. Y las medidas adoptadas para tales fines deben implicar, en todo caso, el máximo de los recursos dispo-

nibles (art. 2.1 PIDESC), debiendo las de carácter regresivo ser suficientemente justificadas<sup>17</sup>.

Concretamente, en lo que a los desalojos respecta, éstos solo estarán justificados en circunstancias excepcionales, siempre que se haya demostrado la capacidad de pago del arrendatario e imponiéndose a los Estados, en todo caso, la obligación de garantizar la existencia de recursos jurídicos y de un realojo adecuados. El Comité DESC otorga así una especial protección frente a esta práctica como respuesta a la evidente conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos (OG 7). Vínculo expresamente reconocido por el propio Tribunal de Estrasburgo que, aún no disponiendo de mención expresa del derecho a la vivienda en el Convenio de Roma, lo ha protegido de la práctica de los desahucios a través tanto del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, como del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>18</sup>. Aún así, la observancia en los últimos años por el Ejecutivo español del acervo internacional en materia de derecho a la vivienda ha sido más que dudosa. La respuesta del Gobierno frente a las indicaciones del Comité DESC, sigue siendo claramente insuficiente<sup>19</sup>. Y aunque las reformas procesales instadas por el Tribunal de Justicia de la UE han supuesto un avance significativo, las mismas no han logrado paliar una situación de verdadera emergencia social<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> En caso de que un Estado aduzca «limitaciones de recursos» para explicar cualquier medida regresiva, en su evaluación el Comité DESC tendrá en cuenta: el nivel de desarrollo y situación económica del país; la gravedad de la presunta infracción; la existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos de que dispone; si el Estado trató de encontrar opciones de bajo costo; y si recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional. Para determinar si un Estado ha adoptado medidas razonables hasta el máximo de los recursos de que disponga, se atribuye suma importancia a que el mismo cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos (UN. ECOSOC, Doc. E/C.12/2007/1).

<sup>18</sup> Entre otras, Sentencias en los asuntos *Yordanova c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012.; *Winterstein c. Francia*, de 17 de octubre de 2013, y *Tchokontio Happi c. Francia*, de 9 de abril de 2015. De hecho, la jurisdicción de Estrasburgo ha desarrollado una importante labor de protección de los derechos sociales a través de la interpretación del Convenio de Roma de conformidad con los tratados internacionales aplicables en la materia, muy especialmente la Carta Social Europea (CSE) que, en su versión revisada, prevé expresamente el derecho a la vivienda (art. 31). Y a la CSE se ha referido el propio Tribunal de Justicia de la UE, entre otras, en la Sentencia en el asunto *Laval & Partneri Ltd (C-341/05)*, apdo. 91.

<sup>19</sup> El primer caso resuelto en aplicación del Protocolo Facultativo al PIDESC respondió a una denuncia contra España con origen en un desahucio por impago. La denuncia dio lugar a la Resolución E/C.12/55/D/2/2014. Desde entonces, este Comité ha intervenido en casi una veintena de casos relacionados con ejecuciones forzosas. Más información en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>.

<sup>20</sup> Aunque el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE incluye el derecho a «una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes», la UE no tiene competencias en la materia. Ahora bien, ello no ha impedido que, precisamente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y dirigiéndose al Estado español, el Tribunal de Luxemburgo haya velado por su efectivo cumplimiento, entre otras, en las Sentencias en los asuntos *Mohamed Aziz y CatalunyaCaixa (C-415/11)*; *Morcillo y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-169/14)* y *BBVA (C-8/14)*. Dichos pronunciamientos impulsaron importantes reformas legislativas, como la

### 3.2.2 PROPUESTAS PARA AVANZAR. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

Según el último *House Price Index*, elaborado por Eurostat, los precios del alquiler de la vivienda en España en 2017 subieron el doble que en Italia y Francia, situándonos así, por primera vez en casi una década, entre los quince países donde el alquiler se encareció por encima de la media de la UE. Y hablamos de un país en el que, según Cáritas, a finales de 2018 unas cuarenta mil personas carecían de un techo bajo el que refugiarse. Cifras que se elevan por encima de los dos millones en el caso de las personas que residen en una vivienda insegura, y de los cuatro millones para quienes lo hacen en una vivienda inadecuada<sup>21</sup>. En definitiva, todavía hoy la sociedad española no ha logrado reducir los niveles de exclusión vinculados a la vivienda. Y, como no podía ser de otro modo, ello nos lleva a cuestionar la existencia de una política suficiente de vivienda pública.

La construcción de vivienda protegida fue la gran víctima de la recesión y los recortes presupuestarios. Y a pesar del crecimiento económico, las cifras han seguido cayendo, situándonos en los puestos de cola en la lista de países europeos relativa al porcentaje de vivienda de alquiler social sobre el parque total<sup>22</sup>. No es difícil así compartir la afirmación de quienes han vislumbrado en la futura elaboración de un plan estatal que proteja, fomente y desarrolle la construcción de vivienda de protección oficial, una de las principales asignaturas pendientes de la democracia española. Es por ello que, junto a una conveniente reforma del texto constitucional que suprima la jerarquización de los derechos, delimite el contenido mínimo de los sociales y conecte el principio de la equidad en el gasto público con una cláusula de dedicación de los máximos recursos disponibles<sup>23</sup>, urge una regulación urbanística que apueste por

---

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y sus sucesivas modificaciones, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

<sup>21</sup> Atendiendo al análisis de la Fundación Foessa, junto al empleo (23,9%) y la salud (14%), la vivienda (23,7%) sigue siendo determinante en la situación de exclusión social de la población en territorio español. El informe puede descargarse en: <https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/2018/09/Ana%CC%81lisis-y-perspectiva-2018-digital.pdf>.

<sup>22</sup> Según un reciente documento de trabajo de la Fundación Alternativas, frente a Holanda, que encabeza la lista (30%), seguida de Austria (24%), Dinamarca (20,9%), Suecia (19%), Reino Unido (17,6%) y Francia (16,8%), España se sitúa (1,5%) junto a Rumanía, y solo por delante de Letonia (0,4%), Chipre (0%) y Grecia (0%) El documento puede descargarse en: <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-parque-publico-y-prottegido-de-viviendas-en-espana-un-analisis-desde-el-contexto-europeo>.

<sup>23</sup> Se impondría así, como ocurre en algunos países de América Latina y de Estados Unidos, una necesaria modulación del principio de estabilidad presupuestaria, quedando el mismo constreñido por nuestros

una planificación estatal de la vivienda coherente con nuestras obligaciones internacionales.

El derecho a la vivienda, entendido como un verdadero derecho fundamental, comporta, entre otras cosas, que un propietario no pueda dejar desocupada su vivienda en situaciones de escasez y que el arrendador no pueda establecer cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, ni emprender desalojos privados que vulneren los derechos procesales más elementales. Además, las autoridades públicas deberían poder expropiar suelo o tierras improductivas para la construcción de vivienda social, y recaudar impuestos para la financiación de viviendas protegidas o de alojamiento temporal de personas sin hogar. Iniciativas estas últimas que, además, deberían poder contar con la participación de entidades no lucrativas (Pisarello, 2003, 92-93). Quizás el modelo vienes sea un referente a seguir<sup>24</sup>. Quizás lo sea también (como lo fue para la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre) el mecanismo francés de solidaridad urbana (que impone por ley una obligación a los municipios de contar con un porcentaje determinado de vivienda social)<sup>25</sup>. En todo caso, apremia el impulso estatal de un incremento del parque de viviendas de alquiler asequible, ya sea mediante la edificación en régimen de protección pública, ya mediante el desarrollo de programas de captación de viviendas vacías tanto de grandes tenedores (fondos de inversión o entidades financieras), como de particulares<sup>26</sup>. Además, tanto los mecanismos de control de los precios de alquiler, como la ambiciosa (y anulada) «Ley Alur» de París, el alquiler de tarifa acordada de Roma y la *Mietpreisbremse* berlinesa, como los sistemas de incentivos fiscales de países como Dinamarca, Bélgica y Portugal, ofrecen argumentos para el debate<sup>27</sup>. Se trata, en definitiva, de una cuestión de voluntad política, no de inviabilidad económica ni de imposibilidad técnico-jurídica.

---

deberes internacionales en materia social (MONTESINOS PADILLA, 2019). Además, incluso se podría barajar la posibilidad de constitucionalizar un derecho a un mínimo vital (MUÑOZ MACHADO, 2014).

<sup>24</sup> Una descripción detallada de dicho modelo puede encontrarse en el análisis recientemente publicado por Ardura Urquiaga y De Gregorio Hurtado en *Agenda Pública*: <http://agendapublica.elpais.com/vivienda-para-tods-una-mirada-a-la-experiencia-de-viena/>

<sup>25</sup> En Francia, además, la llamada Ley DALO prevé que cuando una familia no dispone de una vivienda digna, vive en condiciones de insalubridad o está amenazada de expulsión, puede hacer una solicitud ante una comisión de mediación. Si el Estado no le proporciona vivienda dentro del plazo establecido, se podrá interponer un recurso ante los tribunales, que podrá multar a la administración responsable.

<sup>26</sup> En este sentido se pronunció SAN ROMÁN AYALA en un artículo de investigación publicado recientemente en *Agenda Pública*, disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/como-crear-un-parque-de-vivienda-en-alquiler/>

<sup>27</sup> La «Ley Alur», anulada en 2017 por un tribunal administrativo (ahora es indicativa), establece anualmente un precio de referencia para el metro cuadrado que el propietario no puede exceder por encima de un 20%, ni bajarlo por debajo de un 30%. Por su parte, en Roma existe un mecanismo de «alquiler de tarifa acordada», por el que cada Ayuntamiento establece precios máximos y mínimos, que acuerda con asociaciones locales de propietarios e inquilinos. Finalmente, inspirada en la iniciativa neoyorkina «va-

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARDURA URQUIAGA, A.; De Gregorio Hurtado, S. (2019), Vivienda para tod@s. Una mirada a la experiencia de Viena, *Agenda Pública* (en línea), disponible en <http://agendapublica.elpais.com/vivienda-para-tods-una-mirada-a-la-experiencia-de-viena/>.
- BAUMAN, Z.; BORDONI, C.; AGUIAR, R. (trad) (2016), *Estado de Crise*, Zahar, Rio de Janeiro.
- CARRILLO, M. (2016), The impact of the crisis on social rights, *Catalan Social Sciences Review*, n.6, pp. 25-52.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015), Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general, en VV. AA. *Crisis y Constitución. XIX Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, pp. 77-84.
- ESCOBAR ROCA, G. (2012), Indivisibilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 2, pp. 47-61.
- ESPINO TAPIA, D. R. (2017), Derechos sociales y justiciabilidad en la Teoría constitucional de inicios del Siglo XXI, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, pp. 79-108
- FABRE, C. (2000), *Social Rights Under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford.
- FÁUNDEZ LEDESMA, H. (2000), La justiciabilidad de los derechos sociales en el Derecho internacional contemporáneo, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 6, n. 2, pp. 163-200.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (2000), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Norton & Company, New York.
- JIMENA QUESADA, L. (2018), La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: Signo de madurez constitucional, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 101, pp. 819-866.
- (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2014), Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, pp. 79-124.

---

*cancy rent control*», la ley berlinesa de «freno al precio del alquiler», en vigor desde junio de 2015, pone topes en las rentas según un índice general establecido y actualizado por un observatorio público. Especial interés reviste la reciente iniciativa del Parlamento luso, que a finales de 2018 aprobó una nueva ley de vivienda que impide desalojar a mayores de 65 años o personas con un 60% de discapacidad si llevan en una casa más 15 años.

- MONTESINOS PADILLA, C. (2019), El derecho a la vivienda (o del porqué y del cómo reformar la Constitución en materia de derechos sociales), *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2.
- (2018). Artículo 95, en PÉREZ TREMP, P.; SAIZ ARNAIZ, A. (dirs.); Montesinos Padilla, C. (coord.). *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1381-1391.
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2018), La economía social de mercado: El polémico concepto de la Constitución económica europea, en GARCÍA GUERRERO, J. L.; MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 791-812.
- PISARELLO, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.
- (2003), *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014), *Sobre la pobreza y el Derecho*, Iustel Conferencias, Madrid.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017), El desarrollo de la Constitución social, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 100, pp. 799-829.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2012), La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29, pp. 423-424.
- SAURA ESTEPÁ, J. (2011), La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2/2011.
- SEN, A. (1999), *Desarrollo como libertad*, Teixeira Motta, L.; Doninelli Mendes, R. (trad), Editora Schwarcz, Sao Paulo.
- SHUE, H. (1996), *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*. 2.ªEd., Princeton University Press, Princeton.
- TRUJILLO, M. A. (2018), Artículo 47, en Pérez Tremps, P.; Saiz Arnaiz, A. (dirs.); MONTESINOS PADILLA, C. (coord.), *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018, Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 873-883.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2016), Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica, en VAQUER CABALLERÍA, M.; PONCE SOLÉ, J.; ARNAIZ RAMOS, R. (2016), *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 13-61.
- VV. AA. (2011), La reforma del art. 135 CE. Encuesta sobre la reforma constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 93, pp. 159-210.
- WALDRON, J. (1993), *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge.

# GLOBALIZZAZIONE E NUOVE SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO

LUCA ANTONINI  
Giudice della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Premessa: un cambiamento d'epoca. 2. Sovranità nazionali e globalizzazione: vittime o levatrici della globalizzazione? 3. La potenza del mercato globale dei capitali. 4. Reti digitali e territori nazionali. 5. Le sfide del costituzionalismo nel disagio della postmodernità. 6. Riferimenti bibliografici.

## 1. PREMESSA: UN CAMBIAMENTO D'EPOCA

Il tempo attuale non ci pone nel mezzo di un *cambiamento epocale*, ma, come ormai due Papi (Benedetto XVI e Francesco) hanno in successione affermato, di un vero e proprio *cambiamento d'epoca*. L'imponenza del fenomeno, come è avvenuto in altri periodi di cambiamenti fondativi, rende difficile riconoscere il luogo specifico e il significato della trasformazione che stiamo vivendo: ad esempio, alla fine del XI secolo sarebbe probabilmente apparsa incredibile l'idea che il sistema feudale, Chiesa e Impero potessero entrare in crisi per essere poi superati da nuovi paradigmi istituzionali. Verso il 1300, eppure, tutte quelle tre entità avevano iniziato a cedere il passo a città stato, leghe cittadine e a embrionali Stati territoriali *in fieri*. All'orizzonte, tuttavia, iniziavano a delinearci concetti nuovi: Kantorowicz, ad esempio, ha dimostrato che nel Medioevo occidentale il concetto di territorio nazionale è stato pre-

ceduto, anche per effetto delle crociate, dall'accettazione del concetto di «Patria» (Kantorowicz, 1957/1989, 199 ss.; ma anche, Id., 1951, 472 ss.). Raramente nella storia il nuovo non è collegato al passato (Luciani, 2014, 463 ss.): per questo appare decisivo raccogliere l'invito metodologico della sociologa americana Saskia Sassen a non cadere nella «trappola della endogeneità» che porta generalmente la letteratura sulla globalizzazione a spiegarla in termini di formazione di istituzioni globali e di declino degli Stati nazionali. «Non possiamo capire  $x$  – in questo caso la globalizzazione – limitando il nostro studio alle caratteristiche di  $x$  – cioè le istituzioni e i processi globali»: questa sarebbe una descrizione non una spiegazione, mentre occorre indagare «come si arriva da non  $x$  a  $x$ » (Sassen, 2008, 7 ss.). Per questo la Sassen assume tre categorie metastoriche (territorio, autorità, diritti), analizza come si sviluppano assemblandosi in formazioni storiche e struttura un apparato metodologico che consente, senza equivoci, di misurarsi con i cambiamenti in corso. Sviluppa quindi una teoria analitica del cambiamento che specifica tre elementi costitutivi: i) le *capacità* (elaborate sulla scia di Amartya Sen (2000 e 2010) e Martha Nussbaum (1997, 273 ss.; 2002 e 2012)), alcune muoiono altre sopravvivono al cambiamento; ii) i *punti di svolta* (riprendendo Gladwell, 2000), che evitano di dover postulare che l'affermazione di un nuovo ordine significhi necessariamente la fine del vecchio; iii) le *logiche organizzatrici*, che consentono di rilevare come le spinte centrifughe della globalizzazione siano profondamente diverse da quelle precedenti medioevali o come «*l'internazionalismo sviluppato dagli stati*» grazie agli accordi di Breton Woods fosse un tipo di scala mondiale profondamente diversa da quella dell'era globale (Sassen, 2008, 10 ss. e 16).

Si tratta di una strumentazione metodologica che merita di essere considerata se si vuole evitare, anche ai giuristi, quella trappola dell'endogeneità, in cui ad esempio, sembra scivolare Ghunter Teubner quando afferma come prioritaria la necessità di «indagare empiricamente i processi di globalizzazione realmente in essere al di fuori dello Stato nazionale» (Teubner, 2015, 5).

## 2. SOVRANITÀ NAZIONALI E GLOBALIZZAZIONE: VITTIME O LEVATRICI DELLA GLOBALIZZAZIONE?

La Sassen (2008, 28) è fortemente critica verso la teorizzazione dominante che porta la maggior parte degli studiosi della globalizzazione a ritenere «globale e nazionale come reciprocamente esclusivi». Diversi fenomeni, infatti, dimostrano come la globalizzazione non determini necessariamente il decli-

no degli Stati nazionali: è emblematico considerare, ad esempio, come la *Federal Reserve* o lo stesso Tesoro degli Stati Uniti non abbiano diminuito il loro potere, ma anzi lo abbiano accresciuto significativamente proprio grazie alla globalizzazione: basti pensare all'impatto che generano sui mercati globali le manovre sui tassi di interesse della *Federal Reserve*.

L'attuale fase della globalizzazione consiste, quindi, in sistemi globali che si evolvono sulle capacità che hanno costituito gli Stati nazionali. In altre parole, lo Stato nazionale, con la fissità ed esclusività del suo territorio, rappresenta un insieme di capacità che finiscono per rendere possibile la formazione o l'evoluzione di particolari sistemi globali che non richiedono l'esclusività e tanto meno la fissità<sup>1</sup>. È quindi al suo interno, è importante rilevarlo, che ha luogo gran parte del lavoro di disassemblaggio dello Stato nazione così come si è costruito storicamente: si tratta di un fenomeno in gran parte endogeno al nazionale piuttosto che la conseguenza di «attacchi esterni» (Sassen, 2008, 413 ss.). È significativo, ad esempio, il caso che la Sassen assume come paradigmatico quello degli USA dove la globalizzazione ha portato: i) a un significativo slittamento di potere verso l'esecutivo e a una perdita di capacità legislativa e di controllo da parte del Congresso<sup>2</sup>; ii) a un nuovo ruolo strategico del potere giudiziario (Rittich, 2001, 929 ss.; Rajagopal, 2003); iii) a una erosione della *privacy* del cittadino (ad esempio con il *Patriot Act* è stato autorizzato il controllo ufficiale dei colloqui tra un avvocato e il suo cliente) (Donohue, 2002, 157 ss.).

Occorre poi considerare il fenomeno dell'inserimento, con molte varianti da un Paese all'altro, di interessi privati nel processo deliberativo pubblico (Sassen, 2008, 238). Non è un fenomeno nuovo, perché, come brillantemente dimostrò Franz Neumann (1930/1986) lo stesso modello legale dello Stato liberale costituiva la traduzione dell'idealtipo del progetto politico della borghesia ottocentesca. La differenza fondamentale, tuttavia, è che oggi nel dominio pubblico, da un lato, si inseriscono istanze rivolte alla creazione di infrastrutture istituzionali funzionali alle operazioni globali dei mercati e delle imprese ma, dall'altro, si assiste al disassembleaggio delle responsabilità sulla spesa sociale che erano parte dell'età precedente. Infatti, in passato, la sfera pubblica, nel momento della sua espansione, si era accollata molte delle esternalità del mercato: il modello

---

<sup>1</sup> Rileva questo aspetto MANGIAMELI (2015, 59) quando precisa «una considerazione fondamentale: è la globalizzazione a dipendere dallo Stato e non – come invece al momento sembra – lo Stato a dipendere dalla globalizzazione. Infatti, dietro il modo di operare della globalizzazione rimane pur sempre la decisione degli Stati di non interrompere l'attuale fase di collaborazione che rende possibile l'attraversamento delle frontiere – potremmo dire – «senza passaporto», adoperando questa espressione non solo per le persone, ma anche come metafora per le merci e per i capitali». Cfr. anche BIN (2006), che definisce gli Stati come il «braccio secolare chiamato a dare effettività al mercato globalizzato internazionale».

<sup>2</sup> Circostanza che trova conferma in ACKERMAN (2000, 633 ss.); AMAN (2004); KAGAN (2001, 2245 ss.)

dell'economia sociale di mercato, le politiche keynesiane o il contratto fordista portavano la sfera pubblica a compensare i costi del mercato. Oggi una nuova – e ancora indefinita e poco trasparente – geografia del potere globale esercita sugli Stati forti pressioni per la deregolamentazione di un'ampia gamma di mercati (emblematico è stato il caso delle banche commerciali americane)<sup>3</sup> e imprime la spinta alla privatizzazione delle imprese pubbliche. Questo processo, tuttavia, non comporta affatto una riduzione degli apparati statali regolatori (basti pensare, ad esempio, a quante strutture pubbliche intervengono nel mercato privatizzato dell'energia) ma genera una nuova normatività, incapsulata non più nei tradizionali valori pubblici della costituzione, ma in quelli del mondo del potere privato e contribuisce alla denazionalizzazione di quelli che si erano storicamente costituiti come programmi sociali.

In questo processo il valore dell'efficienza, con la sua pretesa (indimostrata) di neutralità, tende a diventare il surrogato di quello che una volta era l'interesse pubblico, riconfigurando in realtà lo spazio politico nazionale<sup>4</sup>.

Non sono solo quindi le istituzioni del *Washington Consensus* (FMI, Banca Mondiale, OMC) a spingere verso l'autonomia del mercato globale, ma gli Stati stessi che, da un lato, ampliano le libertà e le garanzie delle imprese straniere, eliminano le barriere legali, contabili e tecniche alle transazioni transfrontaliere, ma, dall'altro, favoriscono la proliferazione di agenti privati che generano regole e norme per gestire domini un tempo esclusivamente in mano allo Stato (Sassen, 2008, 247).

Ad esempio lo sviluppo degli arbitrati commerciali internazionali è vissuto dagli Stati nazionali come una «soluzione pratica» derivante dall'incapacità del proprio «sistema giudiziario a gestire la complessità delle transazioni commerciali»<sup>5</sup>. L'arbitrato commerciale internazionale, che ha fatto registrare una crescita esponenziale negli ultimi vent'anni (Galgano, Marrella, 2011, 957 ss.), è divenuto quindi il metodo contrattuale principale per la risoluzione di vertenze commerciali transnazionali, perché elimina il rischio di imbattersi in una giurisdizione territoriale con leggi «sbagliate», secondo «il mito liberale dell'essenza naturale, apolitica, consensuale ed efficiente della regolamenta-

---

<sup>3</sup> È significativo ricordare il processo di deregolamentazione, con l'abolizione, nel 1999, della legge *Glass-Steagall* del 1933 che sanciva la separazione tra banche commerciali e banche di investimento e l'approvazione della *Commodity Futures Modernization* del 2000, e quindi il relativo «gioco speculativo» tra agenzie di rating e Hedge Fund che ha interessato il sistema delle banche commerciali americane, sulla cui evoluzione si è sviluppato il sistema dei derivati. Cfr. la ricostruzione dei vari passaggi di quel processo in MANGIAMELI (2015, 64). Si veda anche ZAMAGNI (2008) e MORRIS (2008).

<sup>4</sup> Cfr. su quest'aspetto, PICIOTTO, MAYNE (1999, 53 ss.).

<sup>5</sup> SASSEN (2018, 256 ss.). Cfr. per le problematiche che possono verificarsi, SANDERS (1999); RUBINO-SAMMARTANO (2005).

zione privata dell'economia» (Culter, Haufer, T. Porter, 1999; Culter 2001, 408 ss.). Da questo punto di vista, per inciso, va precisato che sebbene vi sia una diffusa tendenza a vedere nell'ascesa dell'arbitrato commerciale internazionale un risorgere della *lex mercatoria* medioevale è importante osservare che mentre quella si basava su un'autonomia dei mercanti che derivava dall'*assenza* di uno Stato, l'arbitrato moderno opera con il *sostegno* e l'*avallo* degli Stati (Schwarcz, 2002, 319 ss.), perché si fonda sul presupposto che esistono degli Stati che hanno il potere di fare rispettare le leggi e si impegnano a non usare la forza per disattendere i risultati dell'arbitrato e appoggiare una delle proprie imprese che ne è uscita sconfitta (Saputelli, 2015, 108 ss.).

Sono molti gli esempi che possono essere ulteriormente proposti.

Basti pensare al ruolo crescente delle agenzie di *rating* (Pinelli, 2012, 229 ss.), che va ormai molto al di là della valutazione della solvibilità di imprese e governi, essendo diventate *de facto* le organizzazioni che stabiliscono gli standard dell'industria finanziaria nel suo complesso.

Emblematica è poi la crescente invadenza di altre forme di *soft law*<sup>6</sup>, chiamate a regolamentare gli ambiti dove si ritiene che la *hard law* non sia in grado di intervenire in modo efficiente, come la cd. *lex constructionis*<sup>7</sup>. Significative sono anche le dinamiche che hanno accompagnato l'Accordo commerciale sui diritti di proprietà intellettuale (TRIPS) del 1995<sup>8</sup>: da un lato esse si fondano sul presupposto che l'armonia delle regole è l'ideale per la libera circolazione, dall'altro rendono gli Stati i principali implementatori di questo nuovo regime: tocca a loro, infatti, il lavoro di uniformare le protezioni secondo gli standard internazionali, che entrano a far parte del diritto nazionale.

La sovranità nazionale, quindi, non è sublimata in un diritto globale, come vorrebbe in prospettiva Teubner (2004), ma si articola in un rapporto di coesistenza, in un certo senso necessaria, di due siti: uno territoriale e un altro globale<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. al riguardo THURER (2002, 452 ss.); ABBOT, SNIDAL (2000, 421 ss.); nella dottrina italiana, di recente, ZACCARIA (2012, 53 ss.); T. E. FROSINI (2016, 197 ss.); M. A. SANDULLI (2016, 296 ss.).

<sup>7</sup> Un sistema autonomo di regole interne che disciplina le operazioni internazionali delle grandi imprese di costruzione e ingegneristiche: da un lato poche imprese ne hanno un controllo sproporzionato, dall'altro essa internalizza i problemi di compatibilità ambientale secondo le discipline dei singoli stati in cui si opera. Sul punto SASSE (2018, 317 ss.).

<sup>8</sup> Sul quale cfr. GALGANO, MARRELLA (2011, 251 ss.).

<sup>9</sup> Un altro esempio è quello delle legislazioni antitrust. Dagli anni ottanta la globalizzazione economica ha esercitato pressioni sui governi nazionali perché arrivassero a una convergenza sulle normative antitrust e verso la fine degli anni novanta più di settanta nazioni avevano qualcosa di simile alle regole antitrust occidentali, contro i quaranta degli anni '70. Il ruolo dello stato si è spostato dal sostegno alle proprie industrie strategiche a quello della fissazione delle condizioni di competitività in un'economia globale.

*Last but not least* si ponga mente all'evoluzione delle banche centrali degli Stati che trattano questioni nazionali, ma che da tempo sono ormai diventate la sede istituzionale e autonoma, all'interno dello Stato nazionale, delle politiche monetarie necessarie allo sviluppo di un mercato globale del capitale.

Gli esempi proposti mostrano, in sintesi, come alcune componenti dello Stato nazionale, anziché smobilitarsi, in realtà comincino a funzionare come sedi istituzionalizzate dell'azione di potenti dinamiche riconducibili ai mercati globali del capitale. Queste istituzioni statali riorientano le loro politiche particolari o più in generale i programmi dello Stato verso le richieste dell'economia globale: si assiste ad un'ascesa dell'autorità privata (Schwarcz, 2002, 319) che non si presenta, ad un esame attento, come una semplice forza che agisce dall'esterno dello Stato, ma che è in parte endogena allo Stato stesso (Sassen, 2008, 247).

In conclusione, più che le *vittime* della globalizzazione, sono gli Stati nella loro piena dimensione territoriale che detengono un'insostituibile capacità tecnica e amministrativa non surrogabile, in questo momento, da nessun altro assetto istituzionale (Gray, 1990, 93). Gli Stati non sono vittime ma levatrici: «sono siti strategici per la strutturazione del globale e in questo processo subiscono cambiamenti fondamentali» (Sassen, 2008, 296).

### 3. LA POTENZA DEL MERCATO GLOBALE DEI CAPITALI

Nell'analisi delle interazioni tra Stati nazionali e globalizzazione, il mercato globale del capitale richiede un'analisi specifica. Le caratteristiche di questo settore, infatti, sono diverse da quelle degli altri ordini istituzionali del contesto globalizzato, come quello, prima analizzato, del commercio globale.

Lo sono innanzitutto nel profilo della dimensione: la finanza ha conosciuto negli ultimi anni una crescita impressionante<sup>10</sup>, non paragonabile a quella di altri settori globalizzati pure in espansione, al punto di generare quella che Ulrich Beck ha definito la «società mondiale del rischio» (Beck, 1999), dove sono possibili fenomeni di condizionalità catastrofica (Pitruzzella, 2015, 30 ss.; Ruggeri, 2011). Un'altra caratteristica specifica è quella della concentrazione del potere in istituzioni come i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, gli Hedge Fund, che hanno, in particolare, questi ultimi, vocazioni marcatamente speculative.

---

<sup>10</sup> Cfr. Commissione VI Finanze Camera dei Deputati Roma, 15 giugno 2015.

Un altro ordine di differenze rispetto ad altri settori riguarda le proprietà che le nuove tecnologie hanno apportato ai mercati finanziari: la digitalizzazione delle transazioni – con trasmissione istantanea, interconnettività e accesso decentrato – ha determinato una crescita esponenziale delle transazioni, a prescindere del valore reale sottostante.

In questo comparto, inoltre, le interazioni tra attori globali e governi nazionali spesso assumono forme complesse: ad esempio le emissioni di titoli di debito pubblico comportano delicati rapporti con le agenzie di *rating*, che possono tradursi in forme tutt'altro che neutrali e trasparenti, come emblematicamente avvenne nel 1996 nell'ambito della crisi messicana o in quella argentina subito dopo (Sassen, 2008, 338 ss.).

Ma soprattutto, se il mercato globale dei capitali costituisce uno spazio euristico fondamentale per comprendere le dinamiche della globalizzazione, è opportuno considerare come la normatività che ne presiede la logica operativa si sia imposta, a partire dagli anni '90, in importanti aspetti della politica economica nazionale. Viene qui in rilievo il processo che ha condotto ad assegnare crescente importanza all'autonomia delle banche centrali e quindi la preferenza<sup>11</sup> riservata a obiettivi anti inflazionistici piuttosto che alla crescita e all'occupazione.

In questo contesto guadagnano legittimità alcune pretese, quelle cui di solito si fa riferimento come «condizionalità del FMI», mentre altre, come quelle riguardanti il benessere delle persone, tendono ad essere delegittimate, perché ritenute spesso responsabili di rendere lo Stato meno competitivo, in un contesto dove ci si aspetta, invece, che lo diventi sempre di più.

Infine, il mercato globale dei capitali costituisce una concentrazione di potere capace di influenzare sistematicamente le politiche dei governi nazionali e non solo. I mercati finanziari, infatti, sono capaci di uno spiegamento di potere in grado di approvare o affondare (spesso in modo erratico e non preventivabile) le politiche economiche dei governi. Si è parlato, correttamente, di «doppia fiducia» (Pitruzzella, 2015), descrivendo la necessità di governare godendo della fiducia dei mercati: il termine suona forse eccessivo<sup>12</sup>, tuttavia è difficile negare che il timore delle «sanzioni finanziarie» dei mercati tenda a

---

<sup>11</sup> In questa osservazione, che assume carattere generale, si prescinde dalle differenti impostazioni che dopo la crisi finanziaria hanno assunto la BCE e la FED, sulle quali sia consentito rimandare, ai fini dell'approfondimento, a ANTONINI (2016, 13 ss.).

<sup>12</sup> Così ONIDA (2015, 281), che osserva: «Per conto mio preferirei, parlando di rapporti fiduciari, non includere i mercati finanziari (entità inanimate) come un referente assiologico necessario alla stessa stregua della fiducia dei cittadini, delle istituzioni politiche sovranazionali e della comunità internazionale. Certamente gli orientamenti degli operatori economici, e anche le tendenze dei mercati, sono fatti dei quali non si può non tenere conto: solo non ne parlerei come di referenti di un rapporto di fiducia necessa-

modificare il tradizionale principio di responsabilità secondo il quale i governi sono chiamati a rispondere del loro operato ai cittadini al momento delle elezioni.

La capacità territoriale degli Stati nazionali non scompare, tuttavia, nemmeno in questo settore; larghe quote dei mercati finanziari sono infatti concentrate in pochi centri finanziari: Londra, New York; Tokyo, Parigi, Francoforte, Shanghai e poche altre città che rappresentano una larga percentuale delle transazioni globali.

Queste «città globali» non sono solo «non luoghi», emblema della globalizzazione o addirittura «discariche» dei suoi irrisolti problemi (Scaccia, 2017, 21). Esse, invece, presentano anche un valore euristico importante nel dimostrare la perdurante rilevanza della territorialità. Non si tratta, ovviamente, di una territorialità analoga a quella dello Stato nazionale: gli assetti istituzionali e le pratiche professionali coinvolte in queste operazioni denazionalizzano i centri finanziari e costituiscono una spazialità diversa da quella della territorialità statale. Tuttavia, queste città globali dimostrano come anche il mercato globale dei capitali, largamente elettronico e emblematicamente in grado di trascendere le giurisdizioni geografiche dello Stato nazionale, sia simultaneamente globale e bisognoso di molteplici inserzioni nei territori nazionali (Sassen, 2008, 360 ss.).

Il fenomeno relativamente recente dei fondi sovrani, che sono istituzioni finanziarie di proprietà delle amministrazioni centrali degli Stati, gestiti in maniera indipendente dalle altre istituzioni finanziarie, conferma ulteriormente queste inserzioni.

#### 4. RETI DIGITALI E TERRITORI NAZIONALI

Le reti digitali costituiscono un nuovo ordine spazio temporale che modifica quello dello Stato nazione: in che termini lo facciano è una questione ancora in divenire. L'avvento della rete mette in discussione le categorie dipendenti dalla nozione di territorio, come quelle di «vicino» e di «lontano» non più correlabili a criteri geografici (Lèvy, 1995, 18), «cambia il quadro dei diritti civili e politici, ridisegna il ruolo dei poteri pubblici, muta i rapporti personali e sociali, e incide sull'antropologia stessa delle persone» (Rodotà, 2006, 177 ss.). Tuttavia la tecnica digitale non è in grado – a differenza di quanto sostiene un'opinione diffusa – di eliminare il territorio e di funzionare al di

---

rio alla stessa stregua di quello che deve intercorrere, secondo i principi democratici, tra gli apparati di governo e la società nel suo insieme, nazionale e internazionale».

fuori della giurisdizione nazionale: il digitale presenta imbricazioni spesso complesse con il non digitale, anche se non tali da determinare una ibridazione. Al cuore di internet troviamo infatti una serie di componenti infrastrutturali che hanno sede nel territorio degli Stati: punti di interscambio, dorsali nazionali, reti regionali e locali. Si tratta di infrastrutture spesso di proprietà privata, che possono implicare poteri di controllo e limitazioni all'accesso; peraltro queste limitazioni sono disposte sia da regimi autoritari (ad esempio la Cina), sia da regole interne (come nel caso delle reti per le transazioni finanziarie all'ingrosso che non sono accessibili a non membri). Inoltre, l'idea che Internet sia sfuggente a qualsiasi tipo di autorità è contraddetta dall'esistenza di un sistema di regole che attengono sia al *software* che all'*hardware* (e quindi nel disegno delle tecnologie), così come dall'esistenza di una autorità privata *non profit* (l'ICANN posta sotto l'influenza dominante del *Department of commerce* statunitense) che sovrintende importanti aspetti di internet concernenti la concessione degli indirizzi e il sistema dei nomi dei domini<sup>13</sup>.

C'è dunque un «territorio» in cui anche la rete è costretta a muoversi. Quella che manca, piuttosto, è una disciplina *super partes* che garantisca con pienezza, senza discriminazioni e a livello planetario, i diritti fondamentali di informazione dei cittadini e le libertà degli utenti (T. E. Frosini, 2011), tanto da condurre a giudicare, sotto questo profilo, il diritto nazionale come «virtualmente inutile» e lo stesso diritto internazionale «inconcludente» (Costanzo, 2012, 835).

Secondo alcuni, come Teubner (2005), la regolamentazione della Rete dovrebbe essere solo il frutto delle stesse dinamiche sociali ed economiche prodotte dalla società civile, dalle quali dovrebbero emergere «costituzioni civili» che prevalgono come fonte normativa sui tradizionali poteri politici e costituzionali. La tesi non sfugge tuttavia alla critica di un eccesso di «medievalismo istituzionale» che rivela piuttosto «l'incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente» (Gallo, 2013).

Dal punto di vista degli sviluppi delle potenzialità della rete l'ipotesi di una democrazia digitale in sostituzione di quella territoriale non è quindi configurabile, per l'assenza di una regolamentazione dei diritti di accesso (Scaccia,

---

<sup>13</sup> Il cyberspazio non è quindi una specie di *Far West*: Internet esiste proprio grazie a un sistema di regole perfettamente strutturato. Alcune sono di natura strettamente tecnica (i protocolli), altre di tipo tecnico-amministrativo (come la struttura degli indirizzi di rete), altre ancora definiscono i comportamenti (la cosiddetta «netiquette»). Tutto nell'ambito del principio generale della libertà di espressione e dell'adesione volontaria di ogni soggetto all'insieme delle regole. Ma non si può far parte di Internet e non accettarne le regole: dal punto di vista tecnico è impossibile, dal punto di vista dei comportamenti si rischia di essere «espulsi» dalla riprovazione di tutti gli altri aderenti (questo, detto di sfuggita, è il fondamento dell'autoregolamentazione).

2017, 17 ss.), di utilizzazione, di rispetto della *privacy*, ecc. Semmai è possibile solo una complementarità delle reti informali ai processi democratici, secondo una prospettiva che in fondo riprende l'ipotesi di Jürgen Habermas che, con particolare riferimento alla realtà europea, ha preconizzato un assetto non più basato sull'esclusivo gioco di istituzioni pubbliche statali tra loro indipendenti, ma aperto all'influenza congiunta di «processi istituzionalizzati dell'opinione e della volontà» e di reti informali di comunicazione pubblica (Costanzo, 2012).

Rimane però fondamentale un'ultima duplice notazione: se internet è uno strumento di contropotere potente e efficace, anche dalle alte virtualità democratiche – si pensi alle primavere arabe o alla (controversa) capacità di penetrazione nelle segrete stanze del potere, come nel caso Wikileaks (Tondi delle Mura, 2012) –, tuttavia nella sua forza ha anche il suo limite: come ha brillantemente evidenziato Gaetano Azzariti, internet è condannato a *to blow in the wind*; in quanto strumento virtuale «non può dare seguito nella materialità del mondo alle domande di libertà che esso stesso produce»<sup>14</sup>.

Né, peraltro, la *lex digitalis* sfugge alla possibilità, per quanto complessa, di giungere a una regolamentazione «costituzionale», come ha evidenziato Stefano Rodotà (2006), sebbene a un livello diverso da quello delle costituzioni nazionali, né alla possibilità, come ha mostrato Tommaso Frosini (2011), che sia elaborato un diritto costituzionale di accesso a Internet grazie a un'acorta opera di interpretazione costituzionale.

Se, da un lato, possibili soluzioni, in questo ambito, sono quindi in parte endogene allo strumento stesso<sup>15</sup> e in parte sviluppabili all'interno dell'evoluzione giuridica, dall'altro, su fronti diversi, come quello della tassazione statale delle gigantesche transazioni e degli enormi profitti delle *digital enterprises*, si pongono nuovi problemi che sfidano il costituzionalismo dell'epoca attuale.

---

<sup>14</sup> AZZARITI (2016, 142 ss.), che emblematicamente pone come *incipit* del suo saggio la frase di Bill Gates «Se stai morendo di malaria, Internet non ti curerà».

<sup>15</sup> Cfr. anche l'interessante notazione di RAMPINI (2001), che descrive il fiorire delle comunità locali proprio attorno ai grandi centri in California dove si costruiscono le reti virtuali, da Palo Alto a San Francisco: «Contrariamente alle previsioni che dominavano negli anni Sessanta (anche quelle di un grande sociologo come il francese ALAIN TOURAINE), secondo cui la società postindustriale avrebbe visto indebolirsi le relazioni sociali, l'era digitale ha visto addirittura rafforzarsi il bisogno di interazione e di vicinanza. Nonostante Internet, un network potente è quello degli insider nella net economy che si incontrano a pranzo al ristorante italiano Il Fornaio di Palo Alto. Il bisogno di frequentare personalmente i migliori talenti del mondo, e soprattutto di essere «lì» dove le cose accadono prima che altrove, è un formidabile movente di aggregazione: funziona nella Silicon Valley per l'alta tecnologia; nel «corridoio dell'energia» di Houston dove si concentra il Gotha mondiale delle industrie del petrolio, gas, elettricità; nella California del Sud per quell'industria dello spettacolo che «americanizza» la cultura di tutto il pianeta. Tutti assieme, tutti vicini: questa dinamica della prossimità fisica e della comunità intellettuale, che caratterizzò le élite artistiche del Rinascimento italiano così come i distretti industriali inglesi dell'Ottocento studiati da ALFRED MARSHALL, spinge in direzione diametralmente opposta rispetto alle tendenze diffuse ed egualitaria di Internet. Concentra la ricchezza e il potere là dove sono già più abbondanti».

## 5. LE SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO NEL DISAGIO DELLA POSTMODERNITÀ

Alla descritta «privatizzazione» della capacità, da sempre tradizionalmente associata allo Stato, di produrre norme, consegue non solo lo slittamento del confine tra dominio pubblico e privato (Cassese, 2013, 39 ss.) – e la tendenza a produrre leggi nell’interesse di pochi (con forme di promozione della redditività del settore privato) anziché nell’interesse della maggioranza – ma anche alla recessione delle politiche keynesiane di *welfare* nazionale universale.

Si assiste, infatti, a un drastico venir meno, in termini sostanziali, della tradizionale capacità redistributiva degli Stati nazionali, con una conseguenziale recessione della tutela dei diritti sociali e con l’emergere del fenomeno epocale di un drammatico aumento delle diseguaglianze: la forbice tra ricchi e poveri, con poche decine di persone che possiedono ricchezze pari al PIL di intere nazioni (Bauman, 2018, 73), ha assunto dimensioni raramente conosciute in altri momenti della storia.

Significativamente Dani Rodrik (2019, 21 ss.), a dimostrazione degli squilibri sociali generati dalla globalizzazione, ricorda che oggi è molto più conveniente essere «povero in un paese ricco», che «ricco in un paese povero» (nei termini del 5 per cento della fascia più alta o più bassa): «i poveri in un paese ricco risultano quasi cinque volte più ricchi dei ricchi in un paese povero» e poi conclude, su un piano più generale, che «[l]a globalizzazione non si è certo rivelata una manna per tutti. Molte famiglie di lavoratori sono uscite devastate dall’impatto delle importazioni a basso costo della Cina, dal Messico o da altri Paesi. Chi ci ha guadagnato sul serio sono stati i finanziari e i professionisti più qualificati che possono trarre vantaggio dall’ampiamiento dei mercati. Anche se la globalizzazione non è stata l’unica causa scatenante della diseguaglianza nelle economie avanzate, ha comunque giocato un ruolo chiave» (Id., 4 ss.).

Ancora più radicalmente la Sassen (2018a, 115) osserva: «[o]ggi la diseguaglianza è estrema: inaccettabile [...] il linguaggio sulla «maggiore diseguaglianza», sulla «maggiore povertà», sulla crescita della distruzione ambientale e così via è insufficiente a caratterizzare il periodo attuale: ci sono delle vere e proprie rotture in corso, sotterranee ma fondamentali. Non si tratta soltanto di un «di più» della stessa cosa [...] siamo di fronte a un’imponente e diversificata serie di espulsioni, che segnala una più profonda trasformazione sistemica».

Si tratta, in altre parole, di un vero e proprio cambio di paradigma: quello della maggiore o minore disuguaglianza rimaneva ancora all'interno del progetto di inclusione dello stato sociale; l'attuale disuguaglianza estrema si colloca in quello delle espulsioni (dal riconoscimento del diritto alla casa, al sostentamento o altri diritti sociali), dovute a un singolare e nuovo fenomeno di estrazione di ricchezza a danno delle classi più povere.

Ciò è documentabile, ad esempio, in quella estrazione di valore finanziario dalle case delle famiglie a basso reddito che si è verificato con i mutui *subprime* e che ha condotto poi, allo scoppio della bolla, a procedimenti di *foreclosure* che hanno portato nel 2008 in media 10 mila famiglie statunitensi al giorno a perdere la casa. O ancora nel fenomeno del *land grabbing*, ovvero del crescente accaparramento delle terre da parti di potenti gruppi economici o istituzionali a danno delle comunità locali che la coltivavano per sostentarsi. O infine, nella operazione di «pulizia economica» che è stata imposta alla Grecia dal FMI e dalla BCE per riportarla sulla via della ripresa, ma che si è fondata sulla espulsione di circa un terzo dei lavoratori greci<sup>16</sup>, resi invisibili alle statistiche ufficiali, dal godimento dei diritti sociali<sup>17</sup>.

Si tratta di fenomeni che nascono all'ombra di nuove forme di potere, come quello delle cd. «formazioni predatorie», che la Sassen definisce come formazioni complesse che assemblano una varietà di elementi: «individui potenti e ricchi, aziende e corporation, governi (in particolare i rami esecutivi, divenuti più forti con la globalizzazione, e non più deboli come si tende a credere), innovazioni tecniche, legali e finanziarie, nuovi spazi operativi» (Sassen, 2018a, 116 ss.). Guidate da una logica che crea crescenti capacità sistemiche, esse includono elementi caratteristici di molte delle più ammirevoli forme di conoscenza mai prodotte dall'uomo: riflessioni filosofiche raffinate, versioni avanzate del diritto, sistemi di contabilità ricavati da sofisticate e poco trasparenti elaborazioni<sup>18</sup>, efficienti strumenti della logistica e via dicendo. Con queste capacità possono determinare, in alto, grandi acquisizioni di potere e capitale; sul piano ambientale, distruzioni su una scala mai vista finora; sul

---

<sup>16</sup> Cfr., al riguardo, BENVENUTI (2018, 286 ss.), dove si ricorda criticamente CGUE, C-201/15, sent. 21.12.2016, AGET Iraklis, sul diritto riconosciuto a una multinazionale francese di procedere a licenziamenti collettivi in contrasto con il diritto nazionale greco; osserva l'autore: «[I] profilo più singolare dell'intera motivazione riguarda, però, la secca risposta del giudice sovranazionale all'invocazione da parte della Grecia di «serie ragioni sociali, in un contesto caratterizzato da una crisi economica acuta e da un tasso di disoccupazione particolarmente elevato». La questione, nonostante la sua incontestabile gravità, è liquidata nella motivazione in poche battute».

<sup>17</sup> Cfr. SASSEN (2015, 44 ss.), 44, ss., 93 ss., 140 ss. dove vengono documentati questi fenomeni.

<sup>18</sup> Cfr. RAMANNA (2015) il quale osserva che per la definizione degli standard contabili spesso vengono incaricati piccoli gruppi di esperti qualificati, che spesso nutrono forti interessi commerciali sull'esito delle valutazioni. Cfr, inoltre CAROSI (2018, 11, ss.).

piano sociale, una crescita significativa dei processi di espulsione delle persone dall'ambito delle opzioni di vita ragionevoli, «perfino nei paesi ricchi, quei paesi in cui per lungo tempo ha prevalso una logica opposta, inclusiva» (Sassen, 2018b).

Il «disagio della postmodernità», come l'ha definito Zygmunt Bauman (2018, 83 ss.), alimentato da un «accrescersi di un sentimento di ingiustizia», è imputabile anche a questi fenomeni.

Large fasce della popolazione assistono, sostanzialmente impotenti, a una «libertà senza limiti concessa al capitale finanziario a dispetto di tutte le altre libertà con quali esso può trovarsi in conflitto», alla «lacerazione sociale di tutte le reti di sicurezza», al «disconoscimento di tutte le ragioni di tipo non economico» (Bauman, 2018, 35 ss.).

Una conclusione è d'obbligo: nelle dissolvenze di questo cambiamento d'epoca le costituzioni non riescono più, com'era stato nel XX secolo<sup>19</sup>, a catturare il potere economico per orientarlo, secondo un progetto di inclusione, a fini di giustizia sociale (Gambino, 2018, 237 ss.).

In questo contesto si può allora realmente riaffacciare alla storia un compito dei costituzionalisti, come prefigurato da Massimo Luciani, «quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi 'a rete' o 'multilivello'»<sup>20</sup>.

Anche su un piano più ordinario, infatti, si assiste allo svilupparsi di un processo in cui gli Stati con troppa facilità abbandonano alcune delle loro tradizionali responsabilità (Hirst, Thompson, 1996, 56 ss.): una serie di micro trasformazioni (dalle liberalizzazioni ai tagli alla spesa sociale, non raramente imputabili al descritto fenomeno di privatizzazione delle capacità statali), determinano la contrazione dei sistemi di *welfare*, affievoliscono i diritti sociali dei cittadini<sup>21</sup>, fanno riaffacciare il fantasma della povertà (cfr. Tremonti, 2016; nonché Pelanda, Luttwak, Tremonti, 2006).

<sup>19</sup> Cfr. LUCIANI (1996, 160 ss.), che nota come con le costituzioni del secondo dopoguerra «lo stesso potere economico, uscito indenne (anzi rafforzato) dalla sottoposizione del potere politico alle regole e ai limiti del governo temperato, già soggetto attivo della trasformazione costituzionale rivoluzionaria, diviene ora oggetto delle regole e dei limiti del governo dello stato sociale, incentrato su un progetto di progresso -e in talune versioni (come in Italia) di vera e propria democrazia «emancipante» o «sostanziale»- che impone ormai l'*Ergreifung*, la cattura costituzionale dell'economico».

<sup>20</sup> Così LUCIANI (2006, 1643 ss.), già oltre dieci anni fa, stigmatizzando «i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)» e auspicando il ritorno «ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere».

<sup>21</sup> Cfr. l'efficace analisi di SALAZAR (2015, 156 ss.), che evidenzia come «non sono frutto del caso o del destino: come è stato detto con riguardo agli USA, «le forze del mercato hanno fatto la loro parte,

Si riducono così il numero delle relazioni e interdipendenze tra i cittadini e il loro Stato e l'abbandono della responsabilità finisce, fra l'altro, nel contrappasso di vedere aumentare la distanza tra istituzioni e cittadini<sup>22</sup>, realizzando così un movimento di allontanamento da quello che fu il contributo fondamentale delle grandi trasformazioni democratiche.

In questo estremizzarsi della disuguaglianza, come hanno dimostrato Judt e Sen, la vittima principale diventa quindi la democrazia stessa (Judt, 2012, 130 ss.; Sen, 2000).

Tutto questo non può, allora, troppo semplicisticamente condurre a cedere alla tentazione di ritenere che la difesa dello stato sociale, con il suo progetto di giustizia sostanziale, sia divenuta ormai una prospettiva troppo ardua, perché «[s]iamo come viaggiatori che esplorano un territorio sconosciuto con l'aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti. Mentre il terreno sul quale stiamo procedendo, la società mondiale degli stati, è cambiato, le nostre mappe non lo sono»<sup>23</sup>.

Questo vorrebbe dire arrendersi alla constatazione di una incombente «fine della storia» (Luciani, 2016, 2), ritenendo l'armamentario concettuale del costituzionalista non più determinante<sup>24</sup> nell'analisi dei fenomeni giuridici<sup>25</sup>.

Una tale resa è troppo semplicistica.

Le mappe concettuali che hanno fondato il costituzionalismo sono, infatti, ancora valide per l'esplorazione di quelle zone intermedie, altamente dinamiche, che sono caratterizzate da una concreta possibilità di cambiare in qualche misura registro.

È ancora possibile perseguire la direzione di una maggiore giustizia e responsabilizzazione, superando così il paradosso attuale di un diritto che, se

---

ma non erano sole» (...), nel senso che le scelte compiute dagli organi di indirizzo politico non sono state certo irrilevanti, specie – se pensiamo all'Italia – alla combinazione tra liberalizzazione del movimento dei capitali, abbandono delle politiche di pieno impiego e ridimensionamento della progressività generale del sistema tributario, a fronte della diminuzione della spesa sociale e dell'aumento dell'incidenza delle imposte sui redditi da lavoro».

<sup>22</sup> Cfr. al riguardo, le emblematiche pagine di BERTOLISSI (1997, 45 ss).

<sup>23</sup> BENHABIB (2006, 5); cfr. anche CASSESE (2015, 467): «Because global administrative law is an entirely new legal entity, it is not possible to rely on methodological nationalism».

<sup>24</sup> Così, in senso critico, DE VERGOTTINI (2006, 6); IOARIATTI FERRARI (2008, 41 ss.).

<sup>25</sup> Cfr. BIN (2006), che afferma: «Dei tre ingredienti che costituiscono la sovranità, il territorio è indubbiamente quello che soffre con maggiore evidenza gli effetti della globalizzazione: il mondo globale è la negazione della delimitazione fisica di un territorio, e invece il territorio è la dimensione fondamentale che organizza il diritto costituzionale. La vigenza della legge ha una delimitazione territoriale, così come è strettamente ancorata al territorio la stessa rappresentanza politica; il potere impositivo dello Stato – che è geneticamente collegato allo svilupparsi della rappresentanza – è strettamente riferito a beni collocati o prodotti su un territorio delimitato».

da un lato, assume un ruolo sempre più importante nell'economia, dall'altro, è sempre più separato dai problemi redistributivi.

Si tratta di questioni sulle quali, a mio avviso, la scienza costituzionalistica, può e deve prendere posizione, mettendo al centro la possibilità di ripensare il ruolo dello Stato rispetto ai soggetti della globalizzazione (Mangiameli, 2015, 5): non è marginale che Stiglitz (2011, 37) richiami la necessità «di formulare alcune visioni alternative del ruolo economico dello Stato in questo nuovo secolo», invitando cioè a cercare la soluzione nella teoria dello Stato e della democrazia<sup>26</sup>.

È questa, infatti, una prospettiva dove è ancora possibile sviluppare alcuni anticorpi.

Certamente uno l'ha individuato la Corte costituzionale italiana quando ha recentemente introdotto la nozione di «spesa costituzionalmente necessaria»<sup>27</sup> in relazione al diritto alla salute e ai tagli alla spesa per i programmi sociali, implicitamente mostrando come il legislatore non sia libero di ignorare le priorità costituzionali – sanità, scuola, previdenza – destinando le risorse disponibili a obiettivi che la Costituzione non impone (Carlassarre, 2015, 142).

Altri potrebbero essere sviluppati nell'ambito della questione fiscale, che, come è noto, si pone all'origine stessa del costituzionalismo moderno (Antonini, 2006).

La questione è cruciale se si pensa al livello di elusione fiscale che si realizza a favore delle *digital enterprises*, solo perché, né a livello nazionale, né sovranazionale, viene aggiornata la nozione di «stabile organizzazione» che costituisce il presupposto perché si possa esercitare la presa impositiva degli stati nazionali.

Giganti del commercio digitale, che contano centinaia di migliaia di dipendenti, riescono con raffinate tecniche di pianificazione fiscale e un'accurata scelta della localizzazione della sede fiscale, a pagare imposte irrisorie rispetto a quelle corrisposte dagli esercenti del commercio tradizionale; questi ultimi subiscono così una concorrenza «mortale», ma nel loro destino, emblematicamente, trascinano quel gettito fiscale che costituisce l'indispensabile canale di finanziamento dello stato sociale e delle politiche redistributive nazionali.

<sup>26</sup> Questa prospettiva è auspicata da LUCIANI (1996, 185 ss.).

<sup>27</sup> Sentenza n. 169 del 2017. Cfr., sulla stessa, ANTONINI, 2017, e dottrina *ivi* richiamata; nonché ANTONINI, BERGO (2018, 14 ss.).

Cfr. anche, sentenza n. 275 del 2016, dove si afferma: «[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

Il mancato affronto del problema della stabile organizzazione, così come di quello altrettanto evidente della concorrenza fiscale che è possibile all'interno della stessa Unione Europea (con migliaia di sedi di imprese localizzate in Stati membri che hanno drasticamente ridotto la pressione fiscale sulle stesse), destina quindi al declino il meccanismo fondante del *Welfare State*, che aveva saputo coniugare, in una sintesi storica straordinariamente efficace, sviluppo economico e crescita economica.

Il volume «Espulsioni» della Sassen (2015, 25 ss.) fornisce dati impressionanti dell'enorme incremento dei profitti delle grandi imprese nell'ultimo decennio e della concomitante, altrettanto enorme, perdita di gettito derivante dalla tassazione delle stesse, con un conseguente drastico abbassamento delle risorse disponibili per le politiche sociali.

Non si tratta, lo si ribadisce, di fenomeni rispetto ai quali il costituzionalismo o più banalmente il diritto legislativo sono ormai ontologicamente impotenti. Piuttosto, quest'ultimo è spesso volutamente o per sciatteria, inattivo; basti considerare il caso italiano, fermo nella conservazione di un impianto arcaico: l'ultima riforma organica del sistema fiscale risale al 1973, ovvero a una data preistorica rispetto al dinamismo dei fenomeni economici, al punto che ormai le originarie capacità redistributive della progressività si sono, non solo sostanzialmente impoverite, ma addirittura concorrono, in uno scenario radicalmente cambiato, a determinare trappole della povertà (Antonini, 2006).

Franco Gallo, a tal riguardo, in più occasioni (2014, 221 ss.; 2016a; 2016b; 2016c) ha evidenziato la necessità (e la possibilità) di modernizzare l'impianto di fondo del sistema fiscale, recuperando almeno in parte la perduta capacità di redistribuire ricchezza, da ultimo incentrandosi sulla istituzione di una *google tax*, perché «sono maturi i tempi per introdurre nel nostro sistema tributario criteri e istituti nuovi che consentano di attrarre a tassazione tutte quelle attività delle digital enterprises che sono svolte in un territorio, ma non sono imputabili a una stabile organizzazione» (Gallo, 2016d, 18).

Poco però ancora si è fatto o prospettato o, ancora, più semplicemente concettualizzato.

Con la «*iperglobalizzazione*», come la definisce Rodrik<sup>28</sup>, si è verificata una «crisi di senso» (Scaccia, 2017, 14 ss.) e si è rimasti in balia della forza distruttiva che sulle tradizionali capacità statuali hanno potuto (non senza, come si è visto, complicità degli Stati stessi) esercitare le nuove soggettività

---

<sup>28</sup> RODRIK (2019, 6 ss.), che usa la definizione per stigmatizzare la una sempre maggiore, e non adeguatamente regolata, apertura dei commerci e – soprattutto a partire dagli anni Novanta – la liberalizzazione su scala mondiale dei flussi di capitale.

globali, con una sostanziale rassegnazione rispetto alle conseguenze più negative di questo processo: la recessione della tutela dei soggetti socialmente più deboli.

Le rivolte populiste (Ferrajoli, 2018, 515 ss.) e le reazioni sovraniste che a vari livelli si manifestano, o iniziano a manifestarsi (fino a non molto tempo fa sarebbe stata impensabile una uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea o un presidente repubblicano degli Stati Uniti che promette di rimangiarsi la parola sugli accordi commerciali (Rodrik, 2019, 13)) mostrano che si è aperto un enorme abisso tra la visione del mondo dei salotti buoni e quella dei cittadini comuni (Id., 31, ss.). Troppe domande vere sono rimaste inevase.

La sfida cruciale è allora quella dell'avvio di una discussione onesta che sappia elaborare una narrazione dove, considerando il drammatico aumento della diseguaglianza, si riesca a intercettare e comprendere il disagio della postmodernità, così da iniziare realmente a rispondervi.

## 6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABBOT, K. W.; SNIDAL, D. (2000), *Hard and Soft Law. International Organization*, n. LIV.
- ACKERMAN, B. (2000), The New Separation of Powers, *Harvard Law Review*, n. 3.
- AMAN, A. C. (2004), *The Democracy Deficit: Taming Globalization through Law Reform*, New York University Press, New York.
- ANTONINI, L.; BERGO, M. (2018), Il principio di leale collaborazione e la remuntada delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale, *Federalismi.it*, n. 12.
- (2006), *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Guerini, Milano.
- (2016), I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive, in: Id., *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna.
- (2017), Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte, *Federalismi.it*, n. 22.
- AZZARITI, G. (2016), *Lex digitalis e democrazia*, in Mannella, A., *Unità della scienza giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli.
- BAUMAN, Z. (2018), *Il disagio della post modernità*, Laterza, Bari-Roma.
- BECK, U. (1999), *Cos'è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma.
- BENHABIB, S. (2000/2006), *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano.
- BENVENUTI, M. (2018), Democrazia e potere economico, *RivistaAIC.it* n. 3.

- BERTOLISSI, M. (1997), «*Rivolta fiscale*», *Federalismo, Riforme istituzionali*, Cedam, Padova.
- BIN, R. (2006), *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, Relazione svolta al convegno «Ordine giuridico e ordine politico, Esperienze, lessico e prospettive», Trento 24 novembre 2006.
- CARLASSARE, L. (2015), Diritti di prestazione e vincoli di bilancio, *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- CAROSI, A. (2018), Il principio di trasparenza nei conti pubblici» *RivistaAIC.it*, n. 3.
- CASSESE, S. (2013), *Chi governa il mondo*, Bologna, Il Mulino.
- (2015), Global administrative law: The state of the art, *International Journal of Constitutional Law*, n. 2.
- Commissione VI Finanze Camera dei Deputati Roma, *Indagine conoscitiva sugli strumenti finanziari derivati*, Testimonianza del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia Luigi Federico Signorini, 15 giugno 2015.
- COSTANZO, P. (2012), Il fattore tecnologico e le sue conseguenze, *Rassegna Parlamentare*, n. 4.
- CULTER, A. C. (2001), Globalization, the Rule of Law, and the Modern Law Merchant: Medioeval or Late Capitalist Associations, *Constellation* n. 4.
- CULTER, A. C.; HAUFER, V.; PORTER, T. (1999), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York press, Albany.
- DE VERGOTTINI, G. (2006), Garanzia dell'identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione, in Amato, Ponzanelli, *Global Law v. Local Law: problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- DONOHUE, L. K. (2002), Fear Itself: Counter-Terrorism, Individual Rights, and U. S. Foreign Relations Post 9-11, in HOWARD, SAWYER, *Terrorism and Counterterrorism: Understanding the New Security Environment*, Reading and Interpretation, New York, McGraw-Hill.
- FERRAJOLI, L. (2018), Democrazia e populismo, *RivistaAIC.it*, n. 3.
- FROSINI, T. E. (2011), Il diritto costituzionale di accesso a internet, *RivistaAIC.it*, n.1.
- (2016), Diritto comparato e diritto globale, in Mannella, A., *Unità della scienza giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli.
- GALGANO, F.; MARRELLA, F. (2011), *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova.
- GALLO, F. (2013), *Lectio magistralis «Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione»*, Conversano, 15 settembre 2013.
- (2014), Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva, *Politiche sociali*, n. 2.
- (2016b), *La lezione di Bruno Visentini. La riforma tributaria*, Relazione tenuta all'Istituto veneto di scienze lettere ed arti, convegno La lezione di Bruno Visentini, Le battaglie per l'Italia e per Venezia: pagine di storia e suggerimenti per il futuro, Venezia, 17 Ottobre 2016.

- (2016c), *Tributi, Costituzione e crisi economica*, Relazione svolta al convegno «Tributi e crisi economica», tenutosi a Firenze il 2 dicembre 2016, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri.
- (2016d), L'affannosa rincorsa al web reddito, *Il Sole 24 Ore*, 3 ottobre 2016.
- (2016a), Il diritto e l'economia, Costituzione, cittadini e partecipazione, *Rassegna Tributaria*, n. 2.
- GAMBINO, S. (2018), Stato sociale una forma superata? alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico, *Rivista AIC.it*, n. 3.
- GLADWELL, M. (2000), *The Tipping Point: How Little Things can Make a Big Difference*, Little, Brown and Company, New York.
- GRAY, J. (1990), *Alba bugiarda. Il mito del capitalismo globale e il suo fallimento*, (trad. it.), Firenze.
- HIRST, P.; THOMPSON, G. (1996), *Globalization in Question*, Polity press, Cambridge.
- JUDT, T. (2012), *Guasto è il mondo*, GLF editori Laterza, Roma-Bari.
- KAGAN, E. (2001), Presidential Administration, *Harvard Law Review*, n. 114.
- KANTOROWICZ, E. (1951), Pro Patria Mori in Medieval Political Thought, *The American Historical Review*, n. 56/3.
- (1957/1989), *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino.
- LÈVY, P. (1995), *Qu'est-ce que le virtuel?*, La decouverte, Parigi.
- LUCIANI, M. (1996), L'antisovrano e la crisi delle costituzioni, *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1.
- (2006), Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, pp. 1643 ss.
- (2014), Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, *Diritto e società*, n. 3, pp. 463 ss.
- (2016), Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, *Rivista AIC.it*, n. 2.
- MANGIAMELI, S. (2015), Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico, in AA. VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Editoriale scientifica, Napoli.
- MAZZARESE, T. (2008), Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale, in Ioriatti Ferrari, *Interpretazione e traduzione del diritto*, CEDAM, Padova.
- MORRIS, C. R. (2008), *Come siamo arrivati al collasso del mercato e cosa ci riserva il futuro*, Elliot, Roma.
- NEUMANN, F. (1930/1986), *The Rule of Law. Political Theory and The Legal System in Modern Society*, Berg, Warwickshire.
- NUSSBAUM, M. (1997), Capabilities and Human Rights, *Fordham Law Review*, n. 2.
- (2002), *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna.
- (2012), *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Il Mulino, Bologna.

- ONIDA, V. (2015), *Costituzionalismo, spazio economico e crisi economica*, in AA. VV. *Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli.
- PELANDA, C., LUTTWAK, E. N., TREMONTI, G. (2006), *Il fantasma della povertà*, Mondadori, Milano.
- PICCIOTTO, S.; MAYNE, R. (1999), *Regulating International Business: Beyond Liberalization*, Palgrave Macmillan, London.
- PINELLI, C. (2012), Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4/2012.
- PITRUZZELLA, G. (2015), Crisi economica e decisioni di governo, in AA. VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli.
- RAJAGOPAL, B. (2003), *International Law from Below*, Cambridge university press, Cambridge.
- RAMANNA, K. (2015), Political Standards. Corporate Interest, Ideology, and Leadership in the Shaping of Accounting Rules for the Market Economy, *The University of Chicago Press*.
- RAMPINI, F. (2001), Internet, la riscoperta del territorio, *Limesonline.com*, 20 maggio 2001.
- RITTICH, K. (2001), Who's Afraid the Critique of Adjudication? Tracing the Discourse of Law in Development, *Cadorzo Law Review*, n. 22, pp. 929 ss.
- RODOTÀ, S. (2006), Una costituzione per internet, *Notizie di Politeia XXII*, n. 82, p. 177 ss.
- RODRIK, D. (2019), *Dirla tutta sul mercato globale*, Einaudi, Torino.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. (2005), *Il diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova.
- RUGGERI, A. (2011), Art. 94 della Costituzione vivente: «Il Governo deve avere la fiducia dei mercati» (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), *Federalismi.it*, n. 23.
- SALAZAR, C. (2015), Crisi economica e diritti fondamentali, in AA. VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli.
- SANDERS, P. (1999), *Quo vadis arbitration?*, Kluwer Law International, The Hague.
- SANDULLI, M. A. (2016), Crisi economica e giustizia amministrativa, in Antonini, L., *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna.
- SAPUTELLI, G. (2015), *Stato, Unione Europea e lex mercatoria*, Giuffrè, Milano.
- SASSEN, S. (2015), *Espulsioni: brutalità e complessità dell'economia mondiale*, Il Mulino, Bologna.
- (2018a), Globalizzazione, in Battiston, Marcon, *La sinistra che verrà*, minimum fax, Roma.
- (2018b), «La sinistra che verrà», in <https://www.minimumfax.com/blog/magazine-1/post/la-sinistra-che-verra-un-contributo-inedito-di-saskia-sassen-1380>.
- (2008), *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Mondadori, Milano.

- SCACCIA, G. (2017), Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico, *RivistaAIC.it*, n. 3.
- SCHWARCZ, S. L. (2002), *Private Ordering*, *Nordwestern University Law Review*, n. 1.
- SEN, A. (2000), *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, Mondadori.
- (2019) *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna.
- STIGLITZ, J. E. (2011), *Globalizzazione*, Donzelli, Roma.
- TEUBNER, G. (2004), Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory, in Joerges, Sand, Teubner, *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford- Portland.
- (2005), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma.
- (2015), Costituzionalismo della società transnazionale, in AA. VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Il Mulino, Bologna.
- THURER, D. (2002), Soft Law, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV.
- TONDI DELLA MURA, V. (2012), Riflettendo sull'informazione e la democrazia dopo «wikileaks»: l'indagine penale ai tempi di «Dagospia», *RivistaAIC.it*, n. 3.
- TREMONTI, G. (2016), *Mundus Furiosus, Il riscatto degli Stati e la fine della lunga incertezza*, Mondadori, Milano.
- ZACCARIA, G. (2012), *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- ZAMAGNI, S. (2008), La lezione e il monito di una crisi annunciata, *AICCON Working Paper*, n. 56.

PARTE 2

**EUROPA EN SU DIMENSIÓN  
CONSTITUCIONAL**

# GLOBALIZACIÓN Y EUROPA: PASADO Y PRESENTE

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO\*  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Por una caracterización de la globalización. 3. Derecho constitucional y globalización. 4. Globalización y proceso de constitucionalización de la integración europea. 5. De las libertades económicas, a la ciudadanía, los derechos fundamentales y las políticas sociales en la Unión Europea. 6. De la «marca Europa», a la crisis de la integración europea. 7. Consideraciones finales: la Unión Europea y el «encauzamiento de la globalización». 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante años el proceso de integración europea ha sido contemplado como modelo regional de respuesta constitucional ante la creciente pérdida de capacidad de actuación de los Estados en el marco de la globalización, presentándose, incluso, como *casi*-irremediable solución a aquella. Sin embargo, en la actualidad, cabe someter a revisión la anterior apreciación a la vista de la difícil situación en la que se encuentra la Unión Europea no sólo al respecto del mismo desarrollo de la globalización, sino a la propia deriva interna del

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» (DER2016-77924-P).

proceso de integración: cómo no, el Brexit, pero también los procesos populistas, nacionalistas y antieuropeistas que recorren la Unión, así como la falta de solidaridad mostrada con los miles de inmigrantes y refugiados que intentan llegar a Europa (Castells, 2018). A los efectos de dicha revisión, entonces, es que propongamos (en estas páginas) aproximarnos brevemente a la globalización, para luego analizar cómo la Unión Europea ha interactuado con ella, y finalmente haber entrado en crisis.

Pero antes, permítasenos detenernos en dos cuestiones. La primera es la consideración de la globalización como parte esencial de este trabajo (tal como se acaba de indicar), y no como mero contexto en el que se desarrolla y evoluciona la integración europea; y así que comencemos por aproximarnos a la globalización, a sus caracteres, para ver luego cómo entra ésta en relación con la integración europea, al punto de que dicha relación llegue a presentarse como factor de legitimación de la misma (p.e., Wiener, Lang, Tull, Poiars Maduro y Kumm, 2012: 1 ss.). De esta forma, es que el trabajo gire esencialmente en torno a cómo se ha esbozado y ha venido evolucionando dicha relación, para, al hilo de ello (claro), profundizar luego en la comprensión de la difícil situación que vive hoy la Unión Europea.

El planteamiento diacrónico señalado arriba nos lleva a su vez a mostrar, como segunda cuestión (ahora), el cambiante entendimiento que sobre la globalización y la propia integración europea se viene dando a lo largo de estos años, sin perjuicio del mantenimiento de elementos esenciales al respecto de ambos objetos; y esto, ante la constatación de cómo se están produciendo profundos cambios en la realidad globalizada, y con ellos importantes transformaciones a su vez en la propia Unión Europea<sup>1</sup>. Pero a la vera de lo anterior, también, el paso del tiempo (de un «tiempo fuera de sus goznes» llega a hablar Ost (2005: 264-278)), y al respecto de ello la tradicional consideración procedimental de la integración europea, en cuanto que proceso permanentemente abierto (por todos, Scharpf, 2000).

## 2. POR UNA CARACTERIZACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización, de ordinario, se presenta como un intenso y progresivo proceso de difuminación de fronteras, especialmente al hilo del sistema econó-

---

<sup>1</sup> Desde tal consideración, evidentemente, los diversos trabajos que sobre la globalización y la Unión Europea he realizado durante estos años; así, y entre otras publicaciones, SÁNCHEZ BARRILAO (2014a: 241-261; 2004b: 127-148; 2009: 115-150; 2010: 184-201; 2012a: 371-382; 2012b: 71-110 y 2017a: 143-157.

mico-(neo)liberal y del mercado (especialmente financiero) que predomina a nivel mundial y que, de tiempo, viene imponiéndose al sistema jurídico y político estatal, limitándolo<sup>2</sup>; y ello caracterizándose, a su vez, por diversos factores y aspectos. En cuanto a los primeros, son dos a tener en cuenta: de una parte, el progreso tecnológico, y de otro, la sociedad del riesgo a lo que lo anterior, precisamente, conduce.

Al respecto de la tecnología, ésta actúa como motor de la globalización por cuanto que ha sido su desarrollo lo que ha permitido la interconexión mundial necesaria que da lugar a ella y la potencia (ya, Sánchez Barrilao, 2002: 169-184; y 2005: 257-278)<sup>3</sup>; y en tal sentido, precisamente, la aparición y evolución no sólo de nuevos medios de transportes, sino sobre todo de comunicación personal y social, hasta llegar al Internet bajo el impulso del progreso de la informática, en general, y de las redes, en particular (por todos, Frosini, V., 2000: 271-280). Es así que este momento histórico se configura ya no sólo como sociedad de la información o digital (nuevamente Sánchez Barrilao, pero ahora 2017b: 335 ss., y en especial 343)<sup>4</sup>, sino desde la misma ruptura del espacio-tiempo a la vista del desarrollo de espacios y tiempos virtuales frente a su textura física (Giddens, 1999: 28 ss.). Sin embargo, y en estrecha conexión, está el estigma, luego, de la generación de nuevos riesgos globales (por esa misma tecnología) y su configuración como sociedad del riesgo ahora a nivel medioambiental, como al respecto de la salud pública, la economía o las nuevas formas de desarrollarse los conflictos y la violencia (Beck, 1998b); e incluso, y más recientemente, el reconocimiento específico de la propia informática y la inteligencia artificial como nuevos riesgos, ante los cambios que presagian (otra vez Sánchez Barrilao, mas 2016a: 225 ss.).

Por otro lado, y con relación 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 ella, siendo el integrismo (nacional, religioso, cultural, etc.) su mayor demostración<sup>5</sup>; y en cuanto a las contradicciones que supone la globalización, lejos de que ésta haya dado lugar a una mayor universalización respecto a las más importantes conquistas históricas alcanza-

---

<sup>2</sup> Con carácter general sobre la globalización y sus efectos (y desde distintas aproximaciones a la misma), p.e.: BECK (1998a), FARIA (2001), BALDASSARRE (2002), DENNINGER (2004: 117 ss.), VON BOGDANDY (2004: 885 ss.), CAPELLA (2005: 13 ss.) y CASSESE (2006).

<sup>3</sup> Además, sobre la incidencia de la ciencia y la tecnología, en general, ESTEVE PARDO (2009).

<sup>4</sup> También, si bien con carácter más general, FROSINI, T. E., 2015.

<sup>5</sup> En cuanto al carácter complejo de la globalización, nuevamente GIDDENS (2000); y sobre el fundamentalismo, como grave problema del Derecho constitucional, y desde hace tiempo, HÄBERLE (1996: 133 ss.).

das<sup>6</sup>, no ha provocado sino nuevas brechas y desigualdades internacionales en todos los órdenes (económico, cultural, social, tecnológico, etc.)<sup>7</sup>. También, como otro aspecto de la globalización, está la intensidad con la que ésta actúa, sobre todo en su vertiente más económica (ya referida), al suponer cierta capitulación democrática y constitucional<sup>8</sup> con relación al modelo de Estado de Derecho y de Democracia históricamente alcanzado (sobre tal modelo y su crisis, De Cabo Martín, 2009: 17 ss.); y en tal sentido, el determinismo que para la política y lo público llega a suponer el mercado globalizado, ante la negación de la política como voluntad con capacidad externa al mismo y a la economía (en tanto que ciencia)<sup>9</sup>, y a la sobra de ello la propia desregulación de amplios espacios económicos<sup>10</sup>.

### 3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y GLOBALIZACIÓN

Con todo, cabe apreciar una doble constante al respecto del Derecho constitucional. Una, cierto impulso 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 (regional). Y como segunda, el debilitamiento (y aun paradójicamente) de las propias Constituciones normativas y estatales, en cuanto que incapaces de ordenar, de manera efectiva, el ejercicio del poder en el seno de los Estados. El Derecho constitucional se habría mostrado más flexible y adaptable que las Constituciones normativas (en sentido estricto)<sup>11</sup>, sin perjuicio de que haya comenzado a mostrar 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 (Sánchez Barrilao, 2012b: 77-78)<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Ya SPANTIGATI (2001: 15 ss.).

<sup>7</sup> Cómo no, DE SOUSA SANTOS (2005: 363-420).

<sup>8</sup> Así, FERRARA (1998: 228-229); y ya en España, JÁUREGUI (2000: 20-23).

<sup>9</sup> SEVERINO e IRTI (2001: 26 y 70); y ya, con la crisis económico-financiera, GUILLÉN LÓPEZ (2013: 431-446).

<sup>10</sup> Una desregulación que, por cierto, resultaría al tiempo esencial en el origen de la referida crisis económica (MAESTRO BUELGA, 2012: 5 ss.).

<sup>11</sup> Lo que en principio, nuevamente, respondería mejor a la coyuntura cambiante y dinámica generada por la globalización; y es que la normatividad constitucional, en estrecha relación con la rigidez constitucional, no resulta aparentemente tan eficiente ante dicha realidad cambiante.

<sup>12</sup> De «constitucionalismo mercantil global», incluso, llega a hablar DE JULIOS-CAMPUZANO (2003: 129).

Y es que, aun sin una auténtica globalización del Derecho en sentido abstracto (pues todavía está lejos de apreciarse una determinada y definitiva universalización-sustantiva de éste, más allá de ciertas manifestaciones; así Laporta, 2007: especialmente p. 248), cabe hablar de un «Derecho globalizado» (Cassese, 2009), o mejor de un «Derecho de la globalización», en cuanto que entendimiento del mismo en el contexto de la globalización y al influjo de las transformaciones que ésta supone en aquél: nuevos sujetos productores de normas y titulares de derechos, nuevos espacios y ámbitos jurídicos (e incluso de tiempos), nuevos tipos normativos con diversas densidades jurídicas (el *soft law*), nuevas formas de realización y articulación del Derecho, nuevas maneras de entender las relaciones entre ordenamientos, nuevos derechos, etc. (De Julios-Campuzano, 2009; y Garrido Gómez, 2010); y todo ello, a su vez, en relación con un genérico proceso de desistimiento público a regular materias especialmente afectas por la globalización y la tecnología (Sánchez Barrilao, 2014a: 607 ss.). Un Derecho, por tanto, más plural (diverso) y, sobre todo, menos estatal (p.e. Pérez Luño, 2011); incluso, articulándose a modo de «red», en clara referencia a Internet como superior manifestación de la globalización y del actual desarrollo tecnológico (p.e. Casanovas, 2003: 1 ss.)<sup>13</sup>.

Ante tales cambios es que los Estados hayan optado por una mayor proyección externa, procurando una mejor acción conjunta (fundamentalmente a nivel regional) con la que acotar áreas todavía bajo su control (Parsi, 2000: 145 ss.). Y ello, a su vez, entroncando con la consiguiente afectación de la Constitución y del Derecho constitucional. En tal sentido se ha planteado incluso el reforzamiento, y en su caso refundación, de una ordenación política y jurídica internacional; en la línea ya apuntada por Kant (1985), y desarrollada más recientemente por Kelsen (2008) y por Bobbio (1992: 253 ss.; 1996: 198 ss.) o Habermas (2005: 107 ss.; 2006a: 113 ss.; y 2009: 107 ss.), se han propuesto así fórmulas de «cosmopolitismo» democrático y constitucional con las que solventar desde un nuevo orden internacional la pérdida de soberanía estatal ante la globalización (entre otros, Giegerich, 2009: 31 ss.). Y desde esta perspectiva, además, que se venga abordando la necesidad de un orden cosmopolita o global con el que dar respuesta a la pérdida de soberanía y de Democracia, y esto 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 (así, Held, 1997; y más recientemente, 2005: 133 ss.): desde una dimensión sustantiva a modo de «Democracia de valores», y a

---

<sup>13</sup> De «Constitución red», incluso, llega a hablar BUSTOS GISBERT (2005: en especial 177 ss.).

partir de la ética universal que suponen hoy los derechos humanos (Jáuregui, 2000: 12, 116 y 245); no en vano la dignidad humana se reconoce hoy como premisa cultural del Estado constitucional, y al hilo de ésta que la Democracia se nos presente como un resultado organizativo de ella<sup>14</sup>. Con ello es que nos adentremos, a su vez, en la posibilidad de un marco de valores constitucionales más allá de cada una de las Constituciones escritas y de la soberanía estatal. Nos referimos así a un marco jurídico común y compartido, que, como ha resultado en Europa, resulta deducible del conjunto de Constituciones nacionales vigentes y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos<sup>15</sup>; un nuevo constitucionalismo sin fronteras<sup>16</sup> que rompe con el clásico binomio Constitución-Estado<sup>17</sup>, y que nace 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 (Häberle, 2001: 58 ss., y 162-165)<sup>18</sup>. Y con ello, a su vez, la comunicación de tal manifestación constitucional con las diversas Constituciones estatales, proyectando nuevos contenidos sobre tal constitucionalismo común, enriqueciéndolo (Häberle, 2001: 140 ss.).

De esta forma, entonces, no es sólo que el Derecho constitucional haya alcanzado cierta autonomía de las Constituciones normativas y del Estado, al extenderse a espacios tanto supraestatales (especialmente a nivel regional, como es el caso de la Unión Europea), como infraestatales (incluso), si no que, además, el Derecho constitucional *total* (en el entendido del efectivo Derecho constitucional que regula una determinada colectividad, más o menos amplia) pase a conformarse finalmente de manera compuesta en cuanto que resultante de diversos ordenamientos interrelacionados (Balaguer Callejón, 2003: 181 ss.). Ahora bien, dicho carácter compuesto del Derecho constitucional hoy conlleva, también, una mayor complejidad del mismo, hasta el punto de que no pocos recursos jurídicos se destinen más sobre cómo articular adecuadamente las relaciones de unos y otros concretos Derechos constitucionales, que sobre los propios contenidos sustantivos (Sánchez Barrilao, 2014b: 55 ss.).

---

<sup>14</sup> Es un principio que, siguiendo a HÄBERLE, se deduce tanto de generaciones constitucionales pasadas, como desde una perspectiva sincrónica (2001: 169 ss.); es parte de la cultura constitucional (2000), y con esto del llamado «Derecho constitucional común» (1993: 7-46).

<sup>15</sup> Al respecto del referido «Derecho constitucional común», y para el caso europeo, p.e. PIZZORUSSO (2002).

<sup>16</sup> De pluralismo constitucionalizado nos hablaría ya CHITI (2002: 46).

<sup>17</sup> P.e. TEUBNER (2004: 3-28).

<sup>18</sup> También, de interés, GARCÍA ROCA (2006: especialmente 167 ss.) y SÁNCHEZ-BAYÓN (2014: 1021 ss.).

#### 4. GLOBALIZACIÓN Y PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

A medio camino entre la constitucionalización de la comunidad internacional y la expansión de un constitucionalismo global y de valores, estaría la proyección constitucional en el proceso de integración europea; así la Unión Europea como «comunidad constitucional» (Häberle, 2012: 425 ss). En tal sentido recuérdese que en un primer estadio de la integración europea, y 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), dicha integración (la de unos pocos Estados, y en alto grado de homogeneidad social, económica, jurídica y política) se expresó 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 o naturaleza propia, mediante su autoafirmación ante los Estados y los Derechos estatales, como del Derecho internacional y de las organizaciones nacidas a su amparo<sup>19</sup>. De meras «asociaciones funcionales» vendría a hablarse (Ipsen, 2010: 461 ss.).

De otro lado, y paralelamente, el desarrollo de la *edad de los derechos*, tras la segunda guerra mundial (Bobbio, 1992), tomaría forma en la Europa occidental no sólo a nivel nacional (mediante la declaración y la garantía jurídico-normativa de los derechos fundamentales en las respectivas Constituciones estatales que se aprueban en este momento)<sup>20</sup>, sino asimismo 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), 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<sup>21</sup>. Y entonces que, ante el reconocimiento del

---

<sup>19</sup> 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». P.e., en tal momento, *vid.* ZWEIGERT (1969: 623 ss.).

<sup>20</sup> Así, p.e., FIORAVANTI (2003: 127 ss.) y RIDOLA (2006: 93 ss.).

<sup>21</sup> Y ello, especialmente, mediante la progresiva institucionalización de una garantía política y jurisdiccional de los derechos ante la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, respectivamente; y al tiempo, con la extensión y proyección (influencia) de la jurisprudencia de dicho

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 miembros, tal como el propio Tribunal de Justicia viniera finalmente a reconocer bajo la consideración de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario<sup>22</sup>. Con todo, y aun de manera pretoriana, se reconoció cierta limitación jurídica del poder de las Comunidades en garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos<sup>23</sup>, y de ahí que podamos hablar ya en dicho 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<sup>24</sup>; y de que las Comunidades no hubieran ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup>. Y así el desarrollo de una relación comunicativa entre el Derecho europeo y los Derechos constitucionales estatales, de la que son protagonistas el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales (de interés, Poiaras Maduro, 2003: 11 ss.; o más recientemente, Carrillo, 2017: 213 ss.), y en interacción, también, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde esta perspectiva, Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez, 1997: 239 ss.; o más recientemente, Martín Y Pérez De Nanclares, 2017: 235 ss.)<sup>26</sup>; una

---

Tribunal en tal labor de garantía de los derechos a otras manifestaciones jurisdiccionales existentes en Europa. Al respecto, p.e., SÁIZ ARNAIZ (2008: 2039 ss.) o STONE SWEET (2012: 53 ss.).

<sup>22</sup> De manera que éste se sujetara a ellos a partir de las ya referidas «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», y de acuerdo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados miembros. 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).

<sup>23</sup> En obvia correspondencia al Derecho constitucional de los Estados miembros (entre otros, CÁMARA VILLAR, 2005: 9 ss.), en cuanto que «Derecho constitucional común europeo» (nuevamente, HÄBERLE, 1993: 7 ss.).

<sup>24</sup> 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. En general, sobre tal articulación de los derechos fundamentales en las jurisprudencias comunitaria y constitucional de los Estados miembros en tal periodo, entre otros, ALONSO GARCÍA (1994: Cap. VIII). Con todo, nótese que las políticas sociales no quedaban en tal marco constitucional comprendidas.

<sup>25</sup> Con las consiguientes limitaciones que ello supone en relación a la consideración de los derechos fundamentales en tanto que principios del Derecho comunitario, según vino a señalar Díez-PICAZO (2004: 159 ss.).

<sup>26</sup> Asimismo de interés, pero desde la perspectiva de los Tribunales constitucionales (y en particular, del español), GUILLÉN LÓPEZ (2011: 309 ss.).

interacción, por lo demás, fundamental para comprender el desarrollo de la ulterior constitucionalización europea<sup>27</sup>.

Como segundo momento evolutivo estaría ya, a finales del Siglo pasado (y según se ha visto con ocasión de la globalización), 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 con relación, especialmente, al mercado y la economía; un mundo, así, en el que la regionalización económica emprendida en Europa se postulaba como referente en Derecho comparado, y a la luz de lo cual se procedería a su profundización política y jurídica a fin de permitirle progresar en el nuevo contexto global enunciado (sin perjuicio de considerar, no obstante, a la propia Europa como actor y promotor de la misma globalización)<sup>28</sup>. 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)<sup>29</sup>, como académico (p.e. Grimm, 2006: 339 ss.; y Habermas, 1996b: 369 ss.), 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<sup>30</sup>. Pero con ello (el nuevo poder que asume la Unión Europea, con la correlativa pér-

---

<sup>27</sup> No obstante, 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 momento. P.e., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (1986: 316 ss.); y al tiempo, desde tal perspectiva, equiparando la actuación del Tribunal de Justicia con una jurisdicción constitucional, RODRÍGUEZ IGLESIAS y BAQUERO (2006: 291 ss.).

<sup>28</sup> En tal sentido, MEUNIER y JACOBY (2010: 354 ss.) o MARISCAL (2016: 27 ss.).

<sup>29</sup> Al respecto de éstos, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA (1995: 9 ss.) y MANGAS (1995: 135 ss.).

<sup>30</sup> 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 humanos; y la extensión, en mayor o menor grado, de la acción europea en materias como inmigración o justicia, de indudable calado constitucional. Entre otros, OREJA (1998).

dida que esto supone para los Estados miembros, junto con la referida institucionalización de contenidos constitucionales en los Tratados), dando lugar a una nueva concepción compartida del Derecho constitucional<sup>31</sup>; y al hilo de esto, el desarrollo de nuevas perspectivas del Derecho constitucional en cuanto que europeo ahora, y en el doble sentido de alcanzar tanto el Derecho de la Unión Europea como el de los Estados miembros<sup>32</sup>.

Sin embargo, una cosa era enunciar, prever y advertir cambios, y otra los cambios mismos que tan aceleradamente se desarrollaron desde comienzos del siglo XXI<sup>33</sup>, y a la sombra de los cuales 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 (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). Pero con ello, confrontándose nuevamente con la necesidad/conveniencia de profundizar en la constitucionalización de la Unión Europea<sup>34</sup>, 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)<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> 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 humanos. Nuevamente HÄBERLE (2004: 12 ss.).

<sup>32</sup> Son así, p.e., las tesis de PERNICE en torno a la idea del *multilevel constitutionalism* (1999: 703 ss.); las de BALAGUER CALLEJÓN, acerca de la «fragmentación del poder constituyente» (2002: 99 ss.); o las de CRUZ VILLALÓN, sobre un hipotético «bloque europeo de la constitucionalidad» (2004). Pero también la consideración incluso de la integración europea desde el federalismo, con VON BOGDANDY (2000: 27 ss.), 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 (2006: 117 ss.).

<sup>33</sup> 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 crisis económica del 2008; y más recientemente, la revolución ciudadana a través de las redes sociales como expresión de nuevas formas de conciencia y participación política (para luego, y sin embargo, la expansión digital del populismo y la posverdad por toda Europa).

<sup>34</sup> Por todos, sobre la necesidad de una Constitución para Europa en aquel momento, HABERMAS (2001: 5 ss.).

<sup>35</sup> Para una crónica de este período, MARISCAL (2010).

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 formal en el mismo de todo elemento expresamente constitucional, como sí se planteaba (en cambio) en el anterior y malogrado Tratado constitucional, para luego (finalmente) recoger no pocos aspectos de él<sup>36</sup>; y la segunda cuestión, 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 2008, 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 (Tajadura Tejada, 2010: 119 ss.): crisis, finalmente, no sólo económica, sino política, social y de valores (Sánchez Barrilao, 2010)<sup>37</sup>.

## 5. DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS, A LA CIUDADANÍA, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS POLÍTICAS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Conforme se ha adelantado, fue en torno a la idea de un mercado único y su garantía que se planeara, y finalmente se articulara, una integración esencialmente económica con la que desarrollar un nuevo espacio común capaz de reducir, de manera efectiva, las tensiones históricas entre Francia y Alemania (occidental, en aquel momento), y con esto de buena parte de Europa<sup>38</sup>. Los europeos crecieron

---

<sup>36</sup> 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 rebufo), 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 (pero manteniéndose como texto autónomo y no integrado en los Tratados, mas con su mismo nivel jurídico); 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; y la plena comunitarización del espacio de libertad, justicia y seguridad. En tal marco, entonces, es que quepa reafirmarse una constitucionalización, aun limitada, del Derecho europeo; BALAGUER CALLEJÓN (2007: 11 ss.).

<sup>37</sup> También de interés, en tal momento 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](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Reflection_ES_web.pdf) (09/06/2017).

<sup>38</sup> La paz se alcanzaba tras décadas de conflictos, mientras los Estados europeos (occidentales) progresaban internamente en libertades, en democracia y en bienestar social y económico al amparo de dicha

entonces a nivel nacional, sin preocuparse demasiado en las carencias constitucionales de unas instituciones comunitarias que, por otra parte (pues iban progresando y acumulando poder), aportaban estabilidad económica y concordia, mientras se consolidaba, eso sí, una integración funcionalmente económica que marcaría material y genéticamente a Europa (y a su Derecho) desde el mercado y frente a los ciudadanos (de este modo, la llamada *Europa de los mercados* frente a la *Europa de los ciudadanos*; cómo no, Weiler, 2012: 13-40). Y en dicho contexto de integración marcadamente económica que un grupo de libertades se abriera hueco al respecto y funcionalmente: las llamadas libertades económicas (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales)<sup>39</sup>; y con ellas, configurándose (al tiempo) un estatus jurídico comunitario en torno a ciertos sujetos privados (tanto físicos, como morales, y esencialmente de tinte económico), y en cuanto que fundamento sustantivo y normativo de las políticas económicas que progresivamente vendrían a asumir las instituciones comunitarias ante los Estados<sup>40</sup>.

Por otra parte, y tras la caída del muro, la necesidad de que Europa se repositionara en el nuevo contexto globalizado daría lugar a una intensificación de la integración política y jurídica a tal fin, a la par que comenzara a reconsiderarse la anterior percepción idílico-constitucional alcanzada años antes dada la crisis constitucional que entonces ya se apreciaba, y con ella la propia crisis del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Ante tal degradación del Estado y la Constitución es que se impulsara, entonces, cierta constitucionalización de Europa, si bien con carácter limitado (según se ha visto)<sup>41</sup>, y de esta forma, y ante la mayor integración política y jurídica que supone a partir de entonces Europa (en cuanto que Unión Europea), que se buscara asimismo una mayor complicidad de los ciudadanos en el entendimiento de ha-

---

reconciliación. Sobre la construcción de una paz estructural en Europa, FILIBI LÓPEZ (2014: 23-26).

<sup>39</sup> Sobre éstas, PÉREZ DE LAS HERAS (1995).

<sup>40</sup> De interés, SEMMELMANN (2012: 25 ss.). Esto será, por tanto, lo que venga a conformar la Constitución económica de la integración europea no sólo desde una vertiente material, sino incluso formal, a la vista de la férrea e intensa garantía que del mercado y de las libertades económicas plantee siempre el Tribunal de Justicia frente a los Estados miembros y sus políticas públicas; así, MERCADO PACHECO (2012). Y al tiempo, la progresiva asunción a título exclusivo por la Unión de determinadas competencias relativas al mercado (art. 3 TFUE).

<sup>41</sup> De este modo, con la aparición de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 1992), se daría un salto cualitativo (constitucional y democráticamente) en la relación entre los ciudadanos y el ejercicio del poder europeo, al fortalecerse el Parlamento Europeo en los procesos de tomas de decisiones, junto al diseño de una ciudadanía europea con la que implicar a los ciudadanos nacionales en el espacio público y político de la Unión; y ello tanto al respecto de la elección de los miembros del Parlamento Europeo, como mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades en conformación de un novedoso y particular status jurídico a nivel europeo más allá ahora de la economía: la ciudadanía europea. P.e., BIGLIANO CAMPOS (1995: 3-12).

cerlos copartícipes, junto con los propios Estados (siempre, el Consejo), del impulso y del gobierno europeo<sup>42</sup>; y es, por tanto, que fuera entonces cuando la «marca Europa» comenzara a vislumbrarse ante los ciudadanos, al amparo de la progresiva (aún incipiente) constitucionalización del Derecho y las instituciones europeas, y en razón al modelo que en tal momento aún suponía los Estados constitucionales en Europa<sup>43</sup>.

Pero la agudización de la globalización (con el nuevo milenio), y el despegue de nuevos actores globales (en particular, los BRIC), llevaría a un nuevo paso en la integración geográfica, como económica, política y jurídica; y para ello, claro, desde una mayor perspectiva constitucional en Europa con la que contrarrestar la consiguiente pérdida de capacidad y acción constitucional a nivel interno de los Estados, potenciándose así todavía más la ciudadanía europea (López Aguilar, 2003: en especial 505-506), sin perjuicio del consiguiente retroceso de ésta a nivel estatal. Ahora bien, lejos de que este último salto en la integración lograra reequilibrar ambas dimensiones del ciudadano estatal y europeo en un nuevo estadio de compuesta y compleja ciudadanía constitucional, y a pesar de la evidente apuesta constitucionalista que supuso el Tratado de Lisboa, lo que se contempla es un ciudadano cada vez más alejado del poder, a la par que con menor capacidad de interacción con él. Y es que, a pesar del reconocimiento y de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito europeo finalmente (con la entrada en vigor de la CDFUE), no sólo no se ha conseguido un mayor ámbito de pluralismo jurídico y político en el seno de la Unión Europea (al margen del reconocimiento, eso sí, de concretas limitaciones del ejercicio del poder de las instituciones europeas, como de una mayor implicación de la Unión al respecto de los derechos fundamentales en el ámbito interno de los Estados miembros), si no que, por contra, se ha delimitado el alcance de los derechos fundamentales constitucionalizados por los Estados en función del mercado y de la integración económica (entre otros, y sobre la misma CDFUE en su dicción originaria, Ridola, 2004: 463 ss.); y ello tanto al respecto de derechos prototípicamente civiles (como son la tutela judicial, pero también la libertad informática)<sup>44</sup>, como en relación con los derechos sociales, especialmente (que quedan profundamente relegados y

<sup>42</sup> De interés, OLIVER LEÓN (2005: 197-199). No obstante, ante las limitaciones que con todo suponía tal participación de los ciudadanos en Europa, ya LODGE (1995: 221-242).

<sup>43</sup> Sobre tal proceso de configuración de la ciudadanía en tal momento, LIÑÁN NOGUERAS (2013: 359 ss.). Por otra parte, si los ciudadanos a nivel estatal comenzaban a ser conscientes de cómo se reducía progresivamente su capacidad de interacción política en sus respectivas democracias nacionales, en atención al proceso globalizador como por la propia integración europea, contemplaban no obstante un mayor peso de un Parlamento Europeo en representación de los mismos, a la par que su ya más que limitada ciudadanía estatal se presumía subsidiariamente compensada en un plano vertical y superior mediante una nueva ciudadanía colectiva. Desde esta perspectiva *multilevel*, RIDOLA (2005: 32).

<sup>44</sup> De este modo, en relación con la tutela judicial, la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Meillon* (C-399/11); p.e., BACHMAIER WINTER (2015: 153 ss.). Y al respecto de la libertad informática y la

desconectados ante los otros)<sup>45</sup>. Y es que el grado de reconocimiento y garantía final dado por la Unión Europea al respecto del modelo social (en particular), como de los derechos fundamentales y las libertades (incluso), muestra mayores dosis de debilidad constitucional que el alcanzado en relación con el mercado y el sistema económico (dado que Constitución material; entre otros, Monereo Pérez, 2014: 143-194); y ello, todavía más, con ocasión de la crisis y la ulterior degradación que del Estado social se ha llevado a cabo a nivel interno de los países miembros de la Unión, en razón a las políticas de contención del gasto público adoptadas por ésta y aquéllos (p.e., Muñoz De Bustillo Llorente, 2016: 121-154).

Habiendo progresado constitucionalmente la Unión Europea a nivel formal, sustantivamente la integración evidenciaría, sin embargo, graves limitaciones al respecto del Derecho constitucional de los Estados miembros al erosionar y debilitar sectores materiales tan importantes como son los derechos fundamentales y los sociales. Y es que el progreso de los ciudadanos europeos parecería restringirse, a la luz de lo anterior, al mero reflejo abstracto de las políticas económicas y del mercado, de manera que su buena marcha revierta (o revertiera) luego en ellos; y para el caso de que no fuera efectivamente así, garantizándose entonces un status precario de dependencia pública para supuestos de grave riesgo de exclusión del sistema (Sánchez Barrilao, 2017: 140). De esta forma, el Estado social se habría reducido, tanto a nivel europeo como estatal, a evitar, o paliar, la exclusión, pero no a promover por los poderes públicos, realmente, una mayor igualdad material y efectiva en relación con los individuos y los grupos; la limitación del gasto público, y la garantía acérrima y funcional de las libertades económicas, habrían ahogado las políticas sociales que han cohesionado, durante tiempo, las sociedades europeas<sup>46</sup>.

## 6. DE LA «MARCA EUROPA», A LA CRISIS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

La crisis económica, y las políticas europeas y nacionales desarrolladas a su sombra, han terminado por poner en evidencia la progresiva pérdida de buena parte de los ciudadanos de su efectiva capacidad política y del bastidor

---

cesión de datos, la anterior STJUE de 24 de noviembre de 2011, en el asunto ASNEF (acumulados C-468/10 y C-469/10); ahora, SÁNCHEZ BARRILAO (2017b: 358 ss.).

<sup>45</sup> Así, respecto a los derechos laborales, las SSTJCE de 11 y 18 de diciembre de 2007, asuntos *Viking* (C-438/05) y *Laval* (C-341/05); sobre éstas, p.e., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2009: 517 ss.).

<sup>46</sup> P.e., CORFIATI (2015: 515 ss.).

social que soportaba su condición ciudadana, y con ello una nueva crisis en la legitimidad democrática (formal y sustantiva) de la Unión Europea (Bullain, 2016: 59 ss.). Si el tradicional déficit democrático de la Unión (frente al nivel democrático estatal) se venía resolviendo funcionalmente en atención a la referida compensación que Europa conseguía a favor de los ciudadanos ante la globalización (la referida «marca Europa»), tanto las políticas reductoras sociales dirigidas desde la Unión, como la falta de capacidad del ciudadano para determinar o participar en la orientación del ejercicio del poder estatal, han llevado por terminar de alejar a Europa de los ciudadanos, y por aumentar así la brecha de legitimidad democrática de ésta. Es de este modo que la «marca Europa» haya entrado progresivamente en crisis, como se evidencia desde hace años a la vista del aumento de movimientos nacionalistas anti-europeos, y hasta el punto de llegar a optarse por la salida de la misma Unión: cómo no, el *Brexit*<sup>47</sup>.

Sin embargo, ¿por qué si el Tratado de Lisboa (y a pesar de sus limitaciones) procuraba una mayor profundización democrática y del estatus del ciudadano europeo (respecto al estadio anterior) no se ha percibido, por contra, un mayor desarrollo de éste? Volviendo al Tratado de Maastricht, aunque la ciudadanía estatal se vislumbrara entonces más reducida, a tenor del progreso integrador que tal Tratado ya suponía (con la consiguiente rebaja de soberanía estatal en su ejercicio), aquella, sin embargo, era todavía lo suficientemente influyente y fuerte en su efectiva participación con relación al poder público como para mantener la tensión del sistema democrático-constitucional a nivel estatal; en cambio, con el Tratado de Lisboa las ciudadanía estatales se verían ahora más debilitadas, y ello sin que la ciudadanía europea consiga suficiente entidad como para compensar, reequilibrando, la descompresión democrático-constitucional que se produce a nivel estatal en este momento. Muy al contrario, la visión del proceso de integración europea como modelo regional de respuesta ante la globalización ha entrado finalmente en crisis<sup>48</sup>.

Pero las semillas de tal develamiento es que se encontraran sembradas desde hace bastante tiempo (no sólo desde la crisis económica...). Y es que la

---

<sup>47</sup> P.e., LA TORRE (2016: 4-11). También de manera crítica sobre la deslegitimación que para la integración europea ha supuesto el retroceso social y cómo cualquier reforzamiento de la misma pasa por un nuevo impulso de las políticas sociales, FERRERA (2017: 3-22).

<sup>48</sup> La imagen de una Unión Europea protectora de sus ciudadanos ante la globalización parece desvanecerse, en especial con la crisis económica y la incapacidad demostrada por ésta y por los Estados para salir de la misma, mientras otros sectores resultaban rescatados o impulsados; p.e., MENÉNDEZ (2012). Y junto a todo ello, una crisis también de convivencia plural, y en especial migratoria (y más recientemente de refugio), rompiéndose el respeto *al otro* que por tiempo había prosperado en Europa; así, PORRAS RAMÍREZ (2017: 207-234).

lógica esencialmente economicista de la integración europea viene, desde su origen mismo, erosionando y debilitando el modelo de Estado social<sup>49</sup>, y con ello desmontándose progresivamente el presupuesto material con el que no sólo se contenía el conflicto social, sino con el que se fomentaba un auténtico pluralismo político y social en Europa (especialmente, la occidental); y es que, recuérdese, el Estado social confluía con el Estado de Derecho y el Estado democrático, en cuanto que Estado constitucional<sup>50</sup>. Por tanto, al entrar en crisis el Estado a la sombra de la globalización, y con ésta la misma Constitución, no sólo se rompió el anterior equilibrio, sino que se han manifestado nuevos conflictos internos en razón al referido carácter contradictorio y complejo que supone la globalización; conflictos internos que, a su vez, lejos de ser apaciguados por el Derecho europeo, se han visto amplificadas por él. Me explico.

Si la globalización se caracteriza por su naturaleza contradictoria y compleja (insistimos), es que ante la proyección mundial de determinados valores (económicos, sociales, políticos, jurídicos e incluso culturales) se hayan desarrollado respuestas endógenas (frente a éstos); y en consecuencia que el proceso de estandarización que supone y define la globalización genere (sin embargo) procesos identitarios fuertes e intensos, y no desde la consideración de los mismos como reacción a la globalización, sino como parte de ella. A esto se une la tan referida crisis económica, junto a las limitaciones constitucionales que lastran la integración europea al respecto del principio democrático-pluralista y del modelo social, insuflando un nuevo y progresivo integrismo nacionalista en la misma Europa que, además de con cierta reminiscencia conservadora-cristiana (como es el caso de Polonia o Hungría)<sup>51</sup>, postula volver al Estado, y con él a la ciudadanía estatal, como vieja respuesta soberana ante la globalización y el desamparo que ésta, junto a la misma integración europea (más económica que social, recuérdese), están generando en grandes capas sociales que se ven efectivamente desplazadas del sistema democrático (salvo cuando se les reclama su voto, claro, en busca de mera legitimidad)<sup>52</sup>. Por

---

<sup>49</sup> Sobre el progresivo debilitamiento del Estado social dada la lógica esencialmente economicista de la globalización, DE CABO MARTÍN (2010: 106 ss.).

<sup>50</sup> Y con todo esto, o al amparo de ello, consiguiéndose una pacificación jurídica del entramado plural y dialéctico social, económico y político que subyace entre los distintos grupos que integran una comunidad, fundamentalmente estatal; sobre dichos presupuestos, GARCÍA HERRERA (1997: 59-84).

<sup>51</sup> P.e., VECCHIO (2015: 134 ss.).

<sup>52</sup> Desde finales del siglo XX se viene advirtiendo de los riesgos que para el pluralismo supone cualquier forma de integrismo, y con ello para el propio Derecho constitucional en tanto que marco jurídico con el que dar consistencia normativa a la Democracia pluralista y a la garantía de las minorías; pero también es cierto que, desde el mismo momento en que comenzó a visibilizarse el proceso globalizador, se vino asimismo a advertir del riesgo que para las políticas sociales supone la rendición de la política ante

tanto, no nos debemos de sorprender, pero sí alarmar, por resultados electorales o referendarios que, al hilo del mencionado carácter contradictorio y complejo de la globalización, abogan por respuestas tan extremas (como equivocadas) ante el simple reconocimiento axiomático del modelo económico y del mercado que hasta ahora se ha mantenido en el discurso europeo. Si al hilo de lo anterior, del *Brexit*, la Unión Europea está hoy en peligro, no lo es tanto (o sólo) por dichos movimientos integristas-nacionalistas (ojo, que lo está, evidentemente), sino por la rendición de la integración política y jurídica al sistema económico y al mercado único, mientras las políticas sociales se han mantenido a nivel europeo como mera la lucha contra la exclusión (Sánchez Barrilao, 2017a: 150 ss.); y es que, ¿dónde habría quedado, entonces, el progreso social como factor de integración democrática?

## 7. CONSIDERACIONES FINALES: LA UNIÓN EUROPEA Y EL «ENCAUZAMIENTO DE LA GLOBALIZACIÓN»

La Comisión Europea parecería sin embargo haber reaccionado, al hilo del documento de reflexión que sobre el «encauzamiento de la globalización» (de 10 de mayo de 2017) adoptó al amparo del llamado, y anterior, «Libro Blanco sobre el Futuro de Europa: Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025» (de 1 de marzo de 2017). En cuanto a este último documento, la Comisión planteaba ya cinco escenarios con los que afrontar el futuro de la Unión Europea tras la salida de Gran Bretaña como consecuencia del *Brexit*, destacando incluso, y por primera vez, la posibilidad de retroceder en la integración; y para ello, fomentando previamente el debate, junto con el Parlamento Europeo y los Estados, sobre diversos temas, entre los que destacara, precisamente, el «aprovechamiento de la globalización»<sup>53</sup>. Al respecto de éste ha sido, entonces, la referida reflexión de la Comisión Europea en torno al «encauzamiento de la globalización», y en la que esta institución europea no sólo habla de las ventajas que ha supuesto, y supone, la globalización, sino también acerca de sus inconvenientes y retos, advirtiendo (entre otras cosas): mayor desigualdad en la distribución de beneficios; competencia desleal en

---

el mercado y el sistema económico, y con ello del constitucionalismo social que, por tiempo, ha funcionado como pilar material y baluarte de dicha democracia pluralista, a pesar de su temprana debilidad sistémica (por todos, DE CABO MARTÍN, 1986).

<sup>53</sup> Los otros cuatro son: desarrollo de la dimensión social de Europa; profundización de la Unión Económica y Monetaria, sobre la base del Informe de los cinco presidentes de junio de 2015; el futuro de la defensa europea; y el futuro de las finanzas de la UE.

razón a costes sociales, medioambientales, y fiscales; aumento del desempleo; comercio desleal y *dumping* social; marginación, radicalización y polarización social; estancamiento de las rentas medias; migración y dificultades de integración; sentimientos de amenaza a la identidad y tradiciones; además de desconfianza en los gobiernos y en su capacidad para gestionar la globalización. Asimismo la Comisión da un paso más, y pasa a esbozar una serie de medidas o respuestas, destacando (ahora): el desarrollo de políticas educativas y sociales sólidas, a fin de garantizar la resiliencia y una mayor distribución equitativa de la riqueza; el aumento de la innovación; una competencia más equitativa; y la incidencia en políticas regionales y locales (subsidiariedad, pero a nivel intraestatal).

Sin perjuicio de que el análisis recién planteado, como las medidas presentadas por la Comisión Europea, no terminan de ser (auto)críticas al respecto de las políticas desplegadas por la misma Unión Europea (más bien, parecerían medidas destinadas a los Estados), sí que ha supuesto un hito por cuanto que, por primera vez, se aluden a cuestiones problemáticas que, directa o indirectamente, conectan con la integración y las causas del creciente desapego hacia la Unión<sup>54</sup>. Pero ya no es sólo que Europa necesite crecer de manera federal, democrática y social (Sánchez Barrilao, 2012b: 104-105), de forma que, finalmente, los europeos nos volvamos a sentir protagonistas de las políticas que nos gobiernan (Sánchez Barrilao, 2016b: 158 ss.); es que ahora, además, nuevos modos de entender la comunicación-social y la participación democrática permiten nuevas maneras a la ciudadanía de expresar sus anhelos, pero también su descontento político con la integración y al margen de los cauces clásicos de conexión entre los representantes políticos y los representados, de forma que la asunción popular (y legitimadoras *ad progressionem*) de las políticas europeas ya no depende del discurso autónomo, unidireccional e integracionista-funcional de la Unión, sino también de la crítica externa y difusa a éstas que se expande por las redes. Y ello no como mera consecuencia negativa de la sociedad digital en la que nos encontramos, sino como parte esencial de la misma en tanto que tecnológicamente abierta a una moderna ágora en red, y en la que la participación política perdida se reencuentra ahora digitalmente (al margen, claro está, del evidente exceso en el que quepa incu-

---

<sup>54</sup> También en el «Libro Blanco sobre el Futuro de Europa» cabe encontrar cierta reflexión sobre las políticas sociales de la Unión Europea al respecto de los más jóvenes, y la desafección política hacia la integración (cómo no, el *Brexit*); no en vano, sobre los primeros recae el futuro de ella, y de ahí la importancia que concede la Comisión a mantener la confianza de éstos sobre la integración, sobretudo al reconocer que tal confianza «ya no es incondicional» al depender de unas expectativas que no se corresponden con la realidad.

rrirse); los medios de comunicación tradicionales han perdido el monopolio de la conformación de la opinión pública, y con esto desarmándose buena parte de los puentes con los que las instituciones políticas europeas y estatales (pero no sólo éstas) venían relacionándose con los ciudadanos en sus diversas manifestaciones (así, Castells, 2016: en especial 140-142), de forma que el discurso y el debate público se difumina intensamente ante la acción directora de los poderes (para bien, y para mal). Por supuesto que tal situación es aprovechada en los procesos democráticos por movimientos populistas, y en especial por aquéllos de naturaleza directamente antieuropeistas que han crecido a la sombra de la crisis (mas no sólo por ella)<sup>55</sup>; sin embargo esto no enerva la nueva realidad en la que nos encontramos, y en la que las Instituciones europeas y estatales necesariamente han de actuar de una manera menos vertical al respecto de la ciudadanía. De todo ello, finalmente, depende la legitimidad de la Unión Europea; no es sólo cuestión de poderes normativos y tribunales europeos y estatales, si los mismos ciudadanos deciden, de una forma u otra, en contra de la integración (como ha sucedido en el Reino Unido). No basta con que la Unión Europea plantee la necesidad de encauzar la globalización, si luego sus políticas públicas no llegan efectivamente con tal consideración a los ciudadanos; y no sólo a nivel formal, sino materialmente (en especial).

Para terminar, no está demás advertir la extrema dificultad de la Unión Europea para encauzar la globalización por cuanto que, de un lado, la globalización actúa en niveles territoriales superiores al regional europeo (no se olvide), como por, de otro, la descomposición que de buena parte del poder público se ha dado, migrando éste a espacios privados. En tal sentido resulta necesario que, al tanto de ambas cuestiones, la Unión acumule entonces más poder (más Europa, pero no de cualquier forma y para cualquier fin, claro) si realmente pretende no ya crecer, sino simplemente mantenerse en un grado similar a los previos hoy, ante los cambios económicos y estratégicos que se dan a nivel mundial y en los que la Unión Europea (conjuntamente), como los Estados que la conforman (individualmente), progresivamente han perdido terreno. Con todo, tanto el *Brexit*, como la nueva relación euro-atlántica que se plantea con la presidencia de Trump, pueden ser nuevas oportunidades para el progreso de Europa: una oportunidad para resolver errores pasados, como para plantear nuevos paradigmas; otra cosa es, no obstante, el obstáculo que supone ya en 2019 un *Brexit* que parece eternizarse, las irresueltas crisis húngara y polaca para el Estado de Derecho en la Unión, así como el auge populista y antieuropeista en el propio Parlamento Europeo.

---

<sup>55</sup> De interés, CANTARO (2017: 255 ss.).

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (1994), *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- BACHMAIER WINTER, L. (2015), Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el Derecho Europeo, *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2002), El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente, en AA. VV., *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente I*, Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2003), Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69.
- (2007), La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8.
- BALDASSARRE, A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Editori Laterza, Bari.
- BECK, U. (1998a), *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Borràs, R. y Moreno, B. (trad.), Paidós, Barcelona.
- (1998b), *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*, Navarro, J. et alii (trad.), Paidós, Barcelona.
- BIGLINO CAMPOS, M. P. (1995), Ciudadanía europea y legitimidad democrática, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 9.
- BOBBIO, N. (1992), I diritti dell'uomo, oggi, en *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- (1996), Democracia y sistema internacional, *El futuro de la Democracia*, Fernández Santillán, J. F. (trad.), 2.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, México.
- BULLAIN, I. (2016), El proceso de oligarquización europeo. De la utopía federal a una distopía social y democrática, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 54.
- BUSTOS GISBERT, R. (2005), *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- CÁMARA VILLAR, G. (2005), 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.
- CANTARO, A. (2017), Neopopulismi: quale sfida per l'azione sociale del sindacato?, *Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, vol.1.
- CAPELLA, J. R. (2005), La globalización: ante una encrucijada político-jurídica, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39.
- CARRILLO, M. (2017), Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39.
- CASANOVAS, P. (2003), Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos, en AA. VV., *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada.

- CASSESE, S. (2006), *La globalización jurídica*, Ortega Álvarez, L. et alii (trad.), Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid - Barcelona.
- (2009), *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Einaudi, Torino.
- CASTELLS, M. (2016), El poder de las redes sociales, en *De la crisis económica a la crisis política (Una mirada crítica)*, La Vanguardia, Barcelona.
- (ed.) (2018), *Las crisis de Europa*, Pradera, A. (trad.), Alianza Editorial, Madrid.
- CHITI, M. P. (2002), *Derecho administrativo europeo*, Ortega, L. (trad.), Civitas, Madrid.
- CORFIATI, F. (2015), I progetti di riforma dell'amministrazione e del settore pubblico intrapresi dall'inizio della crisi economica: l'apogeo dell'austerità, en AA. VV., *The dimension of the public administration in the context of globalization / La dimensión de la administración pública en el contexto de la globalización*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona).
- CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid.
- DE CABO MARTÍN, C. (1986), *La crisis del Estado Social*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.
- (2009), Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11.
- (2010), *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (2003), *La globalización ilustrada (Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo)*, Dykinson, Madrid.
- (2009), *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El Derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2005), El uso contra-hegemónico del Derecho en la lucha por una globalización desde abajo, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39.
- DENNINGER, E. (2004), Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la globalización, Brage Camazano, J. (trad.), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2004), La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos humanos, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán (Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia)*, Marcial Pons, Madrid.
- FARIA, J. E. (2001), *El Derecho en la economía globalizada*, Lema Añón, C. (trad.), Trotta, Madrid.
- FERRARA, G. (1998), Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione, en AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino (II)*, CEDAM, Padova.
- FERRERA, M. (2017), The Stein Rokkan Lecture 2016: Mission impossible? Reconciling economic and social Europe after the euro crisis and Brexit, *European Journal of Political Research*, vol. 56, núm. 1.
- FILIBI LÓPEZ, I. (2014), La Unión Europea veinte años después de Maastricht: hitos y retos, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 50.

- FIORAVANTI, M. (2003), *Los derechos fundamentales (Apuntes de historia de las constituciones)*, Martínez Neira, M. (trad.), Trotta, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid.
- FROSINI, T. E. (2015), *Libertè, egalitè, internet*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- FROSINI, V. (2000), L'orizzonte giuridico dell'Internet, *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, núm. 2.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1995), El proyecto de Constitución europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45.
- GARCÍA HERRERA, M.Á. (1997), Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional, en AA. VV., *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J. (2006), 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.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2010), *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GIDDENS, A. (1999), *Consecuencias de la modernidad*, Lizón Ramón, A. (trad.), Alianza, Madrid.
- (2000), *Un mundo desbocado*, Cifuentes Huertas, P. (trad.), Taurus, Madrid.
- GIEGERICH, T. (2009), 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.
- GRIMM, D. (1996), Una costituzione per l'Europa?, Fiore, F. (trad.), en AA. VV., *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2011), 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 AA. VV., *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.
- (2013), La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20.
- HÄBERLE, P. (1996), El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura, Arzoz Santiesteban, X. (trad.), en AA. VV., *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- (1993), Derecho constitucional común europeo, Mikunda, E. (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79.
- (2000), *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Mikunda, E. (trad.), Tecnos, Madrid.
- (2001), *El Estado constitucional*, Fix-Fierro, H. (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México.

- (2004), Europa como comunidad constitucional en desarrollo, Balaguer Callejón, F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1.
- (2012), Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate, Balaguer Callejón, F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europea*, núm. 18.
- HABERMAS, J. (2001), Por qué Europa necesita una Constitución, *New Left Review*, núm. 11, en <http://www.newleftreview.es/?lang=es&issue=11> (06/06/2017).
- (2005), ¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39.
- (2006a), ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del Derecho internacional?, *El Occidente escindido*, López de Lizaga, J. L. (trad.), Trotta, Madrid.
- (2006b), Una costituzione per l'Europa? osservazioni su Dieter Grimm, Ceppa, L. (trad.), en AA. VV., *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino.
- (2009), Constitucionalización del Derecho Internacional y problemas de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada, en *¡Ay, Europa!*, López de Lizaga, J. L. et alii. (trad.), Trotta, Madrid.
- HELD, D. (1997), *La Democracia y el orden mundial (Del Estado moderno al gobierno cosmopolita)*, Mazzuca, S. (trad.), Paidós, Barcelona.
- (2005), Los principios del orden cosmopolita, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39.
- IPSEN, H. P. (2010), La posición jurídica de las Comunidades, Elías Méndez, C. et alii (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14.
- JÁUREGUI, G. (2000), *La Democracia planetaria*, Ediciones Nóbél, Oviedo.
- KANT, I. (1985), *La paz perpetua*, Abellán, J. (trad.), Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (2008), *La paz por medio del Derecho*, Echávarri, L. (trad.), Trotta, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid.
- LA TORRE, M. (2016), El Brexit y la miseria del constitucionalismo global, Menéndez, A. J. (trad.), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64.
- LAPORTA, F. J. (2007), *El imperio de la ley (Una visión actual)*, Trotta, Madrid.
- LIÑÁN NOGUERAS, J. (2013), La ciudadanía europea: una cuestión abierta, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32.
- LODGE, J. (1995), Legitimidad democrática y el Parlamento Europeo, Domínguez Martello, S. (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2003), Una idea constitucional de la Europa de los ciudadanos, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119.
- MAESTRO BUELGA, G. (2012), La crisis del discurso globalizador, en AA. VV., *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Cedam, Padova.
- MANGAS, A. (1995), Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45.
- MARISCAL, N. (2010), *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Tecnos, Madrid.

- (2016), Globalización –Unión Europea– Globalización, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 54.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2017), El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39.
- MENÉNDEZ, A. J. (2012), *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León.
- MERCADO PACHECO, P. (2012), Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26.
- MEUNIER, S. Y JACOBY, W. (2010), Europe and Globalization, en AA. VV., *Research Agendas in European Union Studies: Stalking the Elephant*, Palgrave MacMillan, Houndmills.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2014), Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21.
- MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (2016), Crisis, post-crisis y Estado de Bienestar: ¿hacia dónde transita el Modelo Social Europeo?, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 54.
- OLIVER LEÓN, B. (2005), El derecho de sufragio como elemento estructural de la ciudadanía europea, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4.
- OREJA, M. (dir) (1998), *El Tratado de Ámsterdam*, McGraw Hill, Madrid.
- OST, F. (2005), *El tiempo del Derecho*, Benítez Toriello, M. G. (trad.), Siglo XXI, México.
- PARSI, V. E. (2000), La Costituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziali, en AA. VV., *La nuova età delle costituzioni (Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale)*, Il Mulino, Bologna.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B. (1995), *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- PÉREZ LUÑO, A. (2011), *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid.
- PERNICE, I. (1999), Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited, *Common Market Law Review*, núm. 36.
- PIZZORUSSO, A. (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna.
- POIARES MADURO, M. (2003), Las formas del poder constitucional de la Unión Europea, De Elera, Á. (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2017), El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 175.
- RIDOLA, P. (2004), La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo, Sánchez Barrilao, J. F. (trad.), en

- AA. VV., *Derecho constitucional y cultura: Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid.
- (2005), 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.
- (2006), *Diritti fondamentali (Un'introduzione)*, G. Giappichelli Editore, Torino.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Y BAQUERO, J. (2006), Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 4.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Y VALLE GÁLVEZ, A. (1997), 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.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2009), Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo, *Temas Laborales*, vol. II., núm. 100.
- SÁIZ ARNAIZ, A. (2008), El convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura* (II), Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universitat de Barcelona/Ajuntament de Mollet del Vallès, Madrid.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2002), Globalizzazione, tecnologia e costituzione: verso una democrazia planetaria e un diritto costituzionale comune, Buratti, A. (trad.), *Nomos. Le attualità nel diritto*, vol. 3.
- (2004a), Sobre la Constitución normativa y la globalización, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7.
- (2004b), 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.
- (2005), Sobre la Constitución normativa y la tecnología, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8.
- (2009), Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12.
- (2010), Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea, *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, núm. 2.
- (2012a), Europa entre crisis económica y crisis constitucional: Constitución, Derecho constitucional y globalización, en AA. VV., *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Cedam, Padova.

- (2012b), La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una Constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, núm. 2.
  - (2014a), Ordenamientos privados y Derecho constitucional, en AA. VV., *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela* (I), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
  - (2014b), Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización, *Estudios Constitucionales*, núm. 2.
  - (2016a), El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional, *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2.
  - (2016b), Unión Europea y globalización: reivindicando una Europa de los ciudadanos, en AA. VV., *Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
  - (2017a), Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea, en AA. VV., *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson/Istituto Italiano di Cultura, Madrid.
  - (2017b), Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea, *Revista de Derecho Político*, núm. 98.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (1986), Los Tratados constitutivos y el derecho Derivado, en AA. VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)* (I), Civitas, Madrid.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2014), Fundamentos del Derecho comparado y global. ¿Cabe un orden común en la globalización?, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 141.
- SCHARPF, F. (2000), *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Alborés, J. (trad.), Alianza Editorial, Madrid.
- SEMMELMANN, C. (2012), Theoretical reflections on the public-private distinction and their traces in European Union law, *Oñati socio-legal series*, vol. 2, núm. 4.
- SEVERINO, E. e IRTI, N. (2001), *Dialogo su Diritto e tecnica*, Editori Laterza, Roma.
- SPANTIGATI, F. (2001), Globalizzazione e decumene: cosa abbiamo imparato in Italia in cinquanta anni, *Jus-Rivista di Scienze Giuridiche*, núm. 1.
- STONE SWEET, A. (2012), A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe, *Global Constitutionalism*, núm. 1.
- TAJADURA TEJADA, J. (2010), Epílogo, en *El futuro de Europa (Luces y sombras del Tratado de Lisboa)*, Comares, Granada.
- TEUBNER, G. (2004), Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory, en AA. VV., *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford Press, Oxford.
- VECCHIO, F. (2015), Il populismo ungherese tra economia e costituzione, *Cultura giuridica e diritto vivente*.

- VON BOGDANDY, A. (2000), 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.
- (2004), Globalization and Europe: how to Square Democracy, Globalization, and International Law, *The European Journal of International Law*, núm. 15/5.
- WAHL, R. (2006), ¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18.
- WEILER, J. H. H. (2012), Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96.
- WIENER, A., LANG, A. F., TULL, J., POIARES MADURO, M. y KUMM, M. (2012), Editorial. Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law, *Global Constitutionalism*, núm. 1.
- ZWEIGERT, K. (1969), Influencia del Derecho comunitario europeo en los órdenes jurídicos de los Estados que integran la Comunidad Europea, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 6.

# PERCHÉ UN DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO?

ADRIANA CIANCIO\*  
Università di Catania

SOMMARIO: 1. Perché discutere di un diritto costituzionale europeo? 2. A che cosa serve un diritto costituzionale europeo? 3. Dalle Costituzioni nazionali al patrimonio costituzionale comune e ritorno. 4. Il diritto costituzionale italiano e il processo di integrazione europea: un destino comune. 5. Riferimenti bibliografici.

## 1. PERCHÉ DISCUTERE DI UN DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO?

Per rispondere all'interrogativo che mi è stato indirizzato (e che dà titolo al contributo odierno)<sup>1</sup>, occorre anzitutto chiarirne la direzione, atteso che, in una prima declinazione, il quesito potrebbe venir posto in termini causali. Come dire, cioè, che ci si potrebbe in primo luogo chiedere: «*a causa di che cosa*» si discute di un diritto costituzionale europeo? Ovvero, volendo riformulare la questione, «ha senso oggi interrogarsi su un diritto costituzionale europeo?»; o, ancora, ma non molto diversamente, «si può parlare già di un diritto costituzionale europeo?»

---

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Catania.

<sup>1</sup> Testo aggiornato della Relazione alla Tavola rotonda «¿Por qué un derecho constitucional europeo?», organizzata nell'ambito del IV Congresso internazionale del Seminario Italo-spagnolo «*Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo*» (Murcia-Spagna, 28-30 novembre 2018).

In tal caso la soluzione è abbastanza intuitiva, nonostante le forti resistenze di coloro che non rinunciano a considerare indissolubilmente legata l'idea della Costituzione, di una Costituzione, di *qualsiasi* Costituzione, ad un ordinamento di natura statale<sup>2</sup>.

Invero, non è questa l'occasione per risolvere l'annoso problema della natura giuridica della UE, che si è consolidata come una «comunità di diritto»<sup>3</sup>, ma che tuttavia stenta ad affermarsi come autentica comunità politica, non fosse altro che non è stato ancora risolto il problema della sovranità<sup>4</sup>, nonostante il trasferimento all'Unione di quella monetaria, che della prima costituisce tradizionalmente connotato essenziale. Per il vero, l'utilizzabilità delle categorie classiche del diritto pubblico, qual è quella appena richiamata, con riferimento all'ordinamento europeo appare già di per sé problematica e quindi meritevole di ulteriori approfondimenti che non si possono compiutamente affrontare in questa sede<sup>5</sup>, poiché occorrerebbe in primo luogo interrogarsi sul significato della medesima sovranità dinanzi al processo di integrazione europea<sup>6</sup>, che ha contribuito a slegare quel concetto dall'esclusivo riferimento allo Stato nazionale già per effetto dell'apertura dei confini e della connessa libertà di circolazione tra i Paesi membri<sup>7</sup>.

Tuttavia, ai fini di queste brevi note è sufficiente osservare come, a seguito della sottoscrizione di Lisbona, l'ordinamento europeo appaia ormai corredato (quantomeno) di un nucleo di norme *ontologicamente* costituzionali<sup>8</sup>.

Ovviamente, sotto il profilo strettamente formale, anche l'accordo di Lisbona resta un atto negoziato a livello intergovernativo, che assume la forma giuridica di un Trattato internazionale (*rectius*, di due Trattati, quello UE e quello sul suo funzionamento)<sup>9</sup>.

---

<sup>2</sup> Criticamente su tali posizioni già RUGGERI (2014 a, 18 ss.).

<sup>3</sup> La definizione, coniata da RIDEAU (2000, 1 ss.), è stata poi recepita dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza Kadi, del 3 settembre 2008 (*Kadi e Al Barakat, International Foundation c. Consiglio e Commissione, cause riunite C 402/05 P e C 415/05*, Punto 281), dopo la firma del Trattato di Lisbona, ma prima della sua entrata in vigore.

<sup>4</sup> Così anche MORRONE (2014, 2).

<sup>5</sup> In proposito, cfr. RUGGERI (2016, 6 ss.).

<sup>6</sup> Problematicamente sull'argomento, per tutti, GUAZZAROTTI (2017, 629 ss.).

<sup>7</sup> Ritornano qui le considerazioni del noto sociologo norvegese ROKKAN (1984, 423 ss.), secondo cui uno dei presupposti della formazione dello Stato nazionale risiederebbe nella chiusura territoriale accompagnata dall'affermazione di processi di lealtà fra i soggetti della comunità stanziata sul territorio con il connesso attaccamento dei cittadini al proprio spazio territoriale e la creazione di assetti istituzionalizzati di canalizzazione della volontà popolare. Per una rilettura del pensiero dell'A. nel quadro dell'integrazione europea, cfr., FERRERA (2000, 393 ss.).

<sup>8</sup> Conformemente CARAVITA, in numerosi scritti, tra cui cfr., da ultimo CARAVITA (2019, 4).

<sup>9</sup> Ripercorre l'accesso dibattito tra chi sostiene e chi, viceversa, nega il carattere costituzionale dei Trattati europei, CURTI GUALDINO (2018).

E, però, dal punto di vista sostanziale, sembra difficile contestare che con l'entrata in vigore di quelle norme l'Unione si sia dotata di un «cuore» costituzionale, espresso in primo luogo nella formulazione dell'art. 2 TUE e nei valori che esso racchiude quali valori condivisi da tutti gli Stati membri di cui la citata disposizione fornisce, pertanto, la «piattaforma costituzionale comune»<sup>10</sup>, che dovrebbe fungere per l'operatore giuridico sia da canone ermeneutico e parametro di legittimità di altre disposizioni, europee e nazionali, che, altresì, da monito e criterio di valutazione rispetto alle richieste di ulteriori adesioni alla UE<sup>11</sup>.

Se poi si estende la riflessione al complesso delle disposizioni di Lisbona, l'Unione Europea appare ormai delineata come un primo abbozzo di unione politica sufficientemente definita sotto il profilo giuridico e istituzionale<sup>12</sup>: ne sono previste istituzioni comuni e relative attribuzioni, di cui è scandito l'assetto dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), sia pur secondo uno schema di collaborazione e complementarietà, nella ricerca del reciproco equilibrio, più che di separazione<sup>13</sup>; determinate le competenze nei rapporti con gli Stati membri, alla luce dei principi di attribuzione e sussidiarietà; individuato un sistema originario di fonti, oltretutto destinate a prevalere su quelle nazionali<sup>14</sup>; e, soprattutto, definita una Carta dei diritti fondamentali, con efficacia ormai parificata a quella dei Trattati<sup>15</sup>, con un Giudice da ultimo disposto ad assicurarne l'applicazione persino con prevalenza sulle originarie libertà economiche<sup>16</sup>. Un Giudice, oltretutto, che esercita quella funzione, potrebbe dirsi, di nomofilachia nell'interpretazione del diritto, attraverso l'istituto del rinvio

---

<sup>10</sup> In questo senso, pure DE VERGOTTINI (2009), il quale individua proprio nell'assetto valoriale dell'UE il carattere più propriamente «costituzionalistico» dell'ordinamento europeo, rispetto ad una natura dell'UE, che ritiene ancora fondamentalmente internazionalistica e, come tale, priva dei tratti di unione politica di stampo federale. Analogamente CASTORINA (2010, 379 ss).. Più recentemente, sul punto, con ricchezza di ulteriori riferimenti bibliografici, ancora RUGGERI (2016).

<sup>11</sup> Analogamente DE VERGOTTINI (2009).

<sup>12</sup> Così già WEILER (2003, 511 ss).

<sup>13</sup> In proposito, per tutti, MEZZETTI (2014, 259 ss).

<sup>14</sup> Per approfondimenti cfr., almeno, RUGGERI (2014, 268 ss).

<sup>15</sup> Peraltro, il riconoscimento del «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» della Carta di Nizza-Strasburgo è avvenuto anche da parte della Corte costituzionale, cfr. sent. n. 269 del 2017, Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>16</sup> Di segno contrario le conclusioni espresse da BIN (2014, 504 ss.), secondo cui, a parte limitatissime eccezioni, la CGUE non sarebbe neppure oggi orientata prioritariamente a custodire i diritti degli individui, bensì, come sempre, le originarie libertà economiche. A maggior ragione la conclusione varrebbe con riferimento alla tutela apprestata ai diritti sociali, cfr., *ex multis*, ANGELINI (2010, 1498 ss). Per una diversa lettura della giurisprudenza europea, che ritiene sin dalle origini precipuamente rivolta alla garanzia dei diritti fondamentali, cfr. GALETTA (2013, 1175 ss); e, se si vuole, con specifico riferimento ai diritti sociali, CIANCIO (2018 b, 24 ss). *Contra*, sui limiti che avrebbe incontrato la tutela «europea» dei diritti fondamentali antecedentemente alla redazione della Carta di Nizza/Strasburgo, in ragione della prevalente tutela del mercato assicurata dai Giudici di Lussemburgo, cfr. CARTABIA (1995, 33 ss).

pregiudiziale ex art. 267 TFUE, essenziale allo stesso processo di integrazione, quantomeno giuridica, ma che, soprattutto, è chiamato a sovrintendere alle infrazioni al diritto dell'Unione, non solo se provocate dagli Stati membri, ma anche – ciò che maggiormente interessa in questa sede – quando determinate dalle stesse istituzioni comuni<sup>17</sup>.

Tali constatazioni valgono, peraltro, a prevenire l'obiezione che si volesse trarre dalle affermazioni espresse nell'art. 16 della «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino», quale pietra angolare del costituzionalismo, secondo cui, ad aversi Costituzione sarebbe necessario che la distribuzione delle funzioni fondamentali tra le istituzioni fosse informata al principio di separazione, laddove – come noto e come anticipato – sul piano europeo prevale un diverso criterio, che potrebbe persino definirsi di «sovrapposizione», sia pur orientata a finalità «collaborative». E, tuttavia – a parte la già accennata, rilevante precisazione, che poter già discutere di un diritto costituzionale europeo non equivale (né vuole ridursi) all'esistenza di una Costituzione formale – deve più a monte avvertirsi che quell'esigenza di separazione tra le funzioni, tassativamente affermata agli albori dello Stato di diritto come ovvia (e, in un certo senso, necessitata) reazione e contrapposizione alla diversa concentrazione dei poteri che aveva connotato l'assolutismo regio, può assumersi come paradigmatica di un'organizzazione del potere pubblico comunque limitato in funzione strumentale ad un'ampia garanzia dei diritti inviolabili e di altri valori fondamentali. Ciò che, per quanto sinteticamente si ricordava poc'anzi, emerge ormai abbastanza chiaramente nell'assetto istituzionale dell'Unione Europea come regolato dal Trattato di Lisbona con la divaricazione tra funzioni in senso lato di decisione – quali quelle che esercitano i Consigli (europeo e della UE) nonché il Parlamento e la Commissione, ciascuno secondo le rispettive attribuzioni – e funzioni di garanzia e controllo, affidate queste ultime alla Corte di Giustizia, appunto, nonché alla Corte dei Conti europea.

Pertanto, anche sotto questo profilo, non pare seriamente dubitabile – secondo quanto prospettato sin dall'inizio – che la UE sia ormai provvista di un nucleo di disposizioni di natura (almeno) *materialmente*, anche se non ancora formalmente, costituzionale. Il che consente già di dare significato e risposta alla domanda iniziale.

---

<sup>17</sup> In generale sul sistema di garanzia giurisdizionale della legalità europea, COSTANZO (2014, 325 ss).

## 2. A CHE COSA SERVE UN DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO?

Peraltro, come ventilato in apertura, il quesito da cui prendono spunto queste osservazioni potrebbe venir declinato anche in altra direzione, allorché vi si attribuisse connotazione, per così dire, finalistica. In questa seconda accezione, ci si potrebbe infatti chiedere: «*a che cosa serve*» un diritto costituzionale europeo? Ovvero, vi è bisogno di un diritto costituzionale europeo? E a quale scopo?

Da quest'ulteriore angolazione, sovviene una risposta alquanto articolata, che muove da quanto già osservato circa le difficoltà ad afferrare e descrivere compiutamente la reale (e attuale) natura della UE. Invero, l'indubbia e costante tensione verso la realizzazione dell'unità politica non può dirsi aver ancora centrato a pieno l'obiettivo, nonostante quell'assetto istituzionale-organizzativo, che potrebbe definirsi alquanto sofisticato, appena sinteticamente richiamato.

Ma interrogandosi ancora su cosa impedisce di compiere il grande salto verso la realizzazione di un'unione genuinamente politica, la risposta appare drammaticamente semplice se si guarda al presupposto, potrebbe dirsi, sociologico di ogni comunità politica, che notoriamente risiede nell'*idem sentire* della collettività sociale di riferimento. Invero, dinanzi ad un impianto normativo-istituzionale sufficientemente definito, che delinea quella europea come primo abbozzo di (vera) unione politica, si avverte intorno all'obiettivo di un'integrazione più stretta tra i popoli dell'Europa un diffuso problema di mancanza di consenso<sup>18</sup>, le cui epifanie più evidenti consistono nell'affermazione, talora assai netta, all'interno (di alcuni) degli Stati membri di forze politiche sovraniste, nazionaliste e populiste, come vengono definite attraverso etichettature non sempre esattamente distinguibili e concettualmente inappuntabili<sup>19</sup>, ma che comunque rinvergono un significativo minimo comune denominatore nell'avversione al processo di integrazione, fino al limite rappresentato in Gran Bretagna dall'attivazione della procedura dell'art. 50 TUE per la fuoriuscita dall'Unione<sup>20</sup>.

Invero, l'ostilità manifestata nelle elezioni, nazionali ed europee<sup>21</sup>, da larghe fasce dell'elettorato verso i meccanismi di funzionamento della UE, le

<sup>18</sup> Sottolinea la circostanza GRIMM (2014).

<sup>19</sup> Si interroga al riguardo anche PAZÈ (2018, 605 ss).

<sup>20</sup> Sui vari passaggi dell'intricata vicenda, non ancora conclusa al momento in cui si esita il presente lavoro a causa delle ripetute proroghe concesse dal Consiglio europeo per il definitivo recesso del Regno Unito dall'Unione, cfr. SAVASTANO (2019). Per altri versi, sull'art. 50 TUE come vera e propria «clausola di secessione» sul modello delle Costituzioni degli Stati federali, se si vuole, CIANCIO (2018 d, 399 ss); e CIANCIO (2018 c, 64 ss).

<sup>21</sup> Per i risultati Stato per Stato delle ultime consultazioni europee del 2019 cfr. i contributi raccolti su *Federalismi*, n° 11, 2019.

sue istituzioni e relative *policies*, ha cause molteplici e note, che qui possono essere solo sinteticamente richiamate: la lamentata, vistosa incapacità a gestire efficacemente sfide epocali (interne e internazionali), da quella economico-finanziaria a quella migratoria; un persistente problema di democraticità nel processo decisionale europeo<sup>22</sup>, se pure si vuol rinunciare all'espressione più tradizionale, di certo ormai largamente imprecisa, e tuttavia ancora comoda a fini espositivi, di «deficit democratico»; e, più a monte, l'incompiuta affermazione di un reale sistema di partiti europei, che possano operare a livello sovranazionale la sintesi politica e contribuire a formare nei cittadini una «coscienza politica europea»<sup>23</sup>, come da ultimo si esprime l'art. 10.4 TUE, sono solo alcuni, sia pur particolarmente evidenti, dei motivi che rendono difficile far coagulare tra i popoli dei diversi Stati membri il senso di appartenenza generale ed effettiva all'Unione.

Pertanto, in mancanza di altri elementi di identificazione di natura *lato sensu* culturale e tra essi, innanzitutto, di una lingua comune<sup>24</sup>, occorre consolidare tra i cittadini europei quella percezione di identità collettiva, funzionale a radicare l'identità nazionale di ciascuno nel più ampio contesto sovranazionale. Sicché a tale funzione fondamentale assolve anzitutto il «diritto costituzionale europeo», che, con il suo patrimonio di principi comuni, è deputato a porsi quale elemento, per così dire, «catalizzatore» di un popolo europeo, che non si riduca alla mera somma dei cittadini degli Stati membri, ma che si identifichi e atteggii quale autentica comunità politica, raccolta e unita intorno a valori condivisi.

### 3. DALLE COSTITUZIONI NAZIONALI AL PATRIMONIO COSTITUZIONALE COMUNE E RITORNO

Da cosa maturino tali principi è, peraltro, noto, costituendo essi la trasposizione in chiave di diritto europeo primario di quelle tradizioni costituzionali comuni alla cui enucleazione si è adoperata per decenni nella sua giurispru-

---

<sup>22</sup> Ampiamente sul punto, volendo, CIANCIO (2016 a).

<sup>23</sup> Come da tempo ho evidenziato in numerosi scritti sul tema, sin da CIANCIO (2007 a, 159 ss; 2009; 2015, 10-11; 2018 a, 337 ss), ai quali, pertanto, sia consentito rinviare anche per altri riferimenti bibliografici alla disciplina dei partiti europei, su cui, da ultimo, anche ALLEGRI (2019).

<sup>24</sup> E' questo, notoriamente, uno degli argomenti spesi da GRIMM (1996, 356), per sostenere l'inesistenza di un *demos* europeo, causa, a sua volta, della mancata affermazione di un'opinione pubblica e di un dibattito pubblico europeo, quali condizioni di vera democrazia, cui, però, replica di Habermas.

denza la Corte di giustizia<sup>25</sup>, prima della loro, per così dire, «codificazione» nella Carta dei diritti fondamentali e nel richiamato art. 2 del Trattato di Lisbona, che insieme racchiudono ed esprimono il «patrimonio costituzionale comune» europeo<sup>26</sup>, il quale, pertanto, ormai si pone come una sorta di minimo comune denominatore costituzionale tra Paesi di civiltà e culture giuridiche, oltre che di storia politica e istituzionale, anche molto diversi tra di loro. Paesi, quindi, che, almeno sulla carta, condividono quei valori di democrazia, dignità dell'uomo con i suoi diritti, libertà, uguaglianza, e, più in generale, i principi dello Stato di diritto, in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra i sessi<sup>27</sup>, sia pur in accezioni, interpretazioni e quindi applicazioni talora anche sensibilmente differenti. Principi e valori che, tuttavia, negli ultimi tempi dimostrano di soffrire in alcuni Stati membri vistosi problemi di tenuta a seguito di una serie di riforme, che fanno temere un'involuzione dei relativi sistemi giuridici verso un passato, peraltro non troppo remoto, che la storia ha dimostrato anche fortemente autoritario, al punto da indurre le competenti istituzioni europee ad attivare la (complessa) procedura sanzionatoria prevista dall'art. 7 TUE a garanzia dei valori fondamentali dell'Unione già per il solo «evidente rischio» di una loro violazione grave<sup>28</sup>. E, infatti, come avverte acuta dottrina, quei valori nel Trattato di Lisbona non sono meramente enunciati, ma anche assistiti da idonei meccanismi di tutela che vanno oltre la semplice garanzia giudiziaria<sup>29</sup>.

Da qui un'ulteriore «funzione» fondamentale del diritto costituzionale europeo, che può considerarsi, pertanto, presidio delle conquiste di democrazia e dello Stato di diritto con i suoi corollari (di garanzia anzitutto del pluralismo e dei diritti fondamentali) persino all'interno degli originari ordinamenti costituzionali nazionali, come segnalano – pur nella peculiarità delle rispettive situazioni – gli attuali casi emblematici dell'Ungheria e della Polonia<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Nell'impossibilità di dar conto della vastissima letteratura formatasi sull'argomento, sia consentito in questa sede far limitato rinvio a quanto già osservato in CIANCIO (2012), ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

<sup>26</sup> In proposito, per tutti, già PIZZORUSSO (2002).

<sup>27</sup> Specificamente sul tema, se si vuole, CIANCIO (2016 b), e in A. A. V. V. (2016 a, 107 ss).

<sup>28</sup> Cfr. CURTI GIALDINO (2018 b).

<sup>29</sup> Rinviene nella procedura in questione una «garanzia politica» dei valori fondamentali dell'Unione, in aggiunta alla tutela giudiziaria apprestata dalla Corte di giustizia, CARAVITA (2015, 21).

<sup>30</sup> Ampiamente su tale problematica, di recente, SAWICKI (2018).

#### 4. IL DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO E IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA: UN DESTINO COMUNE

Se poi dal piano della riflessione generale si scende a quello più particolare dell'ordinamento italiano, la risposta all'interrogativo sul perché sia necessario un diritto costituzionale europeo diventa ancora più pregnante, se soltanto si constata che la sua progressiva emersione coincide praticamente senza margine con la stessa storia delle istituzioni repubblicane fin quasi a sovrapporsi ad essa. Né la conclusione appare indebolita dalla considerazione che la Costituzione italiana nasce dieci anni prima del Trattato di Roma, almeno ponendo mente alla circostanza che il diritto costituzionale non è dato solo e tanto dall'insieme delle disposizioni racchiuse nel Testo definitivamente deliberato dalla Costituente nel dicembre del 1947, per entrare in vigore nel primo giorno dell'anno successivo, ma è soprattutto quello che risulta dall'interpretazione e applicazione che di esse fa il suo Giudice, la cui prima decisione data – conviene appena ricordare – solo all'aprile del 1956 e, cioè, meno di un anno prima della menzionata sottoscrizione di Roma. Ciò che conduce praticamente ad azzerare quella distanza temporale, anche a non considerare i lunghi anni di «congelamento costituzionale», che hanno coinvolto larghe e importanti parti del Testo fondamentale<sup>31</sup>, dall'istituzione del C. S. M. con le connesse garanzie di indipendenza della Magistratura, all'avvio della prima grande stagione «costituente» dell'ordinamento regionale.

Dal che ci si avvede agevolmente che il percorso di attuazione della Costituzione si è svolto quantomeno parallelamente alle diverse tappe che – dall'originario Trattato istitutivo del 1957 fino a quello di Lisbona, attraverso i passaggi intermedi fondamentali di Maastricht, Amsterdam e Nizza – hanno caratterizzato il processo di integrazione, il quale, pertanto, senza grande sorpresa ha influito in maniera determinante sul complessivo assetto e concreto funzionamento delle istituzioni italiane, segnandone l'evoluzione<sup>32</sup>.

Da quest'ottica, il pensiero corre immediatamente alla forma di governo, testualmente invariata (a dispetto dei reiterati sforzi profusi in oltre trent'anni di tentativi di revisione), a tenore dell'art. 94 della Costituzione, eppure significativamente incisa nell'atteggiarsi effettivo dei rapporti tra gli organi titolari dell'indirizzo politico già per l'esigenza di conferire efficacia all'azione del

---

<sup>31</sup> Per maggiori approfondimenti in argomento può leggersi anche CIANCIO (2007 b, 461 ss).

<sup>32</sup> Come già segnalato nella nostra *Presentazione* al volume (a cura di) CIANCIO (2017 a, 1 ss), che sia consentito richiamare in tutti i contributi, i quali analizzano partitamente e più in dettaglio le consistenti influenze del processo di integrazione europea sulle istituzioni italiane, di cui di seguito nel testo può offrirsi di necessità solo una sintesi.

Governo, quantomeno per la necessità di consolidarne l'autorevolezza quando esso è chiamato a confrontarsi con i propri omologhi nelle sedi intergovernative europee<sup>33</sup>.

Ciò che, correlativamente, ha finito per riflettersi sul ruolo del Parlamento, per altri versi fortemente segnato dal sostanziale svuotamento di competenze legislative in virtù del loro trasferimento al piano europeo, con tutte le conseguenze che ne sono derivate sul sistema delle fonti, come effetto, anzitutto, dell'operatività nell'ordinamento di norme prodotte all'esterno e, tuttavia, idonee a prevalere su quelle interne, talora senza nemmeno l'intermediazione del legislatore nazionale quando dotate di efficacia diretta.

Per quanto, da altro versante, non possa venir trascurato come da ultimo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona abbia determinato una consistente valorizzazione del ruolo da riconoscere oggi alle assemblee legislative, di tutti i livelli di governo, nell'ottica dell'attenuazione di quel *deficit* di democrazia, che a lungo ha accompagnato il processo di integrazione<sup>34</sup>.

D'altro canto, non possono nemmeno venir dimenticati i vincoli di recente imposti alle procedure di bilancio dai cd. Trattati *a latere*, stipulati a seguito del dilagare in Europa della crisi finanziaria, e tradottisi in correlative modifiche persino delle Costituzioni nazionali, tra le quali – come noto – quella italiana, per la necessità di rispettare (e formalizzare) il principio dell'equilibrio di bilancio<sup>35</sup>. Circostanza quest'ultima, che, altrettanto notoriamente, ha finito per riflettersi sulla stessa tenuta dello Stato sociale, come conseguenza dei limiti adesso imposti alle possibilità di spesa di tutte le amministrazioni<sup>36</sup>.

Da qui la riflessione si dilata in misura esponenziale, investendo in primo luogo l'odierna possibilità di tutela effettiva dei diritti sociali<sup>37</sup> e l'evoluzione, nell'attuale congiuntura giuridico-economica-finanziaria, subito dalla c.d. Costituzione economica, mentre, per altri versi, l'attenzione si concentra (anche) sulle attribuzioni e il concreto funzionamento delle autonomie territoriali, in considerazione della portata dell'impegno che il secondo comma dell'art. 3 della Carta fondamentale assegna all'intera Repubblica, in tutte le dimensioni del pluralismo (anche) istituzionale, non diversamente da quanto, subito prima,

<sup>33</sup> Cfr. CATELANI (2017, 203 ss).

<sup>34</sup> Sulla diversità di forme e significato, che sarebbe da attribuire alla problematica relativa alla carenza di legittimazione democratica dell'Unione Europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. MANZELLA (2014, 5ss).

<sup>35</sup> In argomento cfr., *ex multis*, RAFFIOTTA (2013).

<sup>36</sup> Sul punto, per tutti, MANGIAMELI (2013).

<sup>37</sup> Non potendo dar conto in questa sede della vastissima letteratura in argomento, cfr., almeno, i contributi raccolti nei recenti volumi AA. VV. (2017), e AA. VV. (2018).

esplicita l'art. 2 Cost. nel promuovere riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali.

Da questa angolazione, l'indagine abbraccia, in particolare, l'estensione assunta dall'autonomia delle Regioni, anche a seguito del loro (recente) coinvolgimento nel processo decisionale europeo<sup>38</sup>, mentre, sotto un profilo più generale, occorre interrogarsi sulle concrete possibilità di erogazione delle prestazioni sociali e, in connessione, dei servizi pubblici.

Tema quest'ultimo, che intercetta le dinamiche che in questi anni hanno interessato l'organizzazione tutta della pubblica amministrazione, per altri versi incisa – in buona parte anche in questo caso come conseguenza del processo di integrazione – dal corrente (e crescente) fenomeno della creazione (e moltiplicazione) delle c.d. Autorità indipendenti, con tutte le problematiche, connesse, dell'assorbimento da parte di esse di rilevanti poteri di regolazione dei settori di intervento, nonché di risoluzione, per così dire, para-giudiziaria delle controversie tra i soggetti (pubblici e privati e/o privati fra di loro) dell'ordinamento<sup>39</sup>, con evidenti riflessi sull'allocazione delle funzioni tra i poteri e del correlativo riallineamento dei rapporti fra di essi.

E ciò nell'ambito più ampio della progressiva enucleazione di un diritto pubblico europeo sempre più destinato ad influenzare gli ordinamenti nazionali e da questi, a sua volta, ispirato<sup>40</sup>, in una sorta di moto circolare, come tipicamente si verifica nel diritto europeo, che guarda al diritto interno dei singoli Stati-membri come bacini ai quali attingere principi, che, armonizzati a livello sovranazionale, sono poi in grado di riversarsi nuovamente sugli ordinamenti di provenienza, avvicinandoli.

In questo quadro già molto articolato non può, poi, non innestarsi la considerazione del ruolo del giudice ordinario, indiscusso protagonista del processo di integrazione, anche e soprattutto in virtù di quel dialogo fra giurisdizioni (nazionale ed europea) aperto attraverso la via del rinvio pregiudiziale alla

---

<sup>38</sup> Tra gli studi più recenti sul tema, cfr. DI COSIMO (2018, 165 ss); IACOVIELLI (2018, p. 210 ss); e, se si vuole, con particolare attenzione alle Regioni speciali, CIANCIO (2017 b).

<sup>39</sup> Al punto che di recente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cd. Autorità *Antitrust*) si era persino indotta a sollevare questione di legittimità costituzionale (ord. AGCM 1/2018, commentata, tra gli altri, in *federalismi.it*, 2018, n. 14 da CASSETTI (2018); LIBERTINI (2018); e STAIANO (2018). E ciò sul presupposto di essere connotata da un così elevato tasso di indipendenza da integrare i profili di terzietà che sono tipici del «giudice», e di esercitare inoltre funzione assimilabile a quella giurisdizionale, ritenendo in tal modo di integrare entrambi i profili di legittimazione (soggettiva e oggettiva) al promovimento del sindacato di costituzionalità in via incidentale; conclusione, peraltro, poi respinta dalla Corte costituzionale con sent. n. 13 del 2019.

<sup>40</sup> Per i diversi profili intercettati dalla problematica ora in considerazione, cfr. i numerosi contributi raccolti nel denso volume AA. VV. (2016 b).

Corte di Giustizia<sup>41</sup>, cui, da ultimo, ha finito per addivenire la stessa Corte costituzionale, accettando, per un verso (ed a questi limitati fini), di essere annoverata tra le giurisdizioni nazionali<sup>42</sup>, ma dimostrando, per altri versi, e più di recente, di voler rifuggire da un rapporto di totale subordinazione rispetto al Giudice europeo ed alle sue pronunce interpretative, per lo meno quando risultano in gioco i principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>43</sup>.

Il discorso, condotto di necessità sinteticamente, potrebbe ancora proseguire, tante e tali sono state le ricadute del processo di integrazione europea sull'organizzazione e il funzionamento delle nostre istituzioni, con conseguenze, peraltro, talmente pervasive (e, per più versi, tra di loro inestricabilmente connesse) che si può a ragion veduta ribadire che non c'è – e, per quanto più sopra affermato, probabilmente non c'è mai stato – un diritto costituzionale italiano che possa considerarsi autonomo dal processo di integrazione e che, come tale, possa «vivere fuori», cioè a dire avulso, dall'Europa e dal correlativo processo di omogeneità costituzionale<sup>44</sup>.

## 5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (2016 a), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli
- (2016 b), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli
- (2017), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano.
- (2018), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, *Federalismi.it*, num. 4.
- ALLEGRI, M. R. (2019), *Ancora sui partiti politici europei: cosa c'è di nuovo in vista delle elezioni europee 2019*, *Federalismi.it*, num. 9.
- ANGELINI, F. (2010), *L'Europa sociale affidata alla Corte di Giustizia CE: «sbilanciamento giudiziale» versus «omogeneità costituzionale»*, AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli.

<sup>41</sup> Cfr. ROMBOLI (2014, 431 ss).

<sup>42</sup> Il riferimento è alla nota ord. 103 del 2008, con cui la Corte costituzionale ha sollevato per la prima volta una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia, sia pur entro l'ambito di un giudizio in via principale, con una limitazione, peraltro, destinata a cadere con la successiva ord. n. 207 del 2013.

<sup>43</sup> Nella vastissima letteratura sull'argomento, come elaborata in particolare in relazione al cd. «caso Taricco», cfr., per tutti, LUCIANI (2016a, 5 ss; 2016b); sia pur *in limine* a quella vicenda, che ha notoriamente condotto la Consulta a sollevare il suo terzo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questione interpretativa, cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

<sup>44</sup> Sul tema MICCÙ (2003, 49 ss). Più di recente, DELLEDONNE (2017, 215 ss).

- BIN, R. (2014), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*. Relazione finale, CIANCIO, A. (dir.) da aggiungere, Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa, Aracne, Roma.
- CARAVITA, B. (2015), *Quanta Europa c'è in Europa?*, Giappichelli, Torino.
- (2019), Letture edificanti per combattere gli idola sull'Europa, *Federalismi.it*, num. 9.
- CARTABIA, M. (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- CASSETTI, L. (2018), L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie di accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale, *Federalismi.it*, num. 14.
- CASTORINA, E. (2010), I valori fondanti dell'Unione Europea, Castorina, E., *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Giappichelli, Torino.
- CATELANI, E. (2017), *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia Editrice Pisana, Pisa.
- CIANCIO, A. (2007 a), Partiti politici e gruppi parlamentari nell'ordinamento europeo, *Pol. Dir.*, num. 2.
- (2007 b), I valori fondanti della Repubblica italiana a sessant'anni dalla sua nascita, en AA. VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, Giuffrè, Milano.
- (2009), I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione, *Federalismi.it*, num. 9.
- (2012), A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre, *Federalismi.it*, num. 21.
- (2015), Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE, *Forum di Quad. cost. Rassegna*.
- (2016 a), Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo, *Rivista AIC*, num. 11.
- (a cura di) (2016 b), Parità di genere e partecipazione politica nell'Unione Europea. Profili generali, *Rivista AIC*, num. 1.
- (2017 a), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino.
- (2017 b), Le Regioni speciali nella dimensione europea. L'esperienza della Sardegna, *Federalismi.it*, num. 8.
- (2018 a), Alla ricerca della forma di governo dell'Unione Europea: lo snodo dei partiti politici europei, IBRIDO, R.; LUPO, N. (dir.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna.
- (2018 b), Alle origini dell'interesse dell'Unione Europea per i diritti sociali, *Federalismi.it*, num. 4.
- (2018 c), Costituzione e secessione. Profili di teoria generale e di diritto comparato, *Federalismi.it*, num. 7.
- (2018 d), Costituzione e secessione: aporie di un accostamento, *Rass. Parl.*, num. 2.

- COSTANZO, P. (2014), Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione Europea, COSTANZO, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI, A. (dir.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, Torino.
- CURTI GIALDINO, C. (2018 a), Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione Europea, *Federalismi.it*, num. 16.
- (2018 b), Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo «Stato di diritto», si viola la regola di diritto, *Federalismi.it*, num. 18.
- DELLEDONNE, G. (2017), *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DE VERGOTTINI, G. (2009), Forma di governo dell'Unione Europea, *Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma.
- DI COSIMO, G. (2018), Le Regioni e il diritto europeo dopo la legge 234 del 2012, MOAVERO MILANESI, PICCIRILLI, G. (dir.) da aggiungere, *Attuare il diritto dell'Unione Europea in Italia*, Cacucci Editore, E. Bari.
- FERRERA, M. (2000), Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-Nazione: dilemmi e prospettive, *Riv. It. Sc. Pol.*, num. 3.
- GALETTA, D. U. (2013), La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, num. 5-6.
- GRIMM, D. (1996), Una Costituzione per l'Europa, Zagrebelsky, G.; Portinaro, A.; Luther, J. (dir.), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino.
- GRIMM, D. (2014), La forza dell'Unione sta in un'accorta autolimitazione, *Nomos*, num. 2.
- GUAZZAROTTI, A. (2017), Sovranità e integrazione europea, en AA. VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Jovene, Napoli.
- IACOVIELLI, A. (2018), La partecipazione delle autonomie territoriali alla fase ascendente del processo decisionale europeo: i modelli organizzatori delle Regioni italiane, *Dir. reg.*, num. 1.
- LIBERTINI, M. (2018), Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM, *Federalismi.it*, num. 14.
- LUCIANI, M. (2016 a), Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, *Rivista AIC*, num. 2.
- (2016 b), Chi ha paura dei controlimiti?, *Rivista AIC*, num. 4.
- MANGIAMELI, S. (2013), Crisi economica e distribuzione territoriale del potere pubblico, *Rivista AIC*, num. 4.
- MANZELLA, A. (2014), Verso un governo parlamentare euro-nazionale, Manzella, R.; Lupu, N. (dir.) *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino.

- MEZZETTI, L. (2014), Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione, en Costanzo, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI, A. (dir.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- MICCÙ, R. (2003), Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea, ATRIPALDI, V.; MICCÙ, R. (dir.), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea dopo il «caso Austria» e la Carta dei diritti fondamentali*, CEDAM, Padova.
- MORRONE, A. (2014), Una costituzione per L'Europa? Per uno stato costituzionale europeo, *Federalismi.it*, num. 23.
- PAZÈ, V. (2018), Populismo: alla ricerca di una definizione, AA. VV., *Annuario 2017. Democrazia, oggi*, Jovene, Napoli.
- PIZZORUSSO, A. (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna.
- RAFFIOTTA, E. (2013), *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Il Mulino, Bologna.
- RIDEAU, J. (2000), *L'incertaine monteé vers l'Union de droit. De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, L.g.d.j, Paris.
- ROKKAN, S. (1984), Formazione degli stati e differenze in Europa, en TILLY, C. (dir.), *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna.
- ROMBOLI, R. (2014), Corte di giustizia e giudizi nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo, CIANCIO, A. (dir.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma.
- RUGGERI, A. (2014 a), Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita, COSTANZO, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI, A. (dir.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- (2014 b), Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali, COSTANZO, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI, A. (dir.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- (2016), Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione Europea e ritorno, ovverosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici, *Federalismi.it*, num. 11.
- SAVASTANO, F. (2019), *Uscire dall'Unione Europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino.
- SAWICKI, J. (2018), *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Franco Angeli, Milano.
- STAIANO, S. (2018), Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale), *Federalismi.it*, num. 14.
- WEILER, J. H. H. (2003), Federalismo e costituzionalismo: il Sonderweg europeo, WEILER, J. (dir.), *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna.

# LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA UNIÓN EUROPEA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Democracia representativa y democracia pluralista. 3. La ciudadanía europea y la democracia representativa. 4. La democracia representativa en la Unión Europea. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo actualmente una de las crisis más graves de la historia del constitucionalismo moderno, que se refleja especialmente en el ámbito europeo, pero que se ha manifestado también en las últimas elecciones norteamericanas y que supone una seria amenaza para el progreso civilizatorio que el constitucionalismo ha aportado a la Humanidad. Se trata de una crisis en la que se confrontan la democracia directa y la democracia representativa pero que, si hubiera que definirla de algún modo, ese podría ser el de debilitamiento progresivo de la democracia pluralista.

Esa debilidad se ha planteado en ocasiones como una manifestación de la crisis de la democracia representativa que ha dado lugar al desarrollo de los populismos y a la utilización de los mecanismos de democracia directa, en particular el referéndum, en un sentido demagógico. Ciertamente se puede describir así la cuestión del Brexit, por ejemplo, pero hemos podido ver simi-

lares problemas en las elecciones norteamericanas, que se inscriben claramente dentro de la democracia representativa.

Por lo que a la Unión Europea se refiere, la involución democrática está poniendo en serio riesgo un proyecto civilizatorio que había cumplido funciones históricas especialmente relevantes de control y limitación de las tendencias nacionalistas que condujeron a la Segunda Guerra Mundial. Debemos recordar que esas tendencias estaban impulsadas por una concepción de la democracia basada en la voluntad soberana e ilimitada de la mayoría en el ámbito interno, que facilitó la implantación de regímenes totalitarios. Esos regímenes proyectaron sobre el exterior sus tendencias nacionalistas e imperialistas, generando el enfrentamiento bélico más terrible conocido hasta el momento en la historia.

Pese a que el proyecto europeo se construyera inicialmente a espaldas del Derecho constitucional –lo que no puede considerarse como un rasgo positivo, porque condujo a un modelo de integración que limitó el alto grado de desarrollo democrático de las constituciones normativas (cfr. F. Balaguer Callejón, 2010)– lo cierto es que contribuyó también a la limitación del poder exterior del Estado. La integración supranacional, en efecto, condujo a redefinir la soberanía estatal y a configurar el poder del Estado como un poder sometido a los límites derivados de la concertación con los otros Estados europeos.

Al mismo tiempo, la integración supranacional, por su propia naturaleza, redujo también el alcance posible del nacionalismo, ofreciendo un marco de convergencia entre las distintas naciones europeas, un proyecto común capaz de definir una incipiente ciudadanía común. Pese a todas las críticas que se le puedan hacer al modelo de integración y que le haremos en este trabajo, no podemos dejar de resaltar su alcance civilizatorio en cuanto factor de limitación del poder tanto en el ámbito interno de los Estados como en el ámbito exterior y, por tanto, de redefinición del poder político estatal en un sentido muy cercano –pese a sus deficiencias– al espíritu del constitucionalismo.

Cuando se observa el deterioro actual de la democracia en Europa y el desarrollo progresivo en el mundo de proyectos fuertemente nacionalistas, con tendencias cada vez más agresivas, en los que la cultura constitucional de respeto a las minorías se debilita y se potencia el enfrentamiento entre sectores sociales en el ámbito interno y entre las naciones en el ámbito externo, tenemos que manifestar nuestra preocupación, como constitucionalistas, por esta involución que está afectando de manera muy intensa al proyecto de integración europea.

Por lo que se refiere a Europa, en realidad el proyecto europeo ha tenido desde el principio una tensión interna que no termina de resolverse y que explica la involución que ha experimentado en los últimos años. Por un lado, la tendencia a debilitar la democracia pluralista interna de los Estados, al reducir

el control y limitar la responsabilidad política de los gobiernos y transformar el conflicto interno en conflicto nacional frente a Europa (cfr. F. Balaguer Callejón, 2011a). Se trata de una tendencia que impide la construcción de una identidad europea y que refuerza a los Estados miembros de la UE en su papel de protagonistas casi exclusivos del espacio público europeo y favorece la aparición de nacionalismos disgregadores.

Por otro lado, es un rasgo inherente a la dimensión supranacional del proyecto europeo, la vocación estructural de integración y de confluencia en un espacio público común, cuya configuración tiene que ser democrática y constitucional. Es esta una tendencia que representa la auténtica maduración del proyecto europeo y que debería conducir a una formulación federal, en la que una Europa unida en la diversidad, como expresa su lema, hiciera posible la reducción del peso de los nacionalismos internos y la revitalización de la democracia estatal en el contexto de una democracia europea.

Es difícil predecir cuál de estas dos tendencias se impondrá en la tensión interna que históricamente ha cualificado al proyecto europeo. Lo que sí podemos decir es que Europa está afrontando en estos momentos su hora decisiva. La crisis actual es de tal envergadura que las alternativas se están reduciendo a un avance sustantivo en el proceso de integración o a la descomposición paulatina, siguiendo el ejemplo del Brexit, con la consiguiente destrucción del proyecto europeo. Si atendemos a los retos que plantea la globalización no cabe duda de que la única salida que le queda a los Estados europeos es el avance sustantivo en la integración y la construcción federal de Europa (cfr. F. Balaguer Callejón, 2011b y 2015a).

Sea cual sea el resultado, el proceso va a estar definido por las condiciones democráticas actuales de la Unión Europea, con todas sus limitaciones, y por la proyección de esas limitaciones sobre los sistemas democráticos de los Estados miembros. Por tanto, la cuestión de la democracia en Europa pasa a primer plano en su configuración estructural y también como proceso abierto que permita superar esas limitaciones y avanzar en la construcción democrática de Europa, lo que permitirá igualmente avanzar en la recuperación democrática de los Estados miembros.

## 2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y DEMOCRACIA PLURALISTA

En el desarrollo histórico de la cultura constitucional se acumulan conceptos que están condicionados por la época en que nacen y que no siempre

tienen un fácil acomodo en las sucesivas etapas que marcan el progreso del constitucionalismo. En particular, la democracia pluralista tiene sus exigencias, que proceden de la reacción frente a experiencias traumáticas de opresión de las minorías y de destrucción del orden constitucional por la ausencia de límites al poder de la mayoría. Siendo la democracia pluralista la formulación esencial que define a la democracia constitucional de nuestros días, esas exigencias se configuran como límites a la voluntad incondicionada de la mayoría y, al tiempo, expresan una nueva concepción no sólo de la democracia sino también de otros principios vinculados al constitucionalismo, desde la división de poderes hasta la garantía de los derechos.

El pluralismo es, en realidad una nueva forma de división del poder en las constituciones normativas y da lugar a una nueva configuración del ordenamiento jurídico (cfr. F. Balaguer Callejón, 2015b). El pluralismo político es un presupuesto de existencia de las constituciones normativas en la medida en que solamente cuando se reconoce el pluralismo se hace posible la función esencial del Derecho constitucional de canalización de los conflictos políticos. La gran lucha histórica del constitucionalismo ha sido la de desvelar el conflicto, hacerlo visible, frente a un poder político y económico que ha intentado siempre ocultarlo, desplazarlo o negarlo.

La democracia pluralista es justamente la que permite expresar la diversidad existente en la sociedad y articular esa diversidad mediante el diálogo, la negociación y el consenso, que son valores esenciales en una sociedad democrática moderna. Al partir de la pluralidad, se ponen en cuestión conceptos procedentes del primer constitucionalismo que tienen difícil encaje en la democracia pluralista. En particular, el principio de soberanía popular, en la medida en que la democracia pluralista supone la superación de la dimensión subjetiva (el pueblo como colectivo homogéneo) y objetiva (la soberanía como poder sin límites) de la unidad de poder que este principio representa (cfr. F. Balaguer Callejón, 2013).

La idea de un pueblo soberano que expresa una voluntad unitaria e ilimitada dentro del orden constitucional ya constituido –esto es, no en el proceso constituyente– es incompatible con la Constitución normativa<sup>1</sup> y con la democracia pluralista, que se asienta, de manera más natural, sobre el concepto de ciudadanía, expresiva de una diversidad de intereses y valores que se articulan, bajo el marco constitucional, mediante la contraposición entre mayoría y opo-

---

<sup>1</sup> Hay que recordar siempre a Martin KRIELE (1975/1990), en relación con el sometimiento de todos los poderes del Estado a los límites constitucionales.

sición, a través de un complejo sistema de procedimientos formales y de límites materiales<sup>2</sup>.

Aunque sea de manera tendencial y relativa podemos observar una equivalencia entre la democracia representativa y el concepto de ciudadanía como referente de una sociedad plural y de procedimientos de articulación de la política propios de las constituciones normativas. Por el contrario, la democracia directa se asienta sobre una concepción idealizada de pueblo o nación, con una voluntad unitaria que expresa una unidad de poder cuyos límites materiales y formales quedan difuminados. Mientras la democracia representativa hace posible la realización de la democracia pluralista, con las limitaciones inherentes al poder de la mayoría, el respeto a la diversidad y la cultura del consenso, la democracia directa no siempre resulta compatible con la democracia pluralista.

Podríamos decir que esa compatibilidad depende de la naturaleza de los problemas que se sometan a decisión directa por «el pueblo» y de las condiciones en las que esa participación se produce, por ejemplo, en los procesos referendarios. Es el caso de los más recientes, como el Brexit, en el que ha habido dos quiebras fundamentales de la democracia pluralista. La primera de ellas, la confusión entre el nivel gubernamental de decisión que corresponde a la mayoría y el nivel constitucional de decisión, que implica al conjunto de la sociedad. Cuando un referéndum afecta al nivel constitucional de decisión (como ha sido el caso del Brexit) debe requerirse un grado de consenso superior al exigido para las decisiones gubernamentales, propias de la mayoría. De ese modo, queda preservada la democracia constitucional, en la que es un principio fundamental la limitación del poder de la mayoría.

La segunda quiebra, que tiene relación con la primera, afecta a las propias características del referéndum, en el que se adopta una decisión binaria que genera una confrontación, tendencialmente radical, entre los diversos sectores sociales, en lugar de favorecer, con los mecanismos propios de la democracia pluralista, los procesos de diálogo, negociación y consenso. Para evitar que esa confrontación, en lugar de resolver conflictos fundamentales los agudice y los agrave, es necesario que operen previamente los procedimientos de negociación y articulación de acuerdos constitucionalmente establecidos. De otro modo, como ha ocurrido con el referéndum del Brexit (cfr. F. Balaguer

---

<sup>2</sup> En cierto modo, se refleja aquí la contraposición señalada por Paolo RIDOLA (2005, 23-24) entre «*Volksdemokratie*, entendida como democracia en la que el sujeto es un pueblo configurado como una magnitud unitaria por encima de sus articulaciones, y *Bürgerdemokratie*, como un modelo que pone el acento sobre el pluralismo como multiplicidad de ideas, de intereses, de identidades como base de una democracia».

Callejón, 2016a y 2017), la consulta popular opera sobre un vacío democrático, que favorece incluso la propaganda demagógica y manipuladora que ahora se define como «posverdad».

Esta exigencia se cumple, en términos generales, cuando se trata de un referéndum de reforma constitucional, por ejemplo. En ese caso, se supone que han operado previamente los mecanismos propios de la democracia pluralista y que, por ese motivo, el texto que se somete a consulta ha sido ya debatido y aprobado por una mayoría cualificada, obteniendo el consenso necesario entre los representantes de la ciudadanía. Como contrapunto nos sirve de ejemplo el último referéndum constitucional de Italia precisamente porque el sometimiento a referéndum parte del fracaso previo del consenso constitucional, al no haber obtenido el texto la mayoría de dos tercios en cada una de las cámaras.

Naturalmente esto no quiere decir que el referéndum o la democracia directa sean incompatibles con la idea de democracia pluralista. Pero sí parece claro que ambas formulaciones se han originado en etapas diferentes de desarrollo del constitucionalismo y que responden a filosofías distintas que, en determinadas condiciones, pueden ser contradictorias. Para evitar esa contradicción hay que insertar a la democracia directa dentro de la democracia constitucional, aceptando que los límites a la mayoría no se pueden anular por el hecho de que esa mayoría se manifieste directamente. Resulta necesario, por tanto, establecer garantías para que la democracia directa se exprese dentro del respeto a los límites constitucionales.

### 3. LA CIUDADANÍA EUROPEA Y LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Si partimos de la vinculación entre la democracia directa y la soberanía popular, basada en esa imagen idealizada del «pueblo» como un colectivo homogéneo con identidad de intereses y valores, propia del primer constitucionalismo, podemos ver la dificultad que supone aplicar esta noción de democracia a la Unión Europea. En efecto, la correspondencia entre la democracia directa y el sujeto ideal «pueblo», que la ejerce, no existe en las instituciones europeas, siendo comúnmente aceptado que no hay un «pueblo europeo» en el estado actual de desarrollo del proceso de integración.

La soberanía popular es un concepto del Estado nacional y es en ese contexto en el que nace y se despliega. Su coherencia con la integración supranacional es más que discutible, como también lo es, en mi opinión, su sentido

actual como concepto que apela a una unidad de poder desde el punto de vista subjetivo y objetivo, que tampoco existe ya dentro del Estado nacional. La soberanía popular, así entendida, pasó a tener un limitado campo de actuación al plano del poder constituyente con las constituciones normativas, para terminar por verse también limitada en ese nivel constituyente en el contexto de la integración supranacional europea.

En todo caso, si ya su aplicación actual al Estado nacional plantea problemas, menos pensable resulta todavía su traslación al ámbito europeo, donde la propia inexistencia de un «pueblo europeo» evidencia la imposibilidad de utilizar ya el concepto de soberanía popular en su dimensión subjetiva. Lo mismo cabe decir por lo que se refiere a la naturaleza del poder que se ejerce por las instituciones europeas, del que necesariamente hay que apreciar su limitación no solamente material, sino también competencial, derivada del principio de atribución en el que se basa la existencia misma de la Unión.

Si la democracia directa es conceptualmente difícil de encajar en el proceso de integración europea, cabe plantearse por el sentido que tienen los mecanismos que habitualmente se suelen encuadrar dentro de este tipo de democracia en el ámbito europeo. En general, se puede decir que cuando se habla de democracia participativa a nivel europeo se está hablando en realidad de la incorporación de intereses particulares en los procesos de decisión<sup>3</sup>. En efecto, ante la ausencia de un pueblo europeo que sirva de referencia, estos mecanismos terminan por ser ajenos a la defensa del interés general.

A este respecto, la articulación de intereses sociales que se produce en la democracia representativa, cuya finalidad última es construir en común el interés general, debe distinguirse claramente de la pretensión de realizar o imponer los intereses particulares sobre los generales, que se puede dar en estas fórmulas de «democracia» participativa. Es, por tanto, muy cuestionable tanto desde el punto de vista teórico cuanto desde el análisis del derecho positivo vigente, que se pueda hablar de una proyección significativa de la democracia directa a nivel europeo. Todo ello sin dejar de reconocer los pasos positivos que se han dado, por ejemplo, en relación con la iniciativa ciudadana europea, a partir del Proyecto de Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa.

Por lo que se refiere a la democracia representativa, su coherencia con el proceso de integración parece clara, al menos desde el punto de vista teórico.

---

<sup>3</sup> Desde esa perspectiva, indica Josu DE MIGUEL (2005, 235), «los problemas constitucionales y democráticos por los que atraviesa la Unión, no pueden ser solventados recurriendo a una democracia de trueque, de toma y daca, donde la apelación al principio participativo para justificar las prácticas corporativas (...) no es en rigor más que una fórmula política vacía destinada a encubrir la participación de los privilegiados».

Podríamos decir que la democracia representativa es la otra cara de la moneda respecto de lo que hemos visto de la relación entre democracia directa y Unión Europea. Si bien falta un pueblo europeo, no falta (al menos formalmente) una ciudadanía europea, que es la base sobre la que se puede construir la democracia representativa a nivel europeo. Existe por tanto, la posibilidad de articular formal y materialmente la democracia, desde el punto de vista procesal de la canalización de los conflictos mediante el diálogo, la negociación y el consenso, así como desde la perspectiva material de la conformación de los intereses generales, limitando el poder de la mayoría y garantizando los derechos constitucionales.

#### 4. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 10 TUE afirma expresamente en su apartado 1 que «El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa». Esta declaración se completa seguidamente en el 2 indicándose que «Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo» y que «Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos».

Atendiendo al desarrollo actual del proceso de integración es, sin embargo, bastante discutible que el funcionamiento real de la UE se base en la democracia representativa, a pesar de la proclamación formal del artículo 10.1 TUE. También es discutible que el Parlamento Europeo, aunque represente a los ciudadanos, lo haga al modo en que lo hacen los parlamentos nacionales respecto de sus ciudadanías respectivas si tenemos en cuenta su posición institucional<sup>4</sup>. Por último, el hecho de que la responsabilidad política de determinados órganos europeos se sustancie ante los parlamentos nacionales y ante las ciudadanías nacionales evidencia una parte del problema de la democracia «representativa» en la Unión Europea.

Por otro lado, tenemos que cuestionar, desafortunadamente, que exista realmente, a nivel político, una auténtica ciudadanía europea. Tampoco parece que se pueda hablar de una representación política de la ciudadanía europea como tal. Más bien, habría que reconocer que no hemos llegado todavía a esa fase. No lo hemos hecho tanto por lo que se refiere al sujeto representado, la ciudadanía, cuanto por la institución esencialmente representativa, que debería ser el Parlamento Europeo.

---

<sup>4</sup> Cuando menos, como indica Paolo RIDOLA (2005, 35), es perceptible la escasa influencia que tiene el Parlamento Europeo en la dirección política de la Unión Europea.

Comenzando por esto último, es evidente que el Parlamento Europeo carece de la posición institucional de los parlamentos nacionales y que no puede hablarse todavía de un desarrollo del espacio público europeo equivalente al de los espacios públicos nacionales. Los Estados siguen siendo los agentes casi exclusivos del proceso político europeo sin que el Parlamento desarrolle las funciones de impulso y dirección así como de control político, propias de los sistemas constitucionales nacionales.

Por otro lado, el propio Parlamento Europeo sigue articulándose en gran medida en torno a representaciones nacionales tendencialmente unitarias y no como un auténtico representante de los intereses europeos, que se vertebró en torno a la contraposición entre mayoría y oposición, como ocurre en los sistemas constitucionales basados en la democracia pluralista. Si tomamos como referencia los diferentes ámbitos en los que se proyecta la democracia pluralista a nivel nacional, desde el sistema de fuentes del Derecho a la jurisdicción constitucional, pasando por los mecanismos de control y exigencia de responsabilidad política, vemos como, en todos esos ámbitos, la construcción europea sigue siendo bastante deficitaria (cfr. F. Balaguer Callejón, 2016b).

En realidad, estas características se derivan de la propia base material que supone la ciudadanía europea formalmente representada en el Parlamento. La ciudadanía europea sigue siendo, en realidad, una ciudadanía nacional que proyecta sobre el espacio europeo los intereses nacionales. No existe una auténtica ciudadanía europea estructurada en torno a políticas de alcance europeo y a la articulación de los intereses generales a nivel europeo. Por el contrario, el modelo actual de integración configura a la ciudadanía europea como una ciudadanía nacional, que defiende intereses nacionales y que no trasciende esos intereses nacionales, en términos generales, en la construcción común de los intereses europeos.

Por tanto, si tenemos que valorar la proclamación del artículo 10.1 TUE en relación con la proyección directa de la democracia representativa en Europa no podemos dejar de reconocer que esa dimensión es todavía muy reducida. No obstante, cabe también plantearse si podemos hablar de una proyección indirecta de la democracia representativa en Europa a través de la condición democrática de los Estados miembros. Esta ha sido una tesis defendida por sectores doctrinales europeos, así como por algunas jurisdicciones constitucionales nacionales<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Que, como indica Paolo RIDOLA (2005, 24-25), han sustentado la idea de que «la legitimación democrática de las estructuras comunitarias es *mediada* por la democracia de las estructuras constitucionales de los Estados miembros».

Ante todo, habría que decir que la idea misma de una legitimación democrática derivada de esta proyección mediata o indirecta de la democracia representativa sobre la UE es más que discutible. El espacio público europeo es claramente diferenciable del espacio público nacional y, por tanto, las decisiones que se adoptan tienen que ser, por sí mismas, representativas en relación con los intereses europeos, que es algo diferente a la representación de los intereses nacionales en Europa. Lo que se caracteriza como legitimación indirecta es, en realidad, la expresión del gran déficit de legitimidad del modelo de integración europea. Es la misma situación ingobernable que se generaría en Italia o en España, por ejemplo, si no hubiera partidos de alcance nacional y todos los partidos políticos fueran regionalistas y actuaran como tales en la política nacional, defendiendo exclusivamente los intereses de la Región o de la Comunidad Autónoma de procedencia.

De hecho, bien se puede decir que lo que tenemos no es una transferencia de legitimidad o de representatividad democrática de los Estados miembros a la Unión Europea sino, más bien, un deterioro de la democracia interna de los Estados miembros como consecuencia del modelo actual de integración europea. Un modelo que transforma los conflictos políticos internos de los Estados miembros, antes resueltos mediante los mecanismos propios de la democracia pluralista, en conflicto nacional frente a Europa, exigiendo un consenso ficticio entre mayoría y oposición que desnaturaliza el sistema democrático en la gestión de los asuntos europeos.

Esta situación se ha agravado con la crisis económica, que ha dado lugar a una interpretación económica de la Constitución que se intenta imponer como única solución a la crisis y que ha contribuido a deteriorar la ya débil democracia representativa en la Unión Europea, al tiempo que ha generado una auténtica involución democrática en muchos Estados europeos. Una involución que dificulta todavía más hablar de una representatividad indirecta o mediata de la Unión Europea, basada en la condición democrática de los Estados miembros.

## 5. CONCLUSIONES

Como otras muchas instituciones y principios de la Unión Europea, la democracia representativa está todavía en un grado incipiente de desarrollo. La combinación de unas estructuras políticas cada vez más poderosas con unas estructuras constitucionales todavía muy débiles está resultando disfuncional para la Unión Europea. Mientras la democracia directa no tiene un encaje claro en la Unión Europea, ni en sus fundamentos teóricos (el todavía inexistente «pueblo» europeo, como sujeto ideal del que podrían derivarse los mecanis-

mos de democracia directa) ni en su formulación normativa (orientada en realidad a la participación de intereses sectoriales y particulares con un dimensión corporativa más que democrática) la democracia representativa sí podría quedar encuadrada en el nuevo sujeto histórico que se articula en torno a la noción de ciudadanía y en los mecanismos formales que parecen corresponderse, en el ámbito institucional, con esa formulación.

Pero la democracia representativa, proclamada en el Tratado de la Unión Europea, carece de condiciones homologables con las democracias representativas de los Estados miembros, que se encuadran dentro del contexto de la democracia pluralista. Esto se evidencia tanto en lo que se refiere a las instituciones representativas cuanto a la propia ciudadanía a la que esas instituciones representan. Por un lado, la posición institucional del Parlamento Europeo no es equiparable a la de los parlamentos nacionales, debido al peso excesivo que los Estados miembros siguen teniendo en la Unión Europea.

Por otro lado, no podemos hablar todavía de una auténtica ciudadanía europea que se proyecte en el plano político sobre el espacio público europeo. Seguimos teniendo una ciudadanía europea «nacional», que percibe las cuestiones europeas siempre a través del interés nacional de cada país y que, por tanto, no llega a configurar todavía una ciudadanía europea con capacidad para debatir los problemas con una percepción europea y articular soluciones con una dimensión europea.

Tampoco podemos hablar de una representatividad indirecta de las instituciones europeas que les otorgue legitimación por el hecho de integrar a Estados democráticos cuyos sistemas constitucionales sí estaban basados en la democracia representativa. Por el contrario –y esto se percibe especialmente a partir de la crisis económica– son los sistemas democráticos nacionales los que han perdido legitimidad y están sufriendo una auténtica involución, motivada en última instancia por el actual modelo de integración europea.

La afectación negativa de las democracias nacionales no se resolverá, sin embargo, mediante la separación de Europa, como va a hacer el Reino Unido después del referéndum sobre el Brexit. Los acontecimientos que han tenido lugar sucesivamente nos evidencian que el Reino Unido ha renunciado a una «soberanía» compartida con los otros Estados de la Unión Europea con la pretensión de recuperar una imposible soberanía nacional. Cualquier Estado europeo, por importante que haya sido en la historia, no puede aspirar actualmente a tener una dimensión que le permita afrontar por sí mismo la globalización. Las opciones son solamente dos: o compartir el poder político en una Europa cada vez más integrada y democrática, o someterse al poder de los grandes agentes globales, frente a los que estará inerme.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017), Regeneración democrática y reforma constitucional, en Tur Ausina, R. (Dir.), *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, Dykinson, Madrid.
- (2016a), Presentación, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 25, enero-junio de 2016, disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE25/articulos/00\\_PRESENTACION.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE25/articulos/00_PRESENTACION.htm).
- (2016b), Il modello europeo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali, en Lanchester, F. (coord.), *Parlamenti nazionale e Unione Europea nella governance multilivello*, Giuffrè, Milano, pp. 695-714.
- (2015a), Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización, en Carbonell, M.; Fix-Fierro, H.; González Pérez, L. R. y Valadés, D. (coords.), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, Tomo IV, Vol. 1, pp. 197-211.
- (2015b), L'articolazione territoriale del potere politico in Europa. Il pluralismo costituzionale di fronte alla crisi economica, en Balaguer Callejón, F.; Cruz Villalón, P.; Grossi, P.; Häberle, P.; Mangiameli, S.; Milano, G.; Miranda, J.; Scheffold, D., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, pp. 81-100.
- (2013), La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global, en AA. VV., *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 45-87.
- (2011a), Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo, en Cantaro, A. (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 31-49.
- (2011b), Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização, en Barbosa Ramos, P. R. (org.), *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, EDUFMA, São Luís, pp. 24-47.
- (2010), Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea, en AA. VV., *Annuario 2006 – La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale. Roma, 27-28 ottobre 2006. 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Jovene Editore, Napoli, pp. 257-308.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2005), La dialéctica entre democracia representativa y participativa en el orden constitucional de la Unión Europea, *Revista de Derecho Político*, n. 64, pp. 211-236.

- KRIELE, M. (1975/1990), *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, IV ed., Westdeutscher, Opladen.
- RIDOLA P. (2005), La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, enero-junio de 2005, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/02paoloridola.htm>.

# **L'EUROPA DEI DIRITTI: TRA «APERTURE» E «CHIUSURE»**

MARILISA D'AMICO  
Università degli studi di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le chiusure: un esempio emblematico la gestione dell'immigrazione e delle frontiere. 3. Le aperture. 3.1 I diritti riproduttivi e la procreazione medicalmente assistita. 3.2 La vita familiare e i diritti delle coppie dello stesso sesso. 3.3 I simboli religiosi: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche. 4. La posizione della Corte costituzionale nello spazio giudiziario europeo: un profondo cambiamento? 5. Riflessioni conclusive. 6. Riferimenti bibliografici.

## **1. INTRODUZIONE**

In questo saggio, mi propongo di svolgere qualche considerazione sulla situazione attuale di noi giuristi, in particolare costituzionalisti, di fronte alle luci e alle moltissime ombre che oggi si agitano nello spazio europeo dei diritti fondamentali.

Per anni, l'argomento sul quale ci siamo concentrati è stato quello, prima dell'introduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza (M. D'Amico, 2001), della sua valenza, del suo importante apporto alla dimensione generale dei diritti fondamentali in Europa, anche come elemento di coesione e poi della nota vicenda della mancata realizzazio-

ne di una vera «Costituzione europea», elemento necessario a seguito dell'unificazione monetaria (M. D'Amico, Bilancia, 2009).

È vero che il Trattato di Lisbona ne recepisce quasi integralmente i contenuti, ma la vicenda dei *referendum* francese, olandese e irlandese avrebbe dovuto costituire un grosso elemento di riflessione sulla distanza fra la politica e la dimensione europea e i cittadini. Così non è stato. E ora, forse, potrebbe essere veramente tardi.

Per anni comunque, e ancora oggi, gli studiosi del diritto costituzionale, italiano e comparato, sono stati attratti dall'analisi del dialogo fra le Corti, che, a dispetto della scarsa attenzione per la creazione di strumenti di raccordo *ad hoc*, alla luce delle esigenze e delle spinte dei casi concreti, ha portato alla costituzione di quello che ho altrove definito uno «spazio giudiziario europeo» (M. D'Amico, 2017; Carmona Contreras, 2016). Uno spazio nel quale, cioè, dimensione nazionale e sovranazionale si coordinano perfettamente e i giudici sembrano realizzare un'unità che manca a livello politico.

In queste riflessioni vorrei, però, ragionare proprio sull'ambiguità della situazione attuale: da un lato, abbiamo un'Europa delle Corti e dei giudici che sembra muoversi in uno spazio coerente e coordinato, assicurando sia sul piano processuale che su quello sostanziale, una tutela soddisfacente; dall'altro, e questa è la drammatica novità di questi ultimissimi anni, abbiamo una distanza abissale dell'Europa politica dalle persone e soprattutto dagli ultimi, dai più fragili.

Con la incredibile vicenda della mancata gestione del fenomeno migratorio, l'Europa, tutta l'Europa, mostra una totale indifferenza nei confronti di vicende umane, al punto da tollerare barconi che colano a picco, ONG bloccate, politiche nazionali di totale chiusura.

Studiando il drammatico fenomeno dei morti annegati nel mediterraneo (M. D'Amico, Cattaneo, 2016), cui non è garantito neanche il diritto al riconoscimento, ho parlato di «Diritti annegati», ma, facendo annegare quei diritti fondamentalissimi, è come se l'Europa rinunciasse alla propria identità di valore sulla quale era nata. Drammatiche sono le analogie fra le più estreme situazioni dei profughi a cui si nega ingresso, o trattenuti negli *hotspots*, e l'indifferenza negli anni trenta e quaranta di fronte alle condizioni di totale negazione dei diritti rispetto a interi «gruppi» di persone a cavallo del secondo conflitto mondiale.

Non mi pare di esagerare se scorgo negli *slogans* sovranisti attuali, nell'identificazione urlata di un nemico a cui addebitare tutte le colpe, nella totale indifferenza rispetto ad esseri umani trattati come cose e non come persone impressionanti echi della propaganda nazista o fascista, che, torcendo addirit-

tura l'uso del linguaggio, identificava un nemico, un altro da sé, sulla base di una distinzione razziale, che, purtroppo, in molti paesi, da molte parti politiche rinasce ancor oggi.

Partendo, quindi, dal tema dei «migranti», possiamo allora ragionare sull'apollinea costruzione dell'Europa dei giudici introducendo un'altra considerazione.

Lo spazio giudiziario europeo è sicuramente uno spazio concreto, che ha dato riconoscimento a tante situazioni di «diritti negati». E possiamo fare qualche esempio: fecondazione assistita, fine vita, maternità surrogata, carceri e loro sovraffollamento, matrimonio omosessuale. In questi casi, le Corti nazionali e sovranazionali, insieme, hanno supplito situazioni di carenza della politica. Le persone hanno potuto anche attivare simultaneamente strumenti nazionali e sovranazionali: pensiamo alla vicenda della fecondazione assistita o della libertà di ricerca scientifica sugli embrioni di cui si dirà oltre.

Si sono anche scoperti strumenti nuovi: pensiamo al ruolo svolto in Italia, in tema di obiezione di coscienza, dal Comitato europeo dei diritti sociali.

E, tuttavia, se ci pensiamo bene, in tutti questi casi si tratta di persone che hanno alle spalle proprie risorse personali o associazioni che parlano per loro: insomma, non a caso, studiosi importanti, come Gustavo Zagrebelsky, intravedono in queste azioni e in questo diritto creato dai giudici un fenomeno che non riguarda gli ultimi, ma che riguarda pochi (Zagrebelsky, 2017). Un fenomeno che non affronta il problema della giustizia in generale. A mio avviso, anche questa tesi è discutibile: il riconoscimento di un diritto non toglie mai qualcosa a qualcos'altro.

Tuttavia, non possiamo oggi fare a meno di osservare che risulta difficile parlare di Europa dei diritti senza per lo meno sottolineare questa profonda contraddizione fra uno spazio complesso della tutela giudiziaria di chi può chiedere giustizia e si trova di fronte a una ricchezza di strumenti inedita e positiva e di chi, invece, risulta sprovvisto di tutti i diritti fondamentali, addirittura quello più umano, il diritto al nome e a una sepoltura.

Quali sono i Diritti che l'Europa garantisce? E a chi si rivolge? Il quadro che vorrei mettere in evidenza è proprio questo: da un lato, il diritto «dei giudici», che risulta sofisticato, lineare, ma assicurato a pochi, dall'altro, l'impossibilità di reclamare diritti, l'assenza di qualsiasi tutela, che riguarda tanti, e soprattutto «gli ultimi».

Io credo che, oggi, anche a noi studiosi spetti il compito di mantenere un profilo critico e attento alla realtà, rifuggendo dal facile e ovvio tentativo di rinchiuderci nelle nostre certezze formalistiche che pure sono il nostro pane quotidiano.

Ma se il costituzionalismo moderno, e soprattutto le Costituzioni rigide, nascono per rispondere in modo razionale a una limitazione del potere che significa insieme garanzia dei diritti, a noi, oggi, viene chiesto proprio di combattere con le forme della ragione e del dialogo, possibili ritorni al tempo in cui Hobbes poteva parlare di «*Homo homini lupus*».

Venendo all'impostazione del presente lavoro, punto di partenza è costituito dall'interrogativo di quali siano stati gli effetti e i risultati seguiti al tentativo di uniformare le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e il diritto dell'Unione Europea.

Da questo punto di vista, e come si dirà, si sono registrate due ordini di situazioni: da un lato, ipotesi di chiusure, vale a dire casi in cui, pure a fronte di un diritto dell'Unione Europea che si esprime nel senso del rafforzamento della tutela diritti fondamentali, le risposte degli ordinamenti nazionali poggiano su scelte di segno opposto, abbassandone il livello di salvaguardia; dall'altro, ipotesi, viceversa, di apertura che si sono prodotte per effetto di un dialogo diretto e immediato tra legislatori, dell'Unione Europea, prima, e nazionale, poi, e, soprattutto, tra le Corti, nazionali e sovranazionali, che hanno favorito viceversa un ampliamento di tali tutele.

Il saggio intende approfondire entrambe le prospettive delineate sulla base di alcuni casi studio emblematici: la crisi migratoria del primo scenario; i diritti riproduttivi, la vita familiare e i diritti delle coppie dello stesso sesso, i simboli religiosi e il caso del crocifisso in particolare, del secondo.

## 2. LE CHIUSURE: UN ESEMPIO EMBLEMATICO LA GESTIONE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLE FRONTIERE

Pare interessante all'inizio di questo saggio ragionare sui principi e sulle norme che regolano la gestione delle frontiere europee e dell'immigrazione, quale esempio dell'ambiguità della situazione europea attuale, come descritta in premessa, e che vede la costruzione di uno spazio giuridico comune e di tutela dei diritti vacillare di fronte ad alcuni fenomeni, primo fra tutti l'immigrazione.

Si può ritenere che le norme volte a regolare l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato e il controllo delle frontiere siano storicamente simbolo della «chiusura» dell'ordinamento, non solo poiché poste a delimitare e a proteggere il territorio, ma anche perché limite ultimo dell'esercizio della sovranità e della tutela dei diritti.

Tale concezione è stata però superata dalla creazione degli organismi internazionali di giustizia e tutela dei diritti umani, nonché dallo stesso processo di integrazione europea.

A livello europeo, infatti, proprio le regole in materia di gestione delle frontiere sembrano, al contrario, aver posto le basi verso l'«apertura» degli ordinamenti dei singoli Stati nella costruzione di un sistema giuridico comune di tutela dei diritti (Cassese, 2016).

Come noto, l'abolizione dei controlli alle frontiere interne – a partire dall'accordo di *Schengen*, successivamente incorporato nei Trattati – ha consentito la costruzione di uno «spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», fondato sulla libertà di circolazione delle persone indipendentemente dalla cittadinanza e nel rispetto dei diritti fondamentali (Nascimbene, 1995).

Quanto appena affermato è oggi riflesso nei Trattati, dai quali si evince come le regole di gestione delle frontiere, contenute nel Titolo V «Spazio di Libertà, sicurezza e giustizia» del TFUE, abbiano lo scopo di creare «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.» (art. 67 TFUE).

Al fine di raggiungere tale scopo, l'Unione dovrebbe garantire che «non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppare una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri»(art. 67 TFUE).

La creazione dello spazio giuridico unico europeo di «libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali» dovrebbe, dunque, fondarsi sul principio di solidarietà tra Stati nello sviluppo di una politica comune in materia di asilo e immigrazione e controllo delle frontiere.

Questo obiettivo ambizioso, così chiaramente sancito sulla carta, sembra tuttavia sfumare davanti a contingenze di fatto ed, in particolare, di fronte alla reazione degli Stati e delle stesse Istituzioni europee davanti alla c.d. crisi migratoria (Cassese, 2016; Tonoletti, 2017).

In effetti, soprattutto a partire dall'inizio del conflitto siriano, tra il 2014 e il 2015, che ha provocato in Europa la «maggiore crisi dei rifugiati avvenuta dalla fine della seconda guerra mondiale» (Comunicazione della Commissione Europea – COM (2016) 120 final, del 4 marzo 2016, Ritorno a *Schengen* – Tabella di marcia) sembra essersi verificata un'inversione di rotta rispetto alla direzione indicata dai Trattati: le politiche di governo delle frontiere e relative al sistema comune di asilo non sono state dirette all'effettiva attuazione del principio di solidarietà e condivisione delle responsabilità tra Stati, ma mosse piuttosto da un «imperativo irrealizzabile di chiusura» (Balibar, 2016), metten-

do in pericolo le fondamenta del sistema *Schengen* e, di conseguenza, la costruzione dello spazio unico europeo di libertà e tutela dei diritti fondamentali.

Ciò è dimostrato dalla reazione degli Stati di fronte alla difficoltà dei Paesi posti sulla frontiera esterna di gestire gli arrivi dei migranti e le domande di protezione internazionale.

Le «falle» nel sistema di controllo delle frontiere da parte di Italia e Grecia non hanno determinato l'attivazione di idonei strumenti di solidarietà e condivisione di controllo dei confini, come richiesto dai Trattati, ma al contrario hanno spinto gli altri Stati europei non direttamente impegnati nella gestione degli sbarchi a «chiudere» le frontiere interne reintroducendo formalmente, sulla base degli artt. 25 ss. del Codice Frontiere *Schengen* (regolamento CE n. 562/2006, oggi modificato dal regolamento UE 2016/399), controlli «temporanei».

Scorrendo l'elenco ufficiale delle notifiche statali alla Commissione europea in merito alla reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne di cui agli artt. 25 ss. del Codice Frontiere *Schengen*, si comprende come Paesi come Germania, Austria, Francia – tra i principali protagonisti del processo di integrazione europea – abbiano optato per la chiusura delle frontiere, giustificata da «*continuous significant secondary movements*», «*big influx of persons seeking international protection*», «*irregular migrants attempting to travel to internal border*») (Ciervo, 2016).

Le Istituzioni europee si resero subito conto che per «salvare» il sistema *Schengen*, garantendo la tenuta dello spazio comune di libertà e giustizia, diventava prioritario dare effettiva attuazione al principio di solidarietà sancito dai Trattati in materia di immigrazione e controllo delle frontiere, rendendo realmente condivisi i controlli alle frontiere esterne e la gestione delle domande di asilo, prendendo atto che «la politica europea comune in materia non si è rivelata all'altezza» (Comunicazione della Commissione europea – COM (2015) 240 final, del 13 maggio 2015, Agenda europea per la migrazione).

Il primo passo in questo senso è stato compiuto mediante l'istituzione dei c.d. *hotspots* (Savino, 2016), inizialmente definiti dall'Agenda europea per la migrazione del 2015 «un nuovo metodo» e, poi, dal regolamento (UE) n. 2016/1624 come «una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna».

Pur nella visione di una condivisione di responsabilità l'istituzione degli *hotspots* ha messo in luce tutta la debolezza del sistema «comune» di asilo e di gestione delle frontiere.

La logica «emergenziale» seguita dalla Commissione, accompagnata dall'impossibilità di trovare un accordo tra Stati in materia, hanno indotto infatti la Commissione ad intervenire al di fuori delle procedure legislative ordinarie e ad esercitare la propria competenza (art. 288 TFUE) mediante l'adozione di atti atipici.

Le indicazioni contenute nell'Agenda europea, la quale dovrebbe rappresentare un mero documento programmatico, sembrano aver avuto un impatto «para-normativo» a livello interno, essendo state recepite mediante l'adozione di una serie di circolari da parte del Ministero dell'Interno (cfr. Ministero dell'Interno, *Road Map*, 28 settembre 2015; Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015), volte a dare concretamente avvio all'istituzione degli *hotspots* e ad introdurre una serie di operazioni specifiche concernenti la gestione degli arrivi (es. procedure di identificazione, modalità di presentazione della domanda); procedure che, peraltro, coinvolgono diritti fondamentali e materie coperte da riserva di legge, come quelle previste dall'art. 10, commi 2 e 3 e dall'art. 13 della nostra Costituzione (Benvenuti, 2018).

Il «botta-risposta» tra la Commissione e gli ordinamenti interni rischia di tradursi, quindi, non già in un rafforzamento del principio di solidarietà in materia ma «in uno stravolgimento del sistema delle fonti, (...) nonché nel pregiudizio delle garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, proprie dello Stato di diritto» (M. D'Amico, 2018), imponendo un profondo ripensamento degli strumenti volti a realizzare lo spazio unico europeo di libertà, giustizia e tutela dei diritti.

La fragilità degli strumenti di attuazione del principio di solidarietà e condivisione delle responsabilità nel controllo delle frontiere ha influenzato anche l'atteggiamento dei Paesi situati sulla frontiera esterna, i quali hanno sempre più agito secondo logiche securitarie e di «chiusura», in aperta critica verso il sistema comune di asilo risultato – ai loro occhi – fallimentare.

Si pensi alle recenti vicende che hanno caratterizzato la gestione delle frontiere esterne da parte del Governo italiano, il quale ha vietato l'ingresso di navi che trasportavano migranti nei porti italiani o vietato lo sbarco di richiedenti protezione accolti in navi già attraccate nei porti siciliani, come nel noto caso *Diciotti*. In questi casi, sembra che il Governo non si sia limitato ad esercitare la propria competenza esclusiva nel mantenimento dell'ordine pubblico

e della sicurezza (art. 72 TFUE), come consentito dai Trattati, ma lo abbia fatto anche per «scatenare» la reazione degli altri Stati europei «colpevoli» di disinteressarsi del «problema immigrazione». Quanto appena affermato è, in effetti, messo nero su bianco nel contratto di Governo nel quale si legge che in materia di controllo dei confini «si deve puntare alla riduzione della pressione dei flussi sulle frontiere esterne e del conseguente traffico di esseri umani e contestualmente, nella medesima ottica, ad una verifica sulle attuali missioni europee nel Mediterraneo, penalizzanti per il nostro Paese, in particolare per le clausole che prevedono l'approdo delle navi utilizzate per le operazioni nei nostri porti nazionali senza alcuna responsabilità condivisa dagli altri stati europei» (Bonetti, 2018).

Sulla stessa linea si è posto il c.d «Decreto immigrazione e sicurezza», D.l. n. 113 del 2018, convertito con legge n. 132 del 2018 – che rafforzando il sistema dei controlli dei confini, introducendo nuove forme di trattenimento alla frontiera, potenziando i rimpatri, stravolgendo e precarizzando il sistema di accoglienza – rende sempre più evidente l'ottica di «chiusura» sottesa alle politiche di governo dell'immigrazione.

Una simile tendenza, infine, induce a due ulteriori riflessioni.

In primo luogo, la regole di gestione delle frontiere europee, nate come visto al fine di creare uno spazio unico di libertà e giustizia, sembrano oggi tornate ad essere il simbolo del «limite» all'effettiva tutela dei diritti, la quale può essere garantita solo all'interno del territorio dello Stato, nonché il limite – per dirlo con le parole della filosofa Hannah Arendt – allo stesso «*diritto ad avere diritti*» (H. Arendt, 1967). I 14.000 migranti morti e dimenticati nel Mediterraneo dal 2014 ad oggi, ai quali è precluso lo stesso diritto al nome e alla sepoltura, ne sono la più drammatica dimostrazione (M. D'Amico-Cattaneo, 2016; Siccardi, 2019).

In secondo luogo, la creazione dello spazio di libertà e giustizia avrebbe dovuto determinare, nella logica dei Trattati, un potenziamento della tutela dei diritti, mediante la condivisione delle tradizioni costituzionali comuni. La mancata attuazione del principio di solidarietà, accompagnata dalle scelte «di chiusura» messe in atto dai singoli Stati membri sembra, invece, relegare i diritti «ad uno Stato di eccezione permanente» (Balibar, 2016), rendendo sempre più inconsistente la garanzia del diritto costituzionale d'asilo – di cui all'art. 10, comma 3 Cost. – quale «nobilissima affermazione di solidarietà umana» (On. Mastrojanni, Assemblea Costituente, 5 marzo 1947).

Il circolo vizioso appena descritto è, infine, ben lontano dall'idea dei nostri Costituenti i quali, pur non avendo ragionato a fondo sul tema del controllo dei confini, avevano espresso «il desiderio di reagire al chiuso nazionalismo

dell'epoca fascista...cercando di contribuire in senso più democratico ed egualitario alla società degli Stati» (On. Pieri, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 15 marzo 1947).

### 3. LE APERTURE

Lo spazio «vuoto» di tutela appena descritto stride profondamente con il progressivo intensificarsi di un altro spazio, dove invece si assiste a un fenomeno completamente diverso e che ora analizzeremo.

Il movimento *cross-borders* sempre più frequente dei cittadini dell'Unione Europea ha favorito uno scambio sempre più intenso tra Stati membri e dimensione non solo europea, ma anche internazionale, che ha portato a due ordini di conseguenze.

In primo luogo, si è assistito, in alcuni casi, allo sviluppo di un dialogo diretto tra legislatori, dell'Unione Europea e degli Stati membri, in cui il legislatore dell'Unione ha svolto una funzione di promozione, intensificando il livello di tutela dei diritti fondamentali all'interno dello spazio giuridico europeo.

In secondo luogo, e diversamente dalla prima ipotesi, si sono profilati casi in cui le aperture si sono prodotte per effetto del più intenso dialogo tra le Corti, nazionali e sovranazionali, con un coinvolgimento diretto delle Corti nazionali, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con riferimento alla prima ipotesi e, quali esempi, possono certamente richiamarsene almeno due.

Il primo investe l'attuazione e la promozione del principio di parità di genere che oggi rappresenta uno degli obiettivi prioritari dell'Unione Europea che deve mirare, in ogni sua azione, «ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne» (art. 8 TFUE).

Tale obiettivo è perseguito, da un lato, mediante il potenziamento delle azioni volte a promuovere la parità di genere in ogni campo, dall'altro, mediante il sostegno ad iniziative volte ad incidere sul contesto culturale, caratterizzata dalla presenza di stereotipi di genere, continua fonte di discriminazione.

L'art. 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e l'art. 157 TFUE, rispettivamente, impongono e legittimano l'adozione di misure positive volte a promuovere la parità di genere «in ogni campo» e nel settore lavorativo.

Questi principi hanno anche trovato forza in numerose Risoluzioni del Parlamento europeo (cfr., ad esempio, Risoluzione del Parlamento europeo

del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione Europea; Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione Europea), il quale ha ripetutamente invitato gli Stati membri a rimuovere ogni ostacolo all'ingresso e alla promozione delle donne in carriera, quale presupposto alla costruzione di una società realmente democratica (M. D'Amico, 2011).

Anche a seguito di simili raccomandazioni da parte del Parlamento europeo, numerosi sono gli Stati membri che hanno scelto di introdurre entro i propri ordinamenti giuridici nazionali misure volte a favorire la rappresentanza femminile ai vertici delle imprese e delle professioni. Si pensi, con riferimento all'Italia, alla legge n. 120 del 2011, *Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati* (Siccardi, 2013), oppure, ancora, alla legge n. 247 del 2012, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense* (M. D'Amico, 2013).

Oltre a contribuire all'evoluzione delle azioni positive per incrementare la partecipazione femminile nel mondo del lavoro e dell'impresa, l'Unione Europea, sulla scia delle sollecitazioni provenienti dal diritto internazionale dei diritti umani (si pensi, a titolo esemplificativo, alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa), ha più recentemente svolto un ruolo fondamentale nello sviluppo di iniziative volte ad eliminare o ridurre gli stereotipi di genere.

Ciò è dimostrato, da ultimo, dalle raccomandazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2018 *La parità di genere nel settore dei media nell'Unione Europea*, che fra le altre cose «invita gli Stati membri, congiuntamente agli organismi per le pari opportunità, ad attuare integralmente la legislazione vigente in materia di parità di genere» e «incoraggia gli Stati membri (...) a elaborare, qualora ciò non sia ancora stato fatto, una legislazione incentrata sui contenuti mediatici non stereotipati (M. D'Amico, 2014).

Il secondo e, forse in termini più ampi, riguarda il forte impulso promotore assolto dal legislatore dell'Unione Europea nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, dove le direttive c.d. di «seconda generazione», adottate negli anni 2000, hanno trovato un seguito importante entro gli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, possono richiamarsi la direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica in relazione al fattore etnico-razziale, recepita dall'ordinamento nazionale con il D.lgs. n. 215 del 2003*; la Direttiva 2000/78 del Consiglio, del 27 novembre

2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in tema di occupazione e di condizioni di lavoro con riferimento al fattore religioso e alla disabilità, recepita con D.lgs. n. 216 del 2003.

Quanto alla seconda «via», come anticipato, le aperture sono state, viceversa, la conseguenza di scambi tra le Corti, rimanendo residuale ovvero solo successivo il ruolo del legislatore, sia dell'Unione Europea che nazionale.

Molte sono le materie e numerosi i casi attraverso cui guardare a queste aperture.

Moltissime, tra queste, sono attuali: inizio e fine vita; le tecniche di riproduzione medicalmente assistita e, più di recente, la maternità surrogata; la nozione di famiglia e di famiglie; le coppie, eterosessuali e omosessuali; la filiazione anche e non solo per le coppie eterosessuali, ma anche per *singles* o coppie dello stesso sesso; l'obiezione di coscienza, il multiculturalismo, la violenza di genere.

Da notare, come si è approfondito, che è stato anche attraverso la strategia giudiziaria che si è giunti all'attivazione e all'utilizzo, simultaneo e complementare, di rimedi interni ed europei.

Agli aspetti di merito, si affiancano quindi anche interessanti profili che attengono agli strumenti processuali (M. D'Amico, 2017), variamente utilizzati dai giudici e dalle Corti, sia nazionali che europei. Ci si riferisce all'intervento dei terzi, all'istruttoria, al posto ovvero alla diversa considerazione nel processo delle questioni scientifiche. Aspetti che hanno riverberato i propri effetti in alcune delle vicende che sono qui in trattazione.

### 3.1 I diritti riproduttivi e la procreazione medicalmente assistita

Una prima emblematica vicenda ha riguardato la fecondazione medicalmente assistita.

In questa materia, le questioni che emergono e che pongono in rilievo il rapporto fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo sono molteplici e hanno investito tre principali criticità della legge n. 40 del 2004: la fecondazione c.d. «eterologa»; l'accesso alle tecniche assistite anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili; la ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni.

Nella vicenda relativa alla fecondazione di tipo eterologo, come è noto, si è assistito a un complesso intreccio delle questioni e delle decisioni di entrambe le Corti (M. D'Amico, B. Liberali, 2012).

Da un lato, la prima pronuncia della Corte europea che aveva riconosciuto la violazione della Convenzione europea da parte dell'Austria ha ispirato la decisione dei giudici comuni italiani di sollevare la questione relativa all'analogo divieto previsto dalla legge n. 40 del 2004 alla Corte costituzionale. Dall'altro lato, la successiva sentenza della Grande Camera della Corte europea, sul medesimo caso e di segno opposto (*S. H. e altri c. Austria*), ha indotto la Corte costituzionale, dapprima, a rinviare la propria data di udienza pubblica e, successivamente, a restituire la questione ai giudici remittenti affinché procedessero alla necessaria rivalutazione della stessa in ragione dell'intervento della sentenza della Grande Camera, accostata dunque da questo punto di vista allo *ius superveniens* (ordinanza n. 150 del 2012, cfr. A. Ruggeri, 2012; E. Malfatti, 2012).

I giudici remittenti hanno provveduto a risollevere la questione di legittimità costituzionale e la Corte costituzionale, in relazione ai soli parametri interni e dunque ritenendo assorbito il profilo relativo all'art. 117, primo comma, Cost. (profilo per la verità sollevato soltanto dal Tribunale di Milano) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, terzo comma, della legge n. 40 che poneva il divieto di donazione dei gameti esterni alla coppia con la decisione n. 162 del 2014.

La pronuncia risulta importante per il ragionamento svolto dal Giudice costituzionale su temi complessi, come la libertà di autodeterminazione delle persone in ordine alle scelte procreative e il diritto alla salute, nonché per l'attenzione posta dalla Corte al tema delle discriminazioni economiche, mentre viene dichiarato assorbito il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., nonostante la citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo avesse costituito, nel 2012, ragione di restituzione degli atti ai giudici remittenti (C. Nardocci, 2014).

Da rilevare anche la ricerca da parte del Giudice costituzionale di ricostruire il quadro normativo già vigente a seguito della sua pronuncia, quadro che avrebbe dovuto rendere praticabile immediatamente la tecnica. Questo profilo si è rivelato in seguito particolarmente critico, a riprova che il Giudice costituzionale non «può fare da solo» (M. D'Amico, 2016).

Emblematico dunque questo caso, che vede rappresentato oltre al rapporto fra Giudice costituzionale e Giudice europeo nella costruzione sostanziale dei diritti fondamentali, uno spazio giudiziario di reciproca influenza, in cui la CEDU ha svolto sicuramente un ruolo chiave, nonostante l'assorbimento dell'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza che dichiara l'incostituzionalità del divieto, anche sul piano dei tempi dei giudizi e dal punto di vista dei rimedi processuali degli attori.

A questo proposito, l'interrogativo che il costituzionalista deve porsi sotto un profilo sistematico per una visione matura del funzionamento del sistema di tutela dei diritti attiene alla possibile influenza dei giudizi delle due Corti e alla collocazione del «diritto all'ultima parola», nel caso queste assumano decisioni discordanti.

Per quanto concerne, invece, il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita, come è noto, nella sua versione originaria, la legge n. 40 richiedeva che potessero accedervi solo coppie eterosessuali, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile, i cui membri fossero entrambi viventi. Inoltre, la legge n. 40 richiedeva che il ricorso alle tecniche fosse subordinato alla mancanza di altre metodiche idonee a superare i problemi legati alla sterilità o infertilità.

In questa prospettiva, dunque, le coppie che risultavano in condizione di procreare naturalmente non potevano ricorrere alla fecondazione assistita.

Profili di indubbia criticità, quindi, si sono posti in relazione alla posizione di quelle coppie che, pur non essendo né sterili né infertili, risultavano portatrici di gravi malattie genetiche. La materia, peraltro, si presentava connessa alla più ampia questione relativa alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto.

Il tema è stato dapprima oggetto di un'importante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, il famoso caso *Costa e Pavan c. Italia* (cfr. C. Tripodina, 2013; C. Nardocci, 2013), nel quale il Giudice di Strasburgo, accertando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ha riconosciuto l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano che, da un lato, impedisce l'accesso all'esame per questa categoria di coppie e dall'altro lato, consente – per le stesse ragioni – l'interruzione volontaria di gravidanza.

Sulla medesima questione e dopo qualche intervento discordante dei giudici comuni, taluni addirittura in favore della diretta applicabilità del «giudicato» convenzionale, successivamente si è espressa anche la Corte costituzionale con una decisione di illegittimità costituzionale (sent. n. 96 del 2015) che ha investito gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche» (I. Pellizzone, 2015).

Si trattava questa volta, con specifico riferimento al rapporto fra le due Corti, di un caso che riguardava direttamente l'Italia e rispetto al quale si chie-

deva al Giudice costituzionale di compiere uno scrutinio di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 117, comma primo, Cost., laddove impone allo Stato il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

Interessante, nella prospettiva che qui ci occupa, è sicuramente l'esito delle due pronunce, che convergono nel senso dell'accertamento di un'incompatibilità di fondo di simile divieto con le due Carte, ma si staglia anche sullo sfondo una tendenza del Giudice costituzionale a non coinvolgere nel suo scrutinio il riferimento alla dimensione sovranazionale di tutela dei diritti.

In questo caso, infatti, come peraltro già nella sentenza n. 162 del 2014 in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, l'art. 117, comma primo, Cost. viene assorbito senza assumere quella centralità che il confronto con la concorde giurisprudenza della Corte di Strasburgo avrebbe potuto conferirgli. E, tuttavia, nel ragionamento del Giudice costituzionale è evidente la coincidenza degli argomenti con quelli utilizzati dalla Corte di Strasburgo, soprattutto in ordine all'irragionevolezza dell'esclusione delle coppie fertili, ma portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili, dall'accesso alle tecniche di procreazione artificiale.

Insomma, la Corte costituzionale sembra volersi ritagliare formalmente un suo spazio di intervento autonomo e proprio nella tutela dei diritti fondamentali, ridimensionando gli effetti interni che derivano dalla costruzione e dal rafforzamento di uno spazio giuridico europeo di salvaguardia dei diritti umani, benché nella sostanza sposi la visione del Giudice europeo sull'argomento.

Da ultimo e, sempre nella prospettiva di verificare in quale direzione si muove il rapporto fra Corti, un'altra questione offre indubbi spunti di riflessione.

Entrambe le Corti, infatti, sono state chiamate a giudicare le disposizioni della legge n. 40 che limitano in via assoluta la libertà di ricerca scientifica sugli embrioni, senza che vi sia alcuna differenziazione circa i casi in cui si intenda creare appositamente embrioni per destinarli alla ricerca e i casi in cui invece si intenda utilizzare gli embrioni abbandonati che da anni si trovano in stato di crioconservazione e che pertanto non sono destinati all'impianto in utero.

Anche in questo caso (*Parrillo c. Italia*, su cui M. D'Amico, 2015; V. Zagrebelsky, 2015), davanti al Giudice europeo si sono costituite quelle associazioni che hanno promosso le questioni davanti alla Corte costituzionale. Interessante, soprattutto pensando all'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, è la circostanza dovuta all'esistenza di vicende processuali a rilevanza generale, aventi gli stessi attori, ma giudici diversi.

Nella vicenda che ha interessato il divieto di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani, ricorre, anche questa volta, un intreccio tra giudizio

convenzionale – che, non casualmente, interviene prima (e, infatti, la Corte costituzionale decide, come già in occasione dell'ordinanza n. 150 del 2012 in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di attendere l'esito della pronuncia della Grande Camera sul caso *Parrillo c. Italia* prima di esprimersi intorno alla questione di costituzionalità sottopostale) – e giudizio costituzionale, che interessa più direttamente i rapporti tra i due livelli di tutela dei diritti.

Nel caso *Parrillo c. Italia*, la Grande Camera ha escluso la violazione del diritto alla vita privata della ricorrente – che si era rivolta direttamente a Strasburgo senza esperire le vie di ricorso interne – che lamentava l'impossibilità di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni formati con gameti della medesima ricorrente e del marito, poi deceduto, ai sensi dell'art. 8 CEDU, e ha accertato l'inammissibilità della doglianza rispetto al diritto di proprietà ex art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU, in ragione dell'impossibilità di ricondurre l'embrione a mero possesso aei sensi della disposizione convenzionale.

Nel giudizio di legittimità costituzionale, che ha investito l'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40 del 2004 con riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., la Corte costituzionale, da parte sua, con decisione n. 84 del 2016, ha dichiarato inammissibile la questione prospettata richiamando il legislatore nazionale a intervenire in materia.

Si legge, infatti, nella pronuncia che «[a] fronte [...] di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». Ne consegue, ha concluso la Corte, che «[u]nicamente al legislatore [...] compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua

destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “comercializzazione” degli embrioni residui».

### 3.2 La vita familiare e i diritti delle coppie dello stesso sesso

Un altro interessante filone giurisprudenziale riguarda le questioni relative al riconoscimento di alcuni diritti per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

La prima questione dibattuta è stata quella relativa al mancato riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Connessa a questo tema, si presenta anche la questione, solo per alcuni profili distinta, della possibilità di trascrivere gli atti di matrimonio correttamente formati all'estero.

In secondo luogo, e più recentemente, si è posta anche la questione relativa alla omogenitorialità e alla conseguente possibilità di riconoscere il diritto di adozione per le coppie omosessuali.

In generale, su tali problematiche, l'Italia si è posta per lungo tempo in una situazione diversa rispetto alla maggior parte degli Stati europei, non avendo alcuna disciplina sulle unioni omosessuali.

A seguito della storica sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, con cui si è riconosciuto un rilievo costituzionale anche alla formazione sociale costituita dalla coppia formata da due persone dello stesso sesso, demandando però al legislatore l'adozione di una disciplina al riguardo, la mancata risposta di quest'ultimo ha determinato inizialmente solo una risposta, ovviamente parziale e incompleta, da parte di molte amministrazioni comunali, che sono diventate protagoniste, sia con l'istituzione di registri comunali delle coppie di fatto, sia con l'adozione (discutibile) di provvedimenti di trascrizione delle unioni celebrate all'estero.

La Corte costituzionale, poi, si è pronunciata in un'altra vicenda, più limitata, attinente alla normativa sulla modifica di sesso e al cd. «divorzio imposto, con la sent. n. 170 del 2014, con un'additiva di principio che richiamava ancora il legislatore alla necessità di approvare una disciplina generale.

Nella vicenda in esame, poi culminata con l'approvazione della legge n. 76 del 2016, che rappresenta la prima regolamentazione organica in materia di unioni non matrimoniali, la dimensione sovranazionale ha ricoperto un ruolo di primo piano.

Nel luglio del 2015, all'esito di una serie di ricorsi depositati nel 2011, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, condannato l'Italia nel caso

*Oliari e altri c. Italia* per violazione dell'art. 8 della Convenzione a motivo dell'inesistenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano di una qualsiasi forma di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso (K. Boele-Woelki, A. Fuchs, 2017).

La severa condanna europea ha costituito sicuramente un antecedente decisivo nella ripresa dell'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 76 del 2016 (su cui G. Buffone, M. Gattuso, M. Winkler, 2017), dimostrando, quindi, quanto preziosa sia l'esistenza di uno spazio giudiziario comune e quanto, nella vicenda in commento, sia stato determinante il ruolo propulsore del Giudice europeo rispetto all'inerzia del legislatore nazionale.

Un ruolo propulsore, quello della Corte di Strasburgo, che non si è peraltro esaurito nella sola condanna resa nel caso *Oliari e altri c. Italia*.

A distanza di due anni, la Corte europea si è, infatti, nuovamente espressa nei confronti dell'Italia, nel caso *Orlandi e altri c. Italia*, condannando lo Stato italiano per violazione, ancora una volta, dell'art. 8 CEDU per non aver riconosciuto effetti, tramite l'istituto della trascrizione entro l'ordinamento giuridico italiano, a unioni non matrimoniali tra coppie dello stesso sesso concluse all'estero in epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016.

### 3.3 I simboli religiosi: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche

Altro caso interessante, infine, è quello che ha riguardato l'affissione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, prevista in Italia alla luce di due regolamenti statali che considerano il crocifisso quale arredo scolastico.

Si ricordi, sul punto, che la questione dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è stata affrontata, dapprima, dai giudici italiani.

A seguito dell'ordinanza di rimessione del Tar del Veneto, la Corte costituzionale<sup>1</sup> (su cui, A. Pugiotto, 2005) si è pronunciata per l'inammissibilità della questione, accertata la natura regolamentare delle norme che impongono l'esposizione del crocifisso, rispetto alle quali non si può esplicitare il sindacato di costituzionalità.

In seguito all'ordinanza della Corte, poco soddisfacente perché non aveva deciso nel merito della questione, si è pronunciato il Tar<sup>2</sup> (su cui, P. Veronesi, 2005; N. Fiorita, 2005), che non ha riscontrato il contrasto tra l'obbligo di esposizione del crocifisso e il principio di laicità, sull'assunto, essenzialmente,

<sup>1</sup> Il riferimento è a Corte cost., ord. n. 389 del 2004.

<sup>2</sup> Tar Veneto, sentenza n. 1110 del 22 marzo 2005.

che il crocifisso è un simbolo non solo religioso, ma anche storico e culturale, espressione della tradizione culturale italiana ed esso stesso espressione del principio di laicità. In modo sostanzialmente adesivo, si è espresso successivamente il Consiglio di Stato<sup>3</sup>, decidendo sul ricorso avverso la sentenza del giudice amministrativo di primo grado.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in una prima pronuncia, *Lautsi e altri c. Italia*<sup>4</sup>, ha condannato invece l'Italia, ritenendo che l'esposizione del crocifisso in un'aula scolastica non fosse rispettosa del principio di laicità inteso in senso negativo, o, per dirla diversamente, «alla francese». Tale visione era conforme alla sua copiosa giurisprudenza sul velo islamico, nella quale erano stati assolti stati come la Francia e la Turchia che imponevano l'obbligo di non indossare il velo nello spazio pubblico.

Il Governo italiano, intervenuto nel giudizio dinanzi alla Grande Camera, aveva sostenuto invece la tesi del crocifisso quale simbolo culturale, la cui esposizione non si pone in contrasto con le sensibilità religiose di quanti non aderiscono alla religione cristiana, perché portatore di un significato neutro da un punto di vista religioso.

La Corte europea, in sede di riesame dinanzi alla Grande Camera (S. Mancini, 2011; C. Pinelli, 2011), ribaltando la propria pronuncia e quindi assolvendo l'Italia, non sposa completamente questa impostazione, qualificando il crocifisso come simbolo religioso: e tuttavia, dice la Corte, si tratterebbe di un simbolo «passivo» non atto a proselitismo attraverso la semplice esposizione e come tale non offensivo di sensibilità religiose diverse (L. Vanoni, 2013).

La Corte europea, in ogni caso, pur esprimendosi a favore dell'esposizione del crocifisso nelle scuole italiane, ribadisce, in via di principio, l'autonomia delle singole visioni nazionali resa possibile dalla presenza di un margine di apprezzamento riservato agli Stati nella regolamentazione della materia oggetto del suo sindacato.

#### 4. LA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO: UN PROFONDO CAMBIAMENTO?

I casi più virtuosi richiamati, che attestano il crescente impegno nella tutela dei diritti fondamentali in un unitario spazio europeo, sono tutti esempi

---

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 556 del 13 febbraio 2006.

<sup>4</sup> Corte EDU, *Lautsi e altri c. Italia*, n. 30814/06, Seconda Sezione, 3 novembre 2009.

in cui un ruolo chiave è stato giocato dal dialogo, formale o informale, tra Corti nazionali e Corti sovranazionali.

Questa centralità della giurisdizione nella costruzione di un terreno comune di protezione dei diritti merita senz'altro l'attenzione degli studiosi, chiamati ad osservare l'evoluzione dei rapporti tra la Corte costituzionale italiana e gli altri Giudici europei, e a trarne le conseguenti valutazioni.

Negli anni più recenti anche la relazione fra Corte costituzionale e Corti europee (Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Corte di Giustizia) ha attraversato alcuni importanti cambiamenti.

Quanto al primo ambito, al cui centro si situano i diritti protetti dalla CEDU, non si può non iniziare ricordando come, con le storiche sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la Corte costituzionale abbia aperto un canale di comunicazione importante del nostro ordinamento non solo con la CEDU, ma anche col suo «Giudice». Dopo aver affermato che le leggi nazionali sono soggette al rispetto della Convenzione, cui va riconosciuto carattere di norma interposta, e con la possibilità dunque di caducarle per violazione dell'art. 117, Cost., il Giudice costituzionale ha infatti ampiamente valorizzato il ruolo della Corte EDU nell'interpretazione delle disposizioni della CEDU. Tali disposizioni, infatti, vivono concretamente nei significati enucleati nella giurisprudenza di Strasburgo. Di più: i giudici nazionali, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, dovranno esperire un tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme delle previsioni legislative al centro dei propri dubbi, e nel fare ciò dovranno rifarsi proprio agli orientamenti che, sulle disposizioni di volta in volta prese in considerazione della CEDU, si producono di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Della giurisprudenza europea, naturalmente, tiene conto anche la Corte costituzionale nei propri giudizi. Anche se, come visto, nel recente passato è talvolta accaduto che la Corte costituzionale abbia preferito formalmente giudicare le norme sottoposte al proprio sindacato esclusivamente sotto il profilo del rispetto dei parametri costituzionali c.d. interni, lasciando invece assorbite le censure riguardanti l'art. 117, Cost. e dunque le previsioni della CEDU. Questo non significa affatto, però, che la Corte costituzionale non tenga conto, anche in modo decisivo, dei parametri sovranazionali e soprattutto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo si comprende leggendo le motivazioni, che molto spesso si richiamano proprio a quella giurisprudenza sovranazionale. Ma la Corte, evidentemente, vuole dare spazio preminente nei giudizi alla Costituzione italiana, sia pur ormai «contaminata» (positivamente) dalle interpretazioni che, su analoghi diritti previsti nella CEDU, fornisce la Corte EDU.

Una evoluzione nei rapporti tra le Corti si è determinata con la sentenza n. 49 del 2015, nella quale la Corte costituzionale ha voluto specificare che le pronunce della Corte di Strasburgo meritevoli di essere considerate ai fini dell'interpretazione della Convenzione sono unicamente quelle che si risolvono in un diritto consolidato, così smorzando la tentazione di molti giudici di utilizzare con una certa generosità la giurisprudenza della Corte EDU. Una giurisprudenza molto ricca, che riguarda molti Paesi e che si compone di pronunce vertenti su singoli casi. Tutti elementi, questi, che rendono non sempre semplice individuare orientamenti univoci su questioni complesse e che chiamano dunque anche i giudici ad una responsabilità maggiore. Inoltre, si potrebbe dire che la Corte mira a ridimensionare lo spazio per le operazioni di interpretazione conforme, in qualche modo favorendo la possibilità di essere investita delle questioni di compatibilità del diritto interno alla CEDU (G. Sorrenti, 2015):

Tale pronuncia non è stata valutata positivamente dalla Corte europea, la quale, nella decisione *Parrillo c. Italia* si è lamentata, a mio avviso anche eccessivamente, della scarsa valorizzazione da parte dei giudici italiani della giurisprudenza europea, facendo riferimento a casi di mancata sollevazione delle questioni da parte dei giudici comuni, a casi di mancato utilizzo del parametro dell'art. 117, comma 1 cost., da parte della Corte costituzionale (cfr. sentt. 162 del 2014 e 96 del 2015) e richiamando infine, in modo critico, la sent. n. 49 del 2015.

Quanto al versante dei rapporti con il diritto dell'Unione Europea, i cambiamenti evidenziabili sono forse ancora più netti di quelli che stanno interessando il sistema dei diritti protetto dalla CEDU. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha finalmente acquistato valore giuridico, e precisamente il rango dei trattati, con il Trattato di Lisbona, ha iniziato ad essere sempre più spesso utilizzata dai giudici. I quali, in forza del primato del diritto dell'UE e di quanto precisato nella sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984, hanno quindi in molte occasioni potuto mettere da parte la norma nazionale in favore della contraria norma della CDFUE (laddove ad effetto diretto) senza sollevare quindi questione di legittimità costituzionale.

Ma in questo ambito, come ormai noto, recentissimamente la Corte costituzionale è intervenuta con alcune pronunce che hanno inciso profondamente sulle dinamiche alle quali ci eravamo abituati (R. Romboli, 2018).

La sentenza n. 269 del 2017, in particolare, ha riconosciuto la necessità di prevedere che se il giudice riscontra sia la violazione di una norma costituzionale, sia della analoga previsione contenuta nella Carta di Nizza, dovrà in ogni caso attivare il giudizio di costituzionalità. Questo perché, spiega la Cor-

te in questo significativo passaggio della decisione, la Carta è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale», con la conseguenza che i diritti dalla stessa protetti «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)».

Se allora il giudice riscontra la violazione di un diritto fondamentale che trova ospitalità sia nella Costituzione italiana sia nella CDFUE, permettergli di chiudere la controversia con la non applicazione della disciplina italiana significherebbe demandargli un sindacato diffuso di costituzionalità e significherebbe altresì rinunciare, spiega la Corte, a un suo intervento *erga omnes*.

La portata di questa sentenza è naturalmente «dirompente», perché mette in discussione prassi giurisprudenziali consolidate, avallate dalla stessa Corte costituzionale in ottemperanza alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Anche se la nostra Corte costituzionale non pare mossa dalla volontà di «chiudere» il nostro ordinamento ai diritti protetti a livello sovranazionale, ma solo dalla volontà di non essere estromessa dai relativi giudizi, e allo stesso tempo dalla volontà di valorizzare la Costituzione italiana come fonte di tutela dei diritti fondamentali.

La sentenza in questione, tuttavia, è stata accolta da una consistente parte della dottrina con preoccupazione (a commento della pronuncia A. Ruggieri, 2017; A. Guazzarotti, 2017; G. Scaccia, 2017; D. Tega, 2017), per la rigidità di alcune sue affermazioni, come ad esempio quella secondo cui, laddove la Corte costituzionale, valutate le censure sia in riferimento ai parametri «nazionali» sia in riferimento a quelli «europei» (nell'ordine che la stessa si riserva di decidere) salvi la disciplina interna, il giudice comune potrà anche successivamente tornare sulle doglianze relative al rapporto con la Carta di Nizza, ma solo «per altri profili». Come a intendere, allora, che questi si deve veder ristretti i poteri di dialogare con la Corte di Giustizia e di ricorrere al meccanismo della non applicazione in forza della pronuncia della Corte costituzionale.

Va detto che, recentemente, la Corte costituzionale è però tornata a dire cose importanti sul rapporto tra la pregiudizialità costituzionale e quella relativa al rispetto del diritto dell'Unione Europea, con una decisione il cui effetto è stato senza dubbio quello di attenuare le criticità che molti studiosi avevano evidenziato in precedenza.

La sentenza n. 20 del 2019, assai rilevante anche per la questione oggetto del giudizio – ovverosia il regime di pubblicazione del reddito e della condizione patrimoniale dei dirigenti della pubblica amministrazione, con la necessità di contemperare il diritto alla riservatezza con quello alla trasparenza – ha per la prima volta deciso un caso di doppia pregiudizialità. In particolare, è

entrata nel merito di una ordinanza che denunciava la violazione di un diritto protetto sia dalla Costituzione italiana sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e anche da norme di una direttiva (la direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati) ritenute ad effetto diretto. Secondo una precedente pronuncia della Corte di Giustizia, infatti, gli artt. 6 e 7 di quella direttiva dovevano considerarsi norme immediatamente applicabili (sentenza 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*), anche se nella stessa pronuncia la Corte di Giustizia affidava al giudice interno il compito di svolgere quel bilanciamento necessario a valutare se, nel caso concreto, la disciplina nazionale avesse violato i canoni della direttiva relativi alla pubblicazione delle informazioni economiche.

La Corte costituzionale ha ammesso la questione di legittimità costituzionale scegliendo dunque di decidere la questione, ma sottolineando allo stesso tempo la peculiarità della situazione proprio alla luce della giurisprudenza comunitaria in materia, e giustamente sottolineando «l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Ancora una volta, quindi, acquista rilievo decisivo la circostanza che, diversamente operando (e lasciando che fosse il giudice a risolvere la controversia con lo strumento della non applicazione), si dovrebbe rinunciare alla possibilità di veder definitivamente cancellata dal sistema una norma nazionale lesiva di un diritto fondamentale.

Allo stesso tempo, la Corte costituzionale svolge alcune importanti precisazioni volte a «rassicurare» la Corte di Giustizia, specificando che la «prima parola» che la Corte in questo modo si incarica di dire non preclude ai giudici di «sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria». «Qualsiasi questione pregiudiziale», allora, senza preclusioni concernenti i profili di potenziale violazione con la Carta dei diritti fondamentali o altre fonti dell'Unione Europea di contenuto analogo e medesima natura. Ciò in quanto, aggiunge significativamente la Corte, «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Questo passaggio è decisivo, perché denota come l'obiettivo della Corte costituzionale sia di contribuire al potenziamento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, non di ridurli (S. Catalano, 2019), e infatti, anche dopo la sentenza n. 20

del 2019, la Corte costituzionale ha ancora più esplicitamente affermato che al giudice rimane la possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in qualsiasi momento (Corte cost. sent. n. 63 del 2019).

La sentenza n. 20 del 2019, come detto, ha contribuito certamente ad attenuare il rigore della sentenza n. 269 del 2017 e a prevenire in parte conflitti con la Corte di Giustizia (A. Ruggeri, 2019; G. Repetto, 2019), anche se occorrerà verificare con attenzione il seguito che questo nuovo orientamento della Corte costituzionale avrà sia presso le giurisdizioni comuni, sia presso la Corte di Lussemburgo, non potendosi affatto escludere reazioni.

Indubbiamente, la Corte costituzionale ha dalla sua un'arma per prevenirli o contenerli. Si aprono di fronte al Giudice costituzionale, infatti, due strade. L'una rischia di portare ad una «chiusura», l'altra, all'opposto, ad una «apertura» al contributo dell'Unione Europea nella tutela dei diritti. Per scegliere la seconda strada, la Corte costituzionale dovrà decidere di usare essa stessa con meno remore lo strumento del rinvio pregiudiziale. Investita di questioni di legittimità costituzionale in casi di doppia pregiudizialità, dovrà cioè, quando necessario, instaurare un dialogo con la Corte di Giustizia per poter arricchire le proprie decisioni del contributo interpretativo di questa. Ciò che d'altra parte è accaduto con l'ordinanza n. 117 del 2019, con la quale la Corte costituzionale, su questione posta dalla Corte di Cassazione, ha deciso di sospendere il giudizio e di attivare un rinvio pregiudiziale sull'esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità di una fonte comunitaria.

Emblematica è anche la vicenda c.d. *Taricco*, nella quale la Corte costituzionale – di fronte ad una decisione della Corte di Giustizia (CGUE C-105/14, *Taricco*, 8 settembre 2015) che coinvolgeva la natura della prescrizione come sancita dal diritto interno e la possibilità per i giudici di disapplicare norme interne di carattere penale in *mitius* – con un rinvio pregiudiziale ha interrogato la Corte di giustizia sulla reale portata delle sue affermazioni (Corte cost. ord. n. 24 del 2017). La Corte di giustizia, riconoscendo il valore anche europeo del principio di cui all'art. 25, comma 2, sotto il profilo della determinatezza in materia penale, e lasciando impregiudicata la natura sostanziale della prescrizione, peculiarità del diritto interno (CGUE C-42/17, *M. A. S. e M. B.*, 5 dicembre 2017), ha consentito alla Corte costituzionale di concludere nel senso della non fondatezza della questione (Corte cost. sent. 115 del 2018) (I. Pellizzone, 2017; C. Amalfitano, 2018).

Non interrompendo la comunicazione con Lussemburgo, ma dimostrando di voler solo essere tra gli interlocutori di questo dialogo, la Corte costituzionale potrà evitare che i cambiamenti profondi cui si sta assistendo nel rap-

porto tra Corti nazionali e sovranazionali sfoci in silenzi o, peggio, in conflitti, che non possono che nuocere ai diritti fondamentali.

## 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In conclusione, alla luce dell'analisi delle aperture e chiusure dello spazio dei diritti fondamentali in Europa, appare ancora più evidente la necessità per le Istituzioni europee, per gli Stati nazionali e anche, in ultima analisi, per una dottrina che voglia contribuire ad evidenziare gli aspetti critici e modificabili di un'Europa non ancora realizzata dal punto di vista dei diritti, di non ignorare o sottovalutare questa evidente contraddizione.

Esiste un'Europa di pochi, che capiscono e valorizzano le istituzioni europee e, nel proprio interno, hanno costruito attraverso azioni strategiche e circolazione di valori già comuni, uno spazio di tutela soddisfacente, che si sta rafforzando e che passa anche dal dialogo fra giudici nazionali e sovranazionali, ed esiste un'Europa indifferente a tanti, ma soprattutto alle situazioni di disagio e di esclusione.

Tornando alle considerazioni svolte inizialmente, credo che sia necessario riprendere in considerazione l'idea di un percorso «costituente», nel quale si decida, almeno dal punto di vista dei principi comuni, a quali «persone» lo spazio dei diritti europei si rivolge e quali sono i valori fondamentali e irrinunciabili che ci tengono insieme.

## 6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMALFITANO, C. (a cura di) (2018), *Primato del diritto dell'Unione Europea e contro-limiti. Alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- ARENDT, H. (1951/1967) *The origins of totalirism*, edizione italiana, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino.
- BALIBAR, E. (2016), *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati-Boringhieri.
- BENVENUTI, M. (2018), Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale, *Dir. Imm. e Citt.*
- BOELE-WOELKI, K.; FUCHS, A. (a cura di) (2017), *Same-sex relationships and beyond: gender matters in the EU*, Intersentia.
- BONETTI, P. (2018), Un cambiamento effettivo nella regolamentazione dell'immigrazione in Italia, *Dir. Imm. Citt.*, 2.
- BUFFONE, G.; GATTUSO, M.; WINKLER, M. M. (a cura di) (2017), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano.

- CASSESE, S., 2016, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Il Mulino, Bologna.
- (2016), Stato in trasformazione, *Riv. trim. Dir. Pubbl.*, 2.
- CIERVO, A. (2016), Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra «sistema hotspot» e Brexit, *www. Costituzionalismo.it*, 3.
- CATALANO, S. (2019), Doppia pregiudizialità: una svolta «opportuna» della Corte costituzionale, *Federalismi.it*.
- CARMONA CONTRERAS, A. (2016), El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales, *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- D'AMICO, M. (2001), Artt. 47-50 (commento al), in Bifulco, R.; Cartabia, M.; Celotto, A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna.
- BILANCIA, P. (a cura di) (2009), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffré, Milano.
- (2011), *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino.
- LIBERALI B. (a cura di) (2012), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano.
- (2013), La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali, *Rivista Aic*, 3.
- (2014), Pubblicità, comunicazione e immagini sessiste: l'Italia e la dignità femminile, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, II volume, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- (2015), *La Corte europea come giudice «unico» dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, Forum Quaderni costituzionali*.
- CATTANEO, C. (a cura di) (2016), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano.
- (2016), *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano.
- (2017), La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni (Relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», 9 e 10 giugno 2017, Università degli Studi di Milano, su «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni»), *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1.
- (2017), Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti, *Italian Review of Legal History*.
- (2018), L'amministrazione creatrice ed esecutrice di diritto, *Rivista Aic*, 4.
- (2018), Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comun: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di Giustizia, in Amalfitano, C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlli. Alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffré, Milano.

- GUAZZAROTTI, A. (2017), Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017, *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- LEONE, S. (2019), *La Corte costituzionale italiana riafferma la centralità della Costituzione e del proprio sindacato nella tutela dei diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione.
- MALFATTI, E. (2012), Un nuovo (incerto?) passo nel cammino «convenzionale» della Corte, *Forum di Quaderni costituzionali*.
- MANCINI, S. (2011), *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, *Forum Quaderni Costituzionali*.
- NARDOCCI, C. (2013), La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia, *Rivista Aic*.
- (2014), La Corte costituzionale decide per l'incostituzionalità della fecondazione eterologa, ma sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo, in D'Amico, M.; Costantini, M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della «fecondazione eterologa». Analisi critica e materiali*, FrancoAngeli, Milano.
- NASCIMBENE, B. (a cura di) (1995), *Da Schengen a Maastricht*, Giuffré, Milano.
- PELLIZZONE, I. (2015), L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale, *Forum Quaderni Costituzionali*.
- (a cura di) (2017), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffré, Milano.
- PINELLI, C. (2011), Esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Chambre, Lautsi contro Italia, 18 marzo 2011, *Giur.cost*
- PUGIOTTO, A. (2005), Sul crocefisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca, *Forum di Quaderni costituzionali*.
- REPETTO, G. (2019), Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE, in corso di pubblicazione, *Giur. cost.*, 1.
- ROMBOLI, R. (2018), Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, *Il Foro it.*
- RUGGERI, A. (2012), La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita), *Giurcost*.
- (2017), Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità,

- pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), *Rivista di Diritti Comparati*.
- (2019), La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto europolitano e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019), *Consulta Online*.
- SAVINO, M. (2016), La crisi dei confini, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3.
- SCACCIA, G. (2017), L'inversione della «doppia pregiudiziale» nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi, *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- SICCARDI, C. (2019), I migranti scomparsi nel Mediterraneo: problematiche costituzionali, *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1.
- (2013), Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle società quotate: problematiche costituzionali, *Rivista Aic*, 3.
- SORRENTI, G. (2015), Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo, *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- TEGA, D. (2018), La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei, *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- TONOLETTI, B. (2017), Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo, in Cortese, F. e Pelacani, G. (a cura di) *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Trento.
- TRIPODINA, C. (2014), Il «diritto» a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*.
- VANONI, L. P. (2013), *Laicità e libertà di educazione: il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano.
- ZAGREBELSKY, G. (2017), *Diritti per forza*, Einaudi, Torino.
- ZAGREBELSKY, V. (2015), «Parrillo c. Italia». Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione, *Diritti umani e diritto internazionale*.

## **COSTITUZIONI NAZIONALI E TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI IN UN NUOVO DIRITTO COMUNE EUROPEO**

BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO\*  
Sapienza – Università di Roma

C'era una volta un diritto comune europeo che si estendeva dal Portogallo e dalla Spagna alla Polonia e ai Paesi Baltici, dalla Scozia ai Regni italiani, passando per la Gran Bretagna, la Danimarca, la Francia, i Principati tedeschi e arrivando fino alla Boemia e alla Dacia<sup>1</sup>. Il suo apice erano stati i secoli dal xv al xvii, con l'uscita dal Medio Evo e la capacità di recuperare un tessuto giuridico comune nelle diverse esperienze statuali, che si ricostruivano dopo le chiusure medioevali. Il xviii e, ancor più, il xix secolo segnano un drammatico passo indietro: pur nella consapevolezza di una matrice comune della cultura europea, consapevolezza che si affievolirà nei periodi più bui, ma mai scomparirà dai nostri orizzonti culturali, il diritto – seguendo movimenti politici e culturali che privilegiano la dimensione nazionale – si nazionalizza, i canali di comunicazione interordinamentali si interrompono ovvero vengono affidati alle armi e agli eserciti.

Il nazionalismo diventa la chiave per leggere, almeno in Europa, il xix secolo. L'anelito delle culture liberali, ma anche dei filoni popolari, democratici e socialisti, è quello di difendere la conquista dello Stato nazionale, di spingere verso la formazione dello Stato nazionale unitario dove ciò non era già avvenuto durante i secoli precedenti, di costringere i sovrani a approvare

---

\* Vicepresidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti.

<sup>1</sup> La citazione, ormai classica, è quella di Duck (1678/1971).

costituzioni liberali e democratiche, sempre in ambito nazionale. E proprio questo ambito, territoriale e politico, era quello delle conquiste delle libertà e dei diritti sociali. Forse era inevitabile che fosse questo il livello, ma i rapporti fra gli Stati nazionali erano fonte di continue tensioni.

Anche se si affacciavano prepotentemente gli Stati Uniti d'America, l'Europa era ancora il centro del mondo: da un lato, gli Stati europei andavano alla conquista del globo terraqueo, dall'altra i conflitti interstatali nel vecchio continente sembravano gestibili e controllabili. Secondo la recente ricostruzione di un grande storico, Emilio Gentile (2018), con cui ho avuto l'onore di condividere anni di esperienza di insegnamento nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma – La Sapienza, i decenni a cavallo fra la fine del XIX secolo segnano il culmine dell'ascesa dell'Europa nel mondo, ma anche l'inizio del suo declino. Fino ad allora, gli Stati europei – anche quelli di nuova formazione, anche quelli che oggi appaiono piccoli o piccolissimi sullo scenario internazionale – avevano occupato il mondo, l'America, l'Africa, l'Asia, l'Oceania; avevano conquistato con mezzi sempre più veloci la terra, il mare, il cielo; avevano prodotto istituzioni sempre più libere e più democratiche; avevano aumentato il benessere dei cittadini, progressivamente ampliando la sfera dei *cives pleno iure* e dei beneficiari delle libertà e dei diritti. E sembravano in grado di gestire i conflitti tra di loro. Forse era stata la percezione delle élite culturali di avere una base culturale comune, forse la percezione dei governanti di essere tutti imparentati, fatto sta che i conflitti sociali, interni e internazionali, erano drammaticamente sfuggiti di mano. E l'Europa aveva conosciuto un primo drammatico conflitto, la cui conclusione – cento anni fa – non aveva purtroppo risolto i conflitti europei, ma aveva segnato l'inizio del declino del Vecchio Continente. Gli Stati Uniti avevano definitivamente acquisito lo stato di potenza mondiale; a Est si iniziava a costruire l'esperienza sovietica, che avrebbe poi conteso il ruolo di leader agli USA.

Non ci era bastata la Prima Guerra Mondiale; noi europei, sottovalutando i sussulti totalitari che si muovevano nei due paesi caratterizzati da una borghesia debole e da un approdo tardivo all'unità nazionale, abbiamo avuto bisogno di cinquanta milioni di morti, della distruzione morale, economica, sociale, politica provocata dalla Seconda Guerra mondiale<sup>2</sup> per capire che la strada doveva essere quella del recupero della dimensione comune per ridare libertà, dignità, centralità economica e politica alle nostre esperienze istituzionali.

---

<sup>2</sup> Sempre sconvolgente è il quadro delle distruzioni della Seconda Guerra Mondiale, v. per tutti JUDT (2005).

Certo, le Costituzioni europee, quelle di settanta anni fa, come quella italiana, quelle di quaranta anni fa, come quella spagnola, quelle di venti anni fa, come quelle dei paesi dell'Europa centro-orientale, liberati dal giogo sovietico, sono tutte Costituzioni nazionali, astrette nei confini e dalle frontiere di quegli Stati nazionali, che hanno nella loro storia non solo le conquiste istituzionali, sociali e di libertà del XIX secolo, ma anche i veleni del nazionalismo e del colonialismo, veleni di cui tuttora è difficile liberarsi.

Ma tutte queste Costituzioni, nate nazional-statali, non riusciamo più a leggerle in una dimensione nazional-statale. E non solo perché tra questi testi c'è stato un processo di osmosi e di scambio culturale, positivi fenomeni di imitazione e contaminazione, sia nella fase genetica che in quella di funzionamento. Nessuno infatti guarda più alla sua Costituzione come un *hortus clausus*, dove trovare soluzioni in una logica autarchica e nazionale; tutti noi, i costituzionalisti, ma i giuristi in genere, abbiamo recuperato quella vecchia tecnica del diritto comune per cui gli ordinamenti possono cercare soluzioni non solo per deduzione dai principi generali del proprio ordinamento, bensì anche ricorrendo alla *lex alii loci*<sup>3</sup>. Ma questo recupero di apertura culturale non basta a spiegare quello che è successo ai nostri ordinamenti: la chiave, insomma, non è solo quella culturale della circolazione e del dialogo, bensì quella politica della esistenza di una nuova dimensione istituzionale, ordinamentale, giuridica europea.

A metà degli anni Cinquanta, poco più di sessant'anni fa, uomini politici, nello stesso tempo realisti e visionari, accettavano di iniziare a mettere insieme pezzi di ordinamenti statali, accettavano di rinunciare a pezzi di sovranità (per richiamare la formula dell'art. 11 della Costituzione italiana, consentivano a «limitazioni di sovranità») per garantire la pace e la giustizia fra le Nazioni, non solo nel mondo, ma anche sul nostro continente. Erano, e forse non è un caso, germanofoni e popolari. Convinsero, con grandi sforzi e difficoltà, culture politiche che, in un'ottica nazionalistica, non avevano smaltito ancora l'impatto della guerra ovvero che credevano a palingenetiche soluzioni internazionaliste, ad accettare questa nuova dimensione continentale.

E il progetto è andato avanti. Costruendo istituzioni comuni, il cui tasso di democraticità è andato via via aumentando, scrivendo normative insieme, elaborando interpretazioni condivise di tali normative. Le nostre Costituzioni nazionali non possono più essere capite, spiegate, interpretate, se non collocandole nell'alveo di un costituzionalismo comune, che non è dato solo dalle vecchie «tradizioni comuni», bensì anche dal quadro istituzionale comune, da

---

<sup>3</sup> V. sempre gli studi di GORLA, tra cui ID. (1973).

ultimo costituito dal Trattato sull'Unione Europea, dal TFUE, dalla Carta dei diritti. Che sono ormai la Costituzione europea.

Chi di noi può più spiegare il sistema delle fonti, senza tener conto delle fonti europee? Chi di noi è in grado di parlare di libertà senza tener conto delle pronunce CEDU e della Corte di giustizia dell'Unione Europea? E, ancora, come cercare ancora il fondamento delle Autorità indipendenti all'interno degli ordinamenti nazionali, quando è chiaro che ciò che conta per la loro legittimazione è il rapporto con la Commissione o con le autorità europee nel quadro dell'attuazione del diritto eurounitario? Chi di noi può parlare di politiche economiche senza tener conto del quadro di compatibilità europee? Chi ci ha provato ha dovuto fare precipitosamente fare marcia indietro come la Grecia di qualche anno fa o l'Italia di fine 2018; per non parlare delle difficoltà di ogni strategia di *exit*, a cominciare dall'ormai evidente fallimento della Brexit, comunque vada a finire.

Tutte le modifiche costituzionali degli ultimi venti anni negli Stati europei vanno lette e inquadrare nell'ambito dell'Unione Europea. Da quelle direttamente imposte dall'Unione, a quelle elaborate per star meglio dentro l'Unione. Più stabilità, ad esempio, ma perché i governi devono agire in Europa. Meno regionalismo, ma perché – secondo il tradizionale insegnamento di Kelsen – non è possibile un doppio livello di federalismo.

Eravamo arrivati sulla soglia di *even closer Union*. Poi qualcosa si è rotto. Anzi molte cose si sono rotte. Il terrorismo, che ci spaventa, ci tiene a casa, limita gli scambi; la nuova aggressività della Russia, che attacca l'Ucraina, ma domani potrebbe bloccare l'allargamento ovvero guardare anche verso Stati diventati membri dell'Unione Europea; l'espansionismo della Cina, che controlla ormai i mercati africani e asiatici, cresce a ritmi per noi non immaginabili e compete con le aziende europee o le compra direttamente; le nuove attitudini degli Stati Uniti, non più disponibili a fare i guardiani del mondo<sup>4</sup>; la crisi economica di molti paesi europei; la drammatica – e incompressibile – pressione delle migrazioni dal Sud e dall'Est<sup>5</sup>. E poi Brexit<sup>6</sup>; e le tentazioni autoritarie di molti paesi dell'Europa centro-orientale; e i populismi euroscettici. Ogni fenomeno è andato a incrementare gli altri, in un drammatico diapason, che si riflette e si riverbera a cerchi concentrici, creando nuove onde e sussulti. E i nuovi social network, che le forze politiche tradizionali non hanno

---

<sup>4</sup> Su questi scenari, v. per tutti MARSHALL (2017).

<sup>5</sup> Una lucida ricostruzione in ISCHINGE (2018).

<sup>6</sup> Su cui v. SAVASTANO (2018).

saputo controllare e padroneggiare, hanno aumentato a dismisura l'effetto diapason.

La prospettiva dell'*even closer Union* è entrata in crisi. E noi annaspiano; non sappiamo quale è la nostra strada. Non lo sappiamo noi comuni cittadini, ma non lo sanno nemmeno i vertici dei nostri Stati. Ma, da costituzionalisti, diciamoci la verità: se annaspa, se entra in crisi, il progetto costituzionale europeo, annaspano anche le nostre istituzioni nazionali, annaspano le nostre Costituzioni. Qualcuno può pensare in un futuro prossimo di fare a meno della rete di normative europee? Qualcuno può pensare che i tessuti nazionali delle libertà e dei diritti possano tornare nell'alveo di ristretti confini nazionali? Qualcuno può pensare che i nostri piccoli Stati europei possano da soli fronteggiare la nuova Cina, la nuova Russia, i nuovi Stati Uniti?

Si dice che la strada del funzionalismo è ormai superata, che occorre non solo più Europa, bensì direttamente più Europa politica. E su questa strada, si postula l'elezione diretta del Presidente della Commissione, l'introduzione di un Ministro delle finanze europeo, la strada verso una difesa comune. E se qualcuno non ci sta, poco male: si va verso lo sdoppiamento<sup>7</sup>, verso un'Europa a due velocità, dimenticando che l'ingresso dei nuovi membri nel XXI secolo è stato una sorta di obbligo morale per i fratelli abbandonati dopo la seconda guerra mondiale nelle mani dell'orso sovietico (oltre che rispondere ad una evidente esigenza geopolitica dopo il crollo dell'Unione sovietica).

Ma siamo proprio sicuri che lo sdoppiamento sarebbe il percorso preferibile? In realtà, quello che appare solo un *wishful thinking* incontra una serie di ostacoli, storici, politici, culturali, istituzionali.

L'Europa, in verità, era, è e vuole rimanere multiforme: contro la supremazia di uno solo si levano tutti. Ce lo ricorda – citando Burkhardt – Gentile (2018, 113) nel suo lavoro appena citato; ma il richiamo alla molteplicità fa parte della tradizionale cultura europea. E la *Vielfalt* è iscritta fra i valori che la costruzione costituzionale europea deve rispettare.

Un'Europa a due velocità sarebbe fondamentalmente un'Europa franco-tedesca: e la storia ci insegna che una simile prospettiva non è accettabile, avendo il rapporto troppo stretto tra questi due paesi sempre condotto o a egemonie che prima o poi venivano rifiutate e crollavano per mancanza di consenso, ovvero – ed è l'altra faccia della stessa medaglia – a drammatici e distruttivi scontri politici e militari. Noi non possiamo che volere un'Europa dove piccoli e grandi, nordici e mediterranei, Ovest-Atlantico e Europa centro-orientale, latini, sassoni, slavi, scandinavi, riescano a convivere, perché solo

---

<sup>7</sup> È proprio questo il titolo di un recente contributo di FABRINI (2017).

così sapremo rispondere alle sfide drammatiche che ci sta ponendo un mondo non più eurocentrico. Anche queste considerazioni geopolitiche, di fronte alla nuova aggressività di Cina e Russia, devono essere tenute presenti nella inevitabile discussione tra le due opzioni del *deepening* (l'approfondimento della coesione europea) e il *widening* (l'allargamento).

D'altra parte, se non vogliamo un'Europa franco-tedesca, dobbiamo saperci adeguare al principio della molteplicità; dobbiamo rispettare maggiormente le identità nazionali, purché non funzionino come spade sguainate contro l'Europa, e ciò anche a costo di qualche riduzione delle politiche comuni (che devono concentrarsi su alcuni settori cruciali, tra cui sicuramente quelle delle politiche dell'immigrazione); dobbiamo confidare su una equilibrata capacità della Corte di giustizia e del sistema delle Corti di continuare a costruire unità attraverso il diritto, nella sua dimensione concreta<sup>8</sup>.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- DUCK, A. (1678/1971), *De usu et autoritate Juris Civilis Romanorum per Dominia Principum Christianorum*, ristampa anastática, Forni, Bologna
- FABRINI, S. (2017), *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Garzanti, Milano.
- GENTILE, E. (2018), *Ascesa e declino dell'Europa nel mondo. 1898-1918*, Garzanti, Milano.
- GORLA, G. (1973), Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo, *Il Foro italiano*, V, 89 ss.
- ISCHINGER, W. (2018), *Welt in Gefahr*, Econ Verlag, Berlin.
- JUDT, T. (2005), *Postwar, A history of Europe since 1945*, The Penguin Press, New York.
- MARSHALL, T. (2017), *Le dieci mappe che spiegano il mondo*, Garzanti, Milano.
- PATRONI GRIFFI, F. (2019), Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo, *Federalismi.it*, n. 15.
- SAVASTANO, F. (2018), *Uscire dall'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.

---

<sup>8</sup> Da ultimo, PATRONI GRIFFI (2019).

# **PROPUESTAS PARA SUPERAR LA PARÁLISIS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA**

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La crisis de la Unión. 2. Algunas reformas institucionales deseables y urgentes. 2.1 Corregir la débil representatividad del Parlamento Europeo. 2.2 Fomentar un más activo papel de los partidos políticos europeos. 2.3 Alcanzar la plena parlamentarización de las estructuras políticas de la Unión. 2.4 Mejorar y comunitarizar los instrumentos de la gobernanza económica. 2.5 Profundizar en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia con la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo. 2.6 Apostar por una Política Exterior y de Seguridad Común efectiva. 3. Bibliografía.

## **1. LA CRISIS DE LA UNIÓN**

La Unión Europea sufre hoy una crisis muy importante, que se traduce en una apreciable desafección popular y en la reviviscencia o el surgimiento de nacionalismos y populismos desintegradores. De ahí se deriva la paralización del proceso de integración política y económica, motivado por una pérdida de confianza entre los Estados miembros, causante de una apreciable brecha Norte-Sur y Este-Oeste en el seno de la Unión. Es pues necesario revitalizar la Unión, trasladando a los ciudadanos sus ventajas en un contexto general de globalización, esto es, de internacionalización y consiguiente desnacionaliza-

ción de las políticas públicas que hace imprescindible su existencia. No en vano, en el mundo nunca ha sido más evidente la necesidad de establecer instancias de gobierno con capacidad de acción a nivel supranacional. Y aquí, la Unión Europea, habida cuenta de su dimensión regional, o, si se prefiere, continental, se encuentra en una posición funcional idónea para ofrecer, en potencia, soluciones comunes a las demandas ciudadanas que los Estados ya no son capaces de satisfacer por sí mismos, a la vez que influye y participa en la determinación de una política mundial (Von Bogdandy, 2000, 27).

Como se sabe, la Unión Europea encarna la construcción del primer proyecto mundial consistente de democracia pos estatal (Habermas, 1998, 83). El extraordinario proceso de integración política, y no sólo económica, que ha desembocado en la constitución de la UE, ha transmutado apreciablemente su naturaleza. La misma constituye así, hoy, una comunidad de pueblos y de Estados, que ha alumbrado una forma jurídico-política mixta o compuesta, a caballo entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional, que presenta, al tiempo, tanto elementos confederales como federales (Pernice, 2001, 149).

No obstante, pese al proceso constante e ininterrumpido de democratización progresiva de sus estructuras políticas, lo cierto es que la Unión no se ha desprendido, de forma ciertamente contradictoria, de algunos de los rasgos que la caracterizan desde sus inicios, los cuales son difícilmente compatibles con la idea de democracia que se encuentra firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y que la Unión dice, también, auspiciar. Así, presenta una dinámica institucional que, rehén de la tensión entre intergubernamentalidad y supranacionalidad, diversidad constitutiva y unidad tendencial, posee elementos importantes de déficit democrático, lo que genera una cesura o brecha notable en la relación que se establece entre los gobernantes y los gobernados.

Tales resistencias a una mayor integración obedecen a los condicionamientos que han lastrado el desarrollo histórico del proceso de construcción europea, o, lo que es igual, al rechazo, constantemente manifestado por los Estados, a ceder poder a costa del mismo. Esta actitud se ha visto favorecida por la debilidad del emergente espacio público europeo y por la correlativa persistencia de espacios públicos estatales fuertes que, al capitalizar y visibilizar el discurso político, dificultan la consistente afirmación de aquél. Así, la preeminencia otorgada a los Estados lleva a concebir a la Unión como organización jurídico-política compuesta, que aspira a ser complementaria, que no alternativa o sustitutiva, de las comunidades políticas estatales existentes, a las que se superpone en aquéllos ámbitos, cada vez más numerosos y relevantes que son objeto de su competencia, mas sin acabar de asumir algunas de las

atribuciones más estrechamente ligadas a la clásica concepción de la soberanía que aquéllos se resisten a abandonar (Kauffman, 1997, 31; Ridola, 2010, 305). De ese modo sucede a pesar de haberse extendido la convicción acerca de la necesidad funcional de abordar el tratamiento de tales ámbitos de modo conjunto, desde una perspectiva integrada o europea, dada la contrastada incapacidad del Estado nacional para afrontar los problemas asociados a la globalización, como son, entre otros: el control y la ordenación de los flujos migratorios, la regulación de los mercados financieros, la persecución del crimen organizado, el desarrollo de políticas de seguridad y defensa, la planificación de la transición energética o la adopción de medidas referidas al medio ambiente, preventivas y correctivas del cambio climático (Beck, 1997, *pássim*; Höffe, 1999, *pássim*). Para ello se hace preciso acometer reformas institucionales.

## 2. ALGUNAS REFORMAS INSTITUCIONALES DESEABLES Y URGENTES

### 2.1 Corregir la débil representatividad del Parlamento Europeo

En primer lugar, estimo que ha de suplirse la débil representatividad de que adolece el Parlamento Europeo, pues contribuye decisivamente a explicar el déficit de legitimidad política que sufre la Unión Europea. Que no sea ya la mera «Asamblea común», la conferencia general de una organización internacional compuesta por los delegados que los Parlamentos designan de entre sus miembros, de conformidad con el procedimiento establecido por cada Estado miembro, sino que formen parte del mismo los «representantes de los ciudadanos de la Unión» ante los que se considera políticamente responsable (arts. 10.2 y 14.2 TUE), aun debiendo interpretarse como un avance en el proceso de integración política, ya que implica que el principio de soberanía popular se convierte en la fuente inmediata de legitimidad de la institución, al tiempo que supone el consiguiente reconocimiento de los derechos que asisten a los ciudadanos europeos en su condición de tales, no ha resuelto, sin embargo, las objeciones formuladas (Mangiameli, 2013, 588), de forma muy destacada, entre otros, por el Tribunal Constitucional Federal alemán a ese respecto.

Así éste, en su notable sentencia sobre el Tratado de Lisboa, vino a señalar que el Parlamento Europeo sigue sin ser un órgano de representación real de un soberano «*demos aeropus*», cuya existencia, por lo demás, niega, ya que los representantes políticos que tienen su asiento en el Parlamento Euro-

peo siguen siendo elegidos por separado, esto es, por decisión de los votantes de los distintos Estados miembros, de modo que los mismos forman parte del respectivo contingente nacional. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, la representación en el Parlamento Europeo no respeta, como debiera, el principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión (art. 9 TUE), al vincularse, más bien, al principio de la nacionalidad. Por eso, el Tribunal Constitucional Federal viene a declarar que, dado que los escaños se asignan a los Estados miembros, el Parlamento Europeo sigue siendo, de hecho, en realidad, una representación de los pueblos de los Estados miembros<sup>1</sup>. En consecuencia, a juicio del *Tribunal de Karlsruhe*, por mucho que así lo sostenga el Tratado de Lisboa, se ha considerar aún válida la primigenia afirmación contenida en los Tratados. Dicha opinión jurisprudencial se basa en el dato esencial que corrobora que los Estados miembros todavía conservan la competencia para organizar y determinar la elección de los diputados al Parlamento Europeo. De ello resulta una indiscutible fragmentación de la representación política, que queda así mediaticada por el principio de la nacionalidad<sup>2</sup>.

Ciertamente, el actual art. 223 TFUE considera que el sufragio universal directo puede llevarse a cabo «de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros». Por lo tanto, este artículo contempla la doble alternativa, tanto de mantener la situación hasta ahora existente, como de alterar radicalmente el procedimiento de elección. Se viene así a expresar la ausencia de consenso político acerca de la conveniencia de uniformizar el procedimiento electoral europeo. No en vano, aceptar esa posibilidad conllevaría la reducción significativa del protagonismo que poseen, hoy, los Estados, contribuyendo a la formación de un genuino «cuerpo electoral europeo», no interferido por aquéllos. Por tanto, el mantenimiento actual de la regulación anterior no hace sino reflejar, a la postre, las fuertes resistencias que aún encuentra el proceso de integración política europea, ya que ratifica el papel decisivo que desean conservar los Estados miembros en el seno de la Unión (Levrat, 2012, 86).

Como es bien sabido, la normativa electoral vigente, elaborada en 1976, fue puesta en práctica una vez que el *Consejo Europeo de Copenhague* adoptó la decisión de celebrar las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo en 1979. A esos efectos, como medida transitoria, se consideró conveniente que los Estados miembros siguieran siendo competentes para proporcionar, de

---

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2 BvE 2/08 (30 de junio de 2009), para 286-Tratado de Lisboa.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2 BvE 2/08 (30 de junio de 2009) para 280-Tratado de Lisboa.

forma individual, las normas reguladoras del procedimiento electoral. Tal hecho generó, y continúa suscitando, una proliferación indeseable de normas heterogéneas que han debilitado considerablemente la posición del Parlamento como representante de todos los ciudadanos europeos, con independencia de cuál sea su origen o nacionalidad. Así, en la actualidad, la regulación de múltiples requisitos electorales relativos a los comicios al Parlamento Europeo se remite en exceso a la legislación aprobada por los Estados miembros. El Acta Electoral Europea ha renunciado así a establecer una regulación más completa y uniforme de cuestiones de trascendencia muy significativa. Eso beneficia a los Estados miembros, al tiempo que genera, a la postre, como se ha indicado, una regulación notablemente fragmentada. En este sentido, constituye una evidencia el hecho de que, desde las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo, los Estados miembros hayan organizado estos comicios recurriendo al mismo sistema electoral que rige sus procesos participativos internos, sin atender a la especial idiosincrasia que revisten los europeos. Eso ha supuesto, en el ámbito general de la Unión, la concurrencia de requisitos diferentes, que afectan, entre otros, a *las condiciones de acceso al ejercicio del derecho, a las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, a la fórmula electoral empleada, al desarrollo y financiación de la campaña o al tamaño y extensión de los distritos o circunscripciones* (Lehmann, *pássim*).

Atendiendo a todo lo indicado, cabe indicar que el papel fundamental reservado a los Estados miembros ha contribuido decisivamente a reducir la importancia atribuida a unas elecciones que se desarrollan, por lo general, de conformidad con consideraciones políticas internas. De ahí que aquéllas muestren el claro carácter de elecciones nacionales de segundo orden. Como resultado de todo esto, el interés popular por las mismas se reduce considerablemente, desalentando una participación política ya de por sí notablemente menguada. La necesidad de profundizar en la legitimidad democrática de la Unión y de contribuir, consiguientemente, al fortalecimiento del Parlamento Europeo, haciendo más decisivo su papel institucional, en tanto que máximo órgano representativo de la Unión, ha intensificado el debate acerca de la conveniencia de reformar el Acta Electoral Europea.

El primer obstáculo que tan reiterado propósito halla hace referencia a la dificultad de seguir el procedimiento, particularmente complejo y oneroso, dispuesto a esos efectos. Como se ha señalado, el art. 223.1 (2) TFUE requiere el acuerdo de las instituciones europeas involucradas, exigiéndose así que lo decida la mayoría del Parlamento y lo corrobore, por unanimidad, «con arreglo a un procedimiento legislativo especial», el Consejo. Además, se determina que las disposiciones resultantes únicamente «entrarán en vigor una vez que

hayan sido aprobadas por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales». La razón de que se precise su ratificación adicional por parte de aquéllos obedece a la implícita consideración de que el Acta Electoral Europea forma parte integrante del llamado «Derecho primario de la Unión», el cual demanda la adopción de un acuerdo internacional unánime para su aprobación, hecho éste que dificulta considerablemente cualquier intento de reforma del mismo.

Sea como fuere, es urgente superar la situación actual de fragmentación excesiva, avanzando en pos de la consecución de un sistema electoral común. El propósito no es otro que asegurar que el procedimiento por el cual los diputados al Parlamento Europeo son elegidos refleje la voluntad conjunta de los ciudadanos europeos. Sólo de ese modo se logrará que éstos se identifiquen plenamente con el propio Parlamento Europeo, al sentirse representados efectivamente en él. No obstante, a pesar de las múltiples propuestas realizadas, sólo materializadas, hasta ahora, en la reforma del Acta Electoral Europea llevada a cabo en 2002, lo cierto es que el Parlamento Europeo sigue sin representar a un cuerpo electoral europeo homogéneo. De ahí que se requiera alcanzar un acuerdo para que, una vez armonizadas efectivamente las legislaciones nacionales en torno a principios comunes, más y mejor precisados, se pueda llegar a establecer un procedimiento electoral uniforme, válido para todos los Estados miembros en sus aspectos fundamentales. Mientras tanto, el Tratado de Lisboa ha supuesto una nueva decepción al no incorporar avances significativos en un punto que, en tanta medida, afecta a los deseos de mejora de la gobernanza democrática de la Unión (Porrás Ramírez, 2016, 81).

## 2.2 Fomentar un más activo papel de los partidos políticos europeos

Aun así, es de justicia reconocer que, tras Lisboa, el *Parlamento Europeo* ha pasado, aparentemente, a ocupar una posición preferente y central (art. 19.1 TUE). En este sentido, ha de saludarse positivamente que se continúe con el proceso de racionalización normativa de la relación fiduciaria que media entre el Parlamento y la *Comisión*, de acuerdo con la cual se dispone que, teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo, será éste quien habrá de ratificar, por mayoría de los miembros que lo componen, al candidato a Presidente de la Comisión que le ha sido propuesto por el Consejo Europeo. Además, la lista de miembros de la Comisión, elegida de común acuerdo por el Consejo Europeo y el Presidente de la Comisión, a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros, se someterá necesariamente

al voto de aprobación del Parlamento Europeo, que, luego, habrá de ser ratificada y definitivamente nombrada por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada (art. 17.7 TUE).

Así, a pesar de que el Consejo Europeo ha adoptado la decisión por la cual se establece que la Comisión se compondrá de un número de miembros, incluyendo a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, igual al de Estados miembros de la Unión, descartando así la sugestiva posibilidad, ofrecida por el Tratado de Lisboa (art. 17.4 TEU y art. 244 TFUE) de rotarlos, a fin de que la Comisión alcance un más reducido tamaño, lo cierto es que esta institución se ha convertido en un órgano más dependiente y ligado al Parlamento de la Unión, confirmando así su legitimidad democrática.

De ese modo, los *partidos políticos europeos* han conseguido condicionar, en función de los resultados electorales y la composición resultante de la Cámara, la propuesta que el Consejo Europeo ha de hacer al Parlamento, a los efectos de alcanzar su confianza, otorgándole la investidura (art. 17.7 TUE). Así, tras las elecciones de 2014, cinco de los siete grupos parlamentarios europeos mandataron al candidato del partido que obtuvo mayor representación en el Parlamento Europeo para que tratara de conformar una mayoría que le permitiera presidir el brazo ejecutivo de la Unión, obteniendo el respaldo mayoritario de la Cámara. De ese modo, anticiparon y condicionaron la decisión del Consejo Europeo, acordando que si éste se negaba a asumir, inicialmente, a dicho candidato, proponiendo, de antemano, a otro distinto, sin tener, por tanto, en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo (art. 17.7 TUE), los partidos representados en la Eurocámara se reservaban el bloqueo del proceso de designación, negándose a aceptar a dicho candidato alternativo, máxime si el mismo no había concurrido como tal a los comicios. Y todo ello sin prejuzgar la facultad reconocida al Parlamento Europeo para votar, en su caso, una moción de censura contra la Comisión, que, de prosperar, obligaría a la misma a dimitir colectivamente (art. 17.8 TUE) (Bonvicini, Tosato y Matarazzo, 2009, 59); Mangiameli, 2011, 113).

Se corrobora así el más activo papel que están llamados a jugar los partidos políticos europeos en la formación y manifestación de la voluntad popular, contribuyendo así al desarrollo de un verdadero «espacio público europeo», una esfera comunicativa de debate a escala verdaderamente supranacional, en la que es preciso seguir profundizando (Donnelly y Jopp, 2009, 23; Bardi, 2012, 137; Porras Ramírez, 2016, 56).

### 2.3 Alcanzar la plena parlamentarización de las estructuras políticas de la Unión

Aun así, los límites a la tendencia a la parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión (Ridola, 2010, 325) se manifiestan principalmente cuando cobra acto de presencia el *Consejo Europeo*, institución ésta de actuación no permanente y naturaleza intergubernamental, justificada apelando a la creciente inestabilidad económica internacional y a la necesidad de representar un liderazgo político efectivo en la Unión Europea, que, pese al extraordinario protagonismo que merece en los Tratados, presenta una mínima y casi simbólica conexión parlamentaria. Ésta se expresa en el art. 15.6 d) TUE, que dispone que el Consejo Europeo, por medio de su Presidente, «al término de cada reunión..., presentará un informe al Parlamento Europeo» (art. 15.6 d) TUE); lo que supone que, si bien éste podrá valorar sus actuaciones y acuerdos, esa exigencia no se traducirá en ninguna forma institucionalizada de control de la que quepa extraer consecuencia negativa de relieve para aquél. Y es que el Parlamento Europeo, ni es miembro de esa institución (a lo sumo, se prevé que el Presidente de la Cámara pueda ser invitado a comparecer ante él: art. 235.2 TFUE), ni incide en la designación de su Presidente (aunque sí, al menos, como se ha indicado, del Presidente de la Comisión y del Alto Representante, que forman parte de la misma). Por tanto, no se ha previsto que pueda exigirse responsabilidad política alguna a quien la representa, ni, por medio suyo, a la institución misma; aunque la mencionada sea una previsión expresiva de una forma, siquiera devaluada, de control, que conviene no despreciar, ya que puede estar llamada a cobrar una importancia creciente si el Parlamento Europeo hace un intenso uso de sus facultades en relación con la misma ex art. 230 TFUE (Porrás Ramírez, 2012, 163).

Por consiguiente, el Tratado de Lisboa ha supuesto la consolidación y el reforzamiento de la excepcional función multidimensional atribuida al Consejo Europeo, al que dota, al tiempo, de una presidencia estable (art. 15, en sus párrafos 5 y 6). De ese modo, la convierte, formalmente, en una institución de la Unión, dejando de ser una mera formación, bien es verdad que cualificada, del Consejo, a los efectos de evitar, tanto confusiones con aquél, como de destacar su singular identidad orgánica y funcional. Y así sucede, aun a costa de aceptar la inclusión en el marco de la Unión de los procedimientos de representación, deliberación y decisión intergubernamentales que le son propios: aquéllos que llevan a esa institución a actuar por consenso, a menos que los Tratados dispongan otra cosa. Y todo ello a pesar de que, a modo de compensación, el Consejo Europeo se vea alejado del des-

empeño de tareas ordinarias, lo que no excluye que las decisiones que adopte acaben desplegando, de forma mediata o indirecta, importantes efectos jurídicos.

Precisamente es esa configuración extraordinaria de la institución, que la hace ser titular de decisivas competencias, de alcance cuasi constitucional, las cuales se ponen especialmente de manifiesto en situaciones de crisis, el principal factor que desajusta la estructura de gobierno de la Unión, de acuerdo con la lógica tendencial, de carácter parlamentario, indicada. No en vano, el Consejo Europeo no somete su actuación a la iniciativa de la Comisión; margina al Parlamento Europeo, ante el que sólo comparecerá en las condiciones fijadas por el reglamento interno del propio Consejo Europeo (art. 230 TFUE); y ve como sus actos quedan genéricamente exentos de control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia, que contraerá su fiscalización únicamente a los supuestos en que dichos actos desplieguen efectos jurídicos frente a terceros y cuando impliquen la imposición de medidas restrictivas a personas físicas o jurídicas, en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (art. 24 TUE, en relación a los arts. 40 TUE y 263 y 275 TFUE) (Pernice, 2003, 181).

La distorsión que genera esta previsión de los Tratados, la cual en tanta medida desajusta el llamado «método comunitario» de toma de decisiones pretende, en parte, corregirse con la «*propuesta Juncker*», que auspicia la unificación de las presidencias del Consejo Europeo y de la Comisión, a fin de establecer una coordinación efectiva entre ambas instituciones impulsoras de la acción de gobierno, al tiempo que someterlas a la confianza y el control efectivo del Parlamento Europeo<sup>3</sup>.

También, como elemento negativo, hay que destacar la subsistencia de esferas o ámbitos funcionales del Consejo, referidos, especialmente, también, a la Política Exterior y de Seguridad Común, que actúan como auténticas «inmunidades del poder», al quedar exentos del control, tanto político como jurisdiccional (art. 24 TUE, en relación a los arts. 40 TUE y 263 y 275 TFUE). Y qué no lamentar acerca de la resistencia a la modificación sustancial de los mecanismos de gobernanza económica, que siguen fiándose a una suerte de agencia o autoridad independiente, dotada de enormes poderes decisorios, con rango de institución, como es el Banco Central Europeo, con respecto a la cual el Parlamento Europeo carece de atribuciones para requerir una democratiza-

---

<sup>3</sup> J. P. JUNCKER, *Discurso sobre el estado de la Unión 2017, de 13 de septiembre de 2017*. Comisión Europea. Bruselas, 13.9.2017 COM (2017) 823 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Banco Central Europeo.

ción de su actuación, mediante la articulación de procedimientos de exigencia de responsabilidad y transparencia (Amtembrink y Van Duin, 2009, 561).

En cualquier caso, la arquitectura institucional diseñada en Lisboa, fruto de la transacción entre los intereses de los Estados y los generales de la Unión, expresa la voluntad de encuentro de una fórmula de equilibrio institucional que, no obstante, aparece sujeta a una permanente tensión dialéctica. Tensión que, aunque deba ser vista, en todo caso, como fuente de vitalidad y progreso de la Unión, afecta, no siempre positivamente, al desarrollo de la forma de gobierno establecida (Mangas Martín, 2015, 13). Con todo, será la dinámica política predominantemente intergubernamental o federal del sistema la que acabará dando forma y consistencia perdurable al mismo, circunstancia ésta que dependerá de que se confirme, bien la centralidad del Consejo Europeo, con el consiguiente predominio de los intereses estatales, bien la de la relación Parlamento-Consejo-Comisión, con la hegemonía de los intereses paneuropeos o generales.

De la pugna de ambos polos por la supremacía política comienza a haber datos empíricos suficientes, que constatan que, ni el Parlamento Europeo se resigna a ver sacrificada su participación en el ejercicio de la función de dirección política, contrayéndose al ejercicio de las relevantes tareas colegislativas y de control que se le han asignado; ni el Consejo Europeo a dejar de desarrollar, en tiempos convulsos de crisis económica y financiera, los decisivos cometidos impulsores de la actividad política que el Tratado de Lisboa y el derecho derivado de la Unión le han atribuido.

Son, por tanto, los acontecimientos quienes abocan a la inevitable transformación de un sistema institucional diseñado, en buena medida, para una Europa que pertenece ya al pasado. No en vano, el Tratado de Lisboa no modificó el modelo de gobernanza existente. Más bien, se limitó a profundizar en el mismo. A lo sumo, racionalizó el funcionamiento de las instituciones, adaptándolas a las dimensiones adquiridas por la Unión Europea tras su ampliación a los nuevos Estados miembros. De ahí la subsistencia de unos errores y carencias que alejan a la Unión de los ciudadanos.

En suma, ha pues de intensificarse la parlamentarización de estructuras políticas de la Unión, mejorando la participación, la transparencia, el acercamiento de las instituciones a los ciudadanos, el control de sus actuaciones y la consiguiente exigencia de responsabilidad por las mismas. En este sentido, ha de apostarse por un procedimiento preferentemente supranacional, que no intergubernamental, de toma de decisiones políticas en la Unión.

## 2.4 Mejorar y comunitarizar los instrumentos de la gobernanza económica

Cuando sobrevino la grave crisis económica y financiera iniciada en 2008 (Balaguer, 2013, 91), ésta hubo de ser afrontada por unas instituciones llamadas a poner en práctica un modelo de gobernanza apenas previsto en los Tratados. Y hubo que recurrir, tanto el derecho derivado, como a instrumentos ajenos al marco normativo de la Unión, para conformar progresivamente dicho modelo, el cual ha supuesto, al cabo, la marginación de ciertas instituciones, como el Parlamento Europeo, en beneficio de otras (Comisión, Eurogrupo, Consejo Europeo y Banco Central Europeo), redundando así en un esquema de funcionamiento intergubernamental, dotado de una lógica propia y diferenciada, de carácter tecnocrático, que ahonda en el llamado déficit democrático de la Unión (Porras Ramírez, 2018, 133).

Todas estas iniciativas, desarrolladas al amparo de la crisis, no han hecho sino profundizar en el déficit democrático de la Unión, ya que desapoderan de competencias a los Estados, en beneficio de instituciones y organismos carentes de la necesaria legitimidad política. Ello ha supuesto la creación de procedimientos de toma de decisiones, cuyo desarrollo discurre, a menudo, al margen del funcionamiento ordinario de la Unión, y que vienen a caracterizarse por su escasa transparencia e informalidad, además de por su casi completa falta de control. Aquéllos implican, además, la adopción de medidas de la mayor trascendencia, que afectan a la vida cotidiana de las personas, mas sin su concurso o participación, no comportando la asunción de responsabilidad alguna (Tomkin, 2013, 187; López Escudero, 2015, 361).

Se revela así como los «déficits de legitimidad» de la Unión Europea siguen no sólo presentes, sino agudizados con ocasión de la actual crisis, no permitiendo a la misma cumplir con el propósito tendencial que aspira a que el proceso de integración europea se sustente, plenamente, en la voluntad de los ciudadanos, promoviendo su participación política activa, directamente o a través de las instituciones (Habermas, 2012, 39). De ese modo, la pérdida de confianza ciudadana que hoy se advierte, de manera creciente, lo es así, no sólo en el proyecto europeo, sino también en una democracia que se considera amputada, al haberse construido al margen de la propia ciudadanía, que observa la debilidad del «*demos auropeus*», al tiempo que la desnaturalización del «demos» nacional-estatal, o, lo que es igual, que es consciente de cómo el pueblo ha perdido capacidad de decisión en el ámbito interno, a la vez que su voluntad es ignorada o sigue sin ser tenida en consideración en Europa. Ello resulta de la convicción de que las graves carencias que, en la actualidad, ma-

nifiesta el gobierno económico de la Unión no son sino el reflejo de la ausencia de una verdadera unión política. Sólo avanzando en pos de la misma una Unión Europea renovada, fiel a sus valores y objetivos, en el contexto de un mundo globalizado, podrá convertirse, realmente, en un espacio de convergencia política, económica y social, capaz de dar respuesta legítima y eficaz a las expectativas y demandas de sus ciudadanos.

Por eso, teniendo en cuenta el gran tamaño que la Unión ha alcanzado y la diferente voluntad política observada entre sus miembros a la hora de avanzar en los procesos de integración, quizá convenga acoger la propuesta que promueve una reforma profunda de la arquitectura institucional existente, en el marco del Derecho originario de la Unión, tendente a simplificarla y unificarla, contrarrestando, al tiempo, la preocupante tendencia hacia su paulatina «agencialización». Se hace, pues, urgente reformar los Tratados constitutivos de la Unión para otorgarle legitimidad democrática a sus instituciones, delimitando sus competencias, al tiempo que se las somete a un efectivo control (Blanke y Mangiameli, 2013, 8; Bertoncini y Vitorino, 2014, pássim).

Para ello es preciso incluir a todos los mecanismos de la unión económica en el Derecho originario de la Unión, haciendo así que el Mecanismo Europeo de Estabilidad y demás instrumentos a él asociados, una vez convertido aquél en una suerte de Fondo Monetario Europeo, deje de servirse del Derecho internacional y se incorpore efectivamente, con todas las consecuencias, al marco normativo de los Tratados<sup>4</sup>. Uno de los principales efectos beneficiosos que de aquí se derivarán no será otro que permitir la plena aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a un ámbito, hasta ahora, en buena medida exento de la misma. De ese modo se hará posible la invocación de la Carta contra las consecuencias lesivas que para los derechos de las personas se derivan de la aplicación de los programas de ajuste; demandas que, hasta el presente, han debido canalizarse, con desigual fortuna, a través de los tribunales de los Estados miembros.

En cualquier caso, la profundización en la actual gobernanza económica de la Unión Europea en general, y de la Zona Euro, en particular (Juncker, 2015, 14), no puede seguir progresando sin que existan efectivos controles democráticos, particularmente, en manos del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales, en relación al uso hecho por parte de las insti-

---

<sup>4</sup> Así lo proponen, tanto el *Informe «BRESSO/BROK»* de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo. Cfr. *Draft Report on improving the functioning of the European Union building on the potential of the Lisbon Treaty*. 20.1.2016. (2014/2249(INI)); como el *Informe «VERHOFSTADT»* de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo. Cfr. *Draft Report on possible evolutions of and adjustments to the current institutional set-up of the European Union*. 5.7.206. 2014/2248(INI).

tuciones competentes de los mecanismos de coordinación y supervisión de las políticas económicas y presupuestarias nacionales, especialmente en relación a los Estados sometidos a programas de ajuste económico<sup>5</sup>. En concreto, el papel reservado al Parlamento Europeo, hoy ciertamente secundario, debe ir mucho más allá del que juega, actualmente, en el Semestre Europeo, en relación al control de los presupuestos de los Estados miembros y en atención a los llamados «diálogos económicos» que promueve, los cuales le permiten, cuando menos, mantener debates con otras instituciones y representantes de los Estados miembros sometidos a programas de ajuste.

Debe así avanzarse hasta llegar a atribuir, en una primera fase, a dicha institución la facultad de fiscalizar las decisiones de la «troika» y del Eurogrupo, en consonancia con las competencias que, a ese fin, le asignan, con carácter general, los Tratados (Fasone, 2013, 180); al tiempo que los parlamentos de los Estados miembros han de ver intensificados sus poderes de control sobre las acciones de sus gobiernos (Blanke y Böttner, 2016, 267). En una segunda fase, ha de postularse el reemplazo de la propia «troika», a fin de asegurar que todas las resoluciones de la Unión se sometan al llamado «método comunitario» de toma de decisiones, involucrando directamente al Parlamento Europeo en la adopción legítima de aquéllas<sup>6</sup>.

O dicho de otro modo, se deben acompasar los progresos en la unión económica con avances efectivos en aras de la construcción de una más firme unión política, lo que pasa necesariamente por reforzar la legitimidad democrática de las instituciones europeas, las cuales deben someterse al control, tanto parlamentario como jurisdiccional, de todas sus decisiones. Sólo así podrá justificarse una ulterior transferencia competencial, que, a través de una reforma del Derecho originario, profundice en un renovado modelo de gobernanza, que permita a la Unión Europea desarrollar una política económica propia, dotada de medios suficientes, plasmados en un presupuesto centralizado, considerablemente ampliado, alimentado por impuestos específicos. De no ser así se corre el riesgo de seguir ahondando en la fragmentación de la Unión y en la realización de nuevos desarrollos institucionales que vengán a intensificar pautas de funcionamiento intergubernamentales y tecnocráticas, vinculadas a un modelo de gobernanza económica cada vez más distanciado de la ciudadanía. Y es que hemos de persuadirnos de aquél sólo será legítimo y aceptable si discurre adecuado a las exigencias propias de una democracia

---

<sup>5</sup> *European Parliament Resolution on the review of the economic governance framework: stocktaking and challenges*, European Parliament, 24 June 2015.

<sup>6</sup> *European Economic Governance. State of play and reform proposals*. In-Depth Analysis. EPRS. European Parliamentary Research Service. November 2015.

constitucional avanzada. De ahí la urgencia que hoy nos mueve a requerir su reforma.

## 2.5 **Profundizar en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia con la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo**

No obstante los avances experimentados en la determinación de un consistente sistema europeo común de protección internacional, aun así, repleto de luces y sombras, que trata de aunar, en difícil equilibrio, la seguridad y la garantía de los derechos, lo cierto es que el mismo no sólo se ha visto desbordado por la masiva crisis migratoria iniciada en 2015, y continuada en 2016, sino que su aplicación ha sido frenada, de modo consciente, por los Estados, bien haciendo una interpretación restrictiva del mismo; bien promoviendo su incompleta aplicación. Es, pues, un conjunto de normas que requieren cambios importantes, dada su excesiva deferencia para con los Estados miembros, habiendo propiciado el desarrollo de prácticas estatales muy distintas y marcadamente insolidarias en algunos casos. Así, puede afirmarse que la Unión Europea carece hoy, a pesar de los indudables progresos realizados, de un sistema europeo común e integrado de control y gestión de las fronteras exteriores, esto es, de aquéllas que la Unión posee con Estados terceros; y de desarrollo de una política auténticamente armonizada de regulación y gestión de los flujos migratorios.

La última gran crisis migratoria (2015-2016) ha puesto así de manifiesto la dificultad que conlleva la prosecución de esos avances, además de la tentación creciente de revertir los progresos alcanzados, restaurando, discrecional y duraderamente, los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión, en aras de preservar su, supuestamente amenazada, seguridad interior (Aguelo Navarro, 2016, 273). En este sentido, cabe constatar, hoy, no sólo la resistencia de algunos Estados a desprenderse de competencias que consideran inherentes a su soberanía, en orden a profundizar en el sistema vigente, sino la tendencia creciente a exigir la suspensión de las reglas, ya establecidas, que afectan a la libre circulación de los extranjeros en territorio europeo (Olesti Rayo, 2012, 68). Así ha sucedido, a pesar de que, paradójicamente, los propios Estados se han visto obligados a reconocer lo inviable que resulta apostar por una completa renacionalización de esas políticas, habida cuenta de su incapacidad para afrontar aisladamente un desafío que desborda sus recursos y que, previsiblemente, está llamado a perdurar o reiterarse en el tiempo, dado su carácter consustancial a la globalización.

Es, pues necesario, modificar el Sistema Europeo Común de Asilo, alterando los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de las solicitudes de protección internacional, dada la carga desproporcionada e insoportable que los Estados fronterizos tienen que afrontar, a fin de repartir solidaria y vinculadamente las responsabilidades, asumiendo las orientaciones jurisprudenciales formuladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, la última crisis puso de manifiesto cómo, de manera incorrecta, el sistema vigente trasladaba la presión migratoria, con todo lo que ello comporta, a los Estados de entrada (Grecia, Italia y España), tránsito (Austria, Hungría), y destino y acogida final (Alemania, Suecia), habida cuenta de la repercusión asimétrica que tal crisis mostró, como se observó en la originada en Libia, que afectó fundamentalmente a Italia; en la siria, que repercutió, de manera primordial, en Grecia, en los países del Este europeo y en Alemania y Suecia; o la magrebí y subsahariana, que afecta esencialmente, hoy, a España, Estados aquéllos a los que, con posterioridad, se trasladan buena parte de los refugiados, en «*movimiento secundario*», a los efectos de nuevamente solicitar protección, para mejorar sus derechos y condiciones materiales de vida.

De ese modo, se ha comprobado cómo los extranjeros que, de forma masiva y descontrolada, arriban a las fronteras de la Unión, huyendo de sus Estados de origen o residencia, por muy distintos motivos, pero fundamentalmente políticos, económicos y religiosos, en realidad lo han hecho a las de un Estado miembro de la misma, que lo es de entrada y primer registro, el cual constituye, por tanto, la frontera exterior común de aquélla, y ante el que solicitan la protección internacional correspondiente, consistente, habitualmente, en la presentación de una *demanda o solicitud de asilo*.

Como respuesta, «de lege ferenda», la Comisión ha propuesto la creación de una suerte de *Agencia Federal de Asilo* que, estableciendo un *sistema de acogida común*, centralice las demandas y efectúe, conforme a criterios objetivos, el reparto equitativo y automático, por medio de cuotas, de las personas merecedoras de protección internacional. Subsidiariamente, es decir, si esta propuesta federal no se aprueba, habida cuenta de la oposición que, desde un primer momento, ha recibido aquélla, se ha previsto alternativamente mantener el «status quo», esto es, confirmar que la petición de asilo siguiera considerándose responsabilidad del Estado en el que se solicita, prestando una cualificada ayuda económica al mismo, al tiempo que se establece un *mecanismo de emergencia de reparto*, de carácter vinculante, que penalice a los Estados que rechacen participar en el mismo con multas disuasorias por cada asilado que rehúsen acoger en sus territorios. Dicho mecanismo corrector de asignación, también llamado «*mecanismo de equidad*», debería activarse automáti-

camente cuando se produzcan llegadas masivas de personas a algún país y ello suponga al mismo recibir un 50% más de las demandas que puede asumir, en atención a su Producto Interior Bruto, población y número de refugiados acogidos desde países terceros. A esos efectos, deberá ser la, en el futuro, denominada Agencia Europea de Asilo, quien fije la clave de reparto y quien se encargue de supervisar todo el proceso, asumiendo así nuevas competencias (Porrás Ramírez, 2017, 225; Di Fillippo, 2018, 94; Moschetta, 2018, 19)<sup>7</sup>.

Y, en tanto en cuanto, asimismo, urge la mejora de la acogida e integración de los refugiados, su protección temporal y la atención que es necesario dispensar a los mismos, en consideración a derechos que han de reconocérseles al ser inherentes a su dignidad como personas. No en vano, la acogida deficiente y descoordinada de seres humanos, que huyen de la guerra y la persecución política, étnica o religiosa, ha hecho cuestionar la vigencia de los valores europeos y la perdurabilidad misma de la Unión, en tanto que «Comunidad de Derecho». No en vano, si valoramos la última crisis migratoria y la débil respuesta que la Unión Europea ha ofrecido a la misma, hemos de partir de la constatación de que las corrientes y flujos poblacionales muy probablemente se mantendrán en el futuro, lo que tendrá un impacto demográfico y económico considerable. Quiere con esto indicarse que se requiere previsión, ordenación y control de acceso en las fronteras exteriores de la Unión, esto es, en definitiva, el desarrollo efectivo de una *política común de inmigración* (art. 79 TFUE), de la que Europa hoy carece, que comporte, no sólo la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, sino, también, la integración de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de la Unión. Y, asimismo, la *promoción de una política de buena vecindad, y no sólo de seguridad*, en relación con los Estados limítrofes con la Unión, que contribuya a su estabilización y desarrollo económico y político.

## 2.6 Apostar por una Política Exterior y de Seguridad Común efectiva

Finalmente, considero que la Unión Europea ha de apostar por una Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y por una Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) efectivas, que permitan a la Unión dejar de ser «un gigante económico y un enano político» en la escena internacional, para pasar

---

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo. *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y el reforzamiento de las vías legales de llegada de personas a Europa*. Bruselas 06.04.2016 COM (2016) 197 final.

a constituirse en un actor respetado en el mundo. Hasta el presente, la Unión, conforme a su espíritu fundacional, ha promovido, primero, la integración económica y, posteriormente, la política. Y sólo en los últimos años se ha emprendido el camino en pos del establecimiento y consolidación de las mencionadas políticas. En concreto, la PESC se incorporó tarde al edificio comunitario, haciéndolo además a través de los instrumentos propios de la cooperación intergubernamental. Así, si bien el TUE unificó el sistema, suprimiendo formalmente los «pilares», uno de los cuales aparecía constituido por aquélla, lo cierto es que el intento se ha revelado en su caso más bien fallido, dados los modestos logros alcanzados los cuales no van más allá de la mera enunciación de unos fines u objetivos generales de la acción exterior de la Unión, enunciados con carácter programático, en aras de promover la unidad y coherencia de la misma (Título V TUE: arts. 21-46).

Así, su misma regulación en el TUE, y no en el TFUE revela su escaso contenido específico, su exclusión de la competencia del Tribunal de Justicia y, sobre todo, el mantenimiento de su naturaleza intergubernamental, expresando así su carácter inacabado e incompleto. La misma se concreta así en la atribución al Consejo Europeo de la competencia para fijar los objetivos estratégicos y definir las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, en relación a asuntos que presenten un interés general y en los que converjan las políticas exteriores de los Estados miembros. Sobre esa exigua base el Consejo es considerado competente a fin de adoptar las decisiones necesarias para su definición y ejecución (art. 26 TUE) (González Alonso, 2008, 393).

Aun así, entre los avances ha de destacarse la definición de un espacio competencial dedicado a la *política de defensa común*, que es parte esencial, hoy, de la PESC (arts. 42-46 TFUE), una vez convenida su necesidad (Aldecoa Luzarraga y Guinea Llorente, 2008, 124). A ello contribuye hoy, la superación de la idea, dominante durante décadas, de que la Unión podía renunciar a su propia defensa, confiando la misma a la OTAN y, dentro de ella, al «amigo estadounidense». La retracción de Washington, iniciada por Obama y confirmada por Trump, unida a la creciente amenaza rusa, junto con la ruptura de los acuerdos de control de armas, han alterado de forma evidente la situación estratégica de Europa. Ese nuevo escenario mundial impulsa a la Unión a buscar, de forma paralela y complementaria a la Alianza, una mayor integración en materia de defensa.

Una demostración fehaciente de la voluntad de progresar en este ámbito se halla en el considerable número de iniciativas promovidas en los últimos años. Así, la Comisión Europea ha creado un Fondo de Defensa con una dotación de 13.000 millones de euros para los próximos siete años a fin de fomen-

tar la cooperación industrial europea en la materia. Además, la Unión ha invocado el art. 42.6 TUE para iniciar una «*cooperación estructurada permanente*» (PESCO), que funge como una suerte de cooperación reforzada, y se regula en el art. 46 TUE y en el Protocolo 10, mediante la que se ha experimentado un incuestionable avance en la integración. Así, dicha iniciativa viene a habilitar a un grupo de Estados miembros que «cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia», para que lleven a cabo misiones más comprometidas que afecten a situaciones de crisis en las que se vea involucrada la Unión, si bien sin la previsión de una capacidad operativa destacada. Y todo ello siempre que el resto de Estados miembros esté conforme con su despliegue. Hasta el presente, veinticinco Estados se han sumado a esta iniciativa, que pretende mejorar la coordinación, la integración y las capacidades de defensa de los socios, habiendo aprobado treinta y cuatro proyectos colectivos al respecto.

A su vez, la señalada ausencia de capacidad operativa ha dado lugar a que, fuera del marco de la Unión, diez Estados se hayan asociado a la llamada *Iniciativa Europea de Intervención* (EI2) a fin de suplir las carencias que, en ese sentido, manifiesta la cooperación estructurada permanente.

Los avances son, pues, en esta materia, significativos pero siguen resultando insuficientes, dada la diferente percepción de las necesidades estratégicas y la resistencia manifestada por muchos Estados a incrementar su gasto militar. La inexistencia de un debate público europeo acerca de tan sensible cuestión, que subraye la necesidad de que la Unión se dote de una defensa común efectiva en el marco de un escenario internacional cambiante al tiempo que cada vez más agitado y turbulento, contribuyen decisivamente a ello. Más esta situación probablemente cambiará por exigencias del importante cambio histórico que se advierte. El mismo obligará previsiblemente a Europa a profundizar en los caminos de la integración, en un ámbito en el que se juega no sólo su futuro sino, quizá, su propia supervivencia.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- AGUELO NAVARRO, P. (2016), Refugiados, desplazados, migrantes, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, págs. 273-307.
- ALDECOA LUZARRAGA F. Y GUINEA LLORENTE, M. (2008), La política común de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa: hacia la defensa propia de la UE, en VVAA, *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Madrid, págs. 124-156.

- AMTEMBRINK, F., Y VAN DUIN, K. (2009), The European Central Bank before the European Parliament, *European Law Review*, n.º 4, págs. 561-583.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013), Crisis económica y crisis constitucional en Europa, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, págs. 91-107.
- BARDI, L. (2012), Parties and Party system in the European Union, en Garzón Clariana, G. (ed.), *Ciudadanía europea y democracia. La reforma del Acta Electoral y de los partidos políticos europeos*, Madrid, Marcial Pons, págs. 137 y ss.
- BLANKE, H. J. & BÖTTNER, R. (2016), The democratic déficit in the Economic Governance of the European Union, en *Common European Legal Thinking. Essays in honour of Albrecht Weber*, Heidelberg, Springer, págs. 267 y ss.
- BECK, U. (1997/1998), *Was ist Globalisierung?*, Trad. Esp., Paidós.
- BONVICINI, G., TOSATO, L., MATARAZZO, R. (2009), Should European Parties propose the European Commission President?, en Bonvicini, G. (ed.), *Democracy in the EU and the role of the European Parliament*, Rome, Istituto dei Affari Internazionali, págs. 59 y ss.
- DI FILLIPPO, M. (2018), The allocation of competences in asylum procedures under EU Law, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, págs. 41-97.
- DONNELLY, B AND JOPP, M. (2018), European Political Parties in the EU, en Bonvicini, G. (ed.), *Democracy...*, págs. 23 y ss.
- FASONE, C. (2014), European Economic Governance and Parliamentary Representation. What place for the European Parliament?, *European Law Journal*, n.º 20, 2, págs. 164-185.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (2008), ¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, págs. 393 y ss.
- HABERMAS, J. (1998/2000), *Die postnationale Konstellation*, Trad. esp., Barcelona.
- (2012) *Zur Verfassung Europas*, Trad. Esp., Trotta, Barcelona.
- HÖFFE, O. (1999), *Demokratie in Zeitalter der Globalisierung*, München, C. H. Beck.
- JUNCKER, J. P. (2015), in close cooperation with Tusk, D.; Disjsselbloem, J.; Draghi, M and Schultz, M., *Report completing Europe´s Economic and Monetary Union («Five President´s Report)*, European Commission.
- KAUFMANN, N. (1997), *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Nomos, Baden.
- LEHMAN, W. (2007), The European Elections: EU Legislation, National Provisions and Civic Participation, <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- LEVRAT, N. (2012), *La Construction Européene est-elle démocratique?*, La Documentation Française, Paris.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. (2015), La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, págs. 361-433.
- MANGAS MARTÍN, A. (2015), El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, págs. 13-42.

- MANGIAMELI, S. (2011), The institutional design of the European Union after Lisbon, en Blanke, H. J. & Mangiameli, S., m *The European Union after Lisbon*, Heidelberg, Springer, págs. 113 y ss.
- (2013), Article 14 (The European Parliament), en Blanke, H. J. & Mangiameli, S., *The Treaty on the European Union. A Commentary*, Heidelberg, Springer, págs. 587-614.
- OLESTI RAYO, A. (2012), El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 15, págs. 44-84.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup> (2012), La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 156, págs. 125-166.
- (2016), En torno a la crisis del modelo de elección de los miembros del Parlamento Europeo, en Balaguer Callejón, F. y Tudela Aranda, J. (Coords.) (2016), *Estudios en homenaje al profesor y magistrado Luis Ortega Álvarez*, Madrid, Thomson Reuters, págs. 81-99.
- (2016), La creciente consistencia de los partidos políticos en la Unión Europea, *Italian Papers on Federalism*, n 3.
- (2017), El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados: un nuevo desafío de la globalización, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 175, págs. 2017-234.
- (2018), «Intergubernamentalismo y tecnocracia en la gobernanza económica de la Unión Europea. El cuestionado papel de las instituciones dotadas de poderes ejecutivos», en Carrera Hernández, J. (dir.), *¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea?*, Thomson Reuters, Pamplona, págs. 113-143.
- PERNICE, I. (2001), Europäisches und nationales Verfassungsrecht, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 60, De Gruyter, München, págs. 149-193.
- (2003), Il Consiglio Europeo e il Presidente dell'Unione Europea: quale leadership democratica in Europa?, *Diritto e Cultura*, págs. 181 y ss.
- RIDOLA, P. (2010), Il principio democratico fra Stati nazionali e Unione Europea, en Ridola, P., *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo*, Giappichelli, Torino, págs. 305 y ss.
- (2011), La parlamentarizzazione e gli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, en Ridola, P., *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo*, Giappichelli, Torino, págs. 325 y ss.
- TOMKIN, A. (2015), Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics. The impact of the adoption of the ESM Treaty on the state of the European democracy, *German Law Journal*, n.º 50, págs. 361-433.

VON BOGDANDY, A. (2000), The European Union as a supranational federation: a conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam, *Columbia Law Journal*, n.º 6, págs. 27 y ss.

# **CRISIS ECONÓMICA Y COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS EUROPEAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS: PATRONES DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA**

SABRINA RAGONE

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Coordinación de los asuntos europeos y ejecutivos nacionales: convergencias y divergencias. 3. Patrones de convergencia en la coordinación de los asuntos europeos durante la crisis económica. 4. Procesos de centralización desigual dentro de los ejecutivos nacionales. 5. Asimetrías entre los Estados miembros: algunas observaciones finales. 6. Referencias bibliográficas.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El tema de la coordinación de las políticas europeas conjuga el derecho constitucional y administrativo con la ciencia política, por lo cual tiene que ser afrontado en una perspectiva multidisciplinaria (como se hizo en Ragone ed., 2018). Se trata de una cuestión que además enfoca la asimetría dentro de la UE a través de una lectura distinta, atenta a la desigualdad económica entre los Estados miembros de la UE, y no como desigualdad interna a un Estado, que ha sido más presente en los estudios académicos.

En esta línea de investigación<sup>1</sup> se combinan dos ámbitos de estudio que no solían estar conectados, es decir, la coordinación de los asuntos europeos por parte de los ejecutivos nacionales y los efectos constitucionales de la crisis financiera. Dicha combinación tiene el fin de lograr una comprensión global de la interconexión entre la europeización de la administración y las consecuencias de la crisis sobre los Estados miembros. Conforme a este enfoque, los estudios de caso son aquellos Estados miembros de la UE cuya situación financiera ha sido y es (considerada) más precaria durante el último decenio, es decir, Chipre (Pegasiou, 2018, 83 ss.), Grecia (Spanou, 2018, 13 ss.), Irlanda (Laffan, 2018, 39 ss.), Italia (Ragone, 2018, 107 ss.) y Portugal (Magone, 2018, 55 ss.). Estos casos pueden servir como elementos de comparación con la evolución del modelo de coordinación interministerial española, más conocido al lector de este volumen; modelo que no ha sufrido cambios radicales a lo largo de la crisis en términos jurídicos, pero sí algunas modificaciones en los equilibrios políticos (véanse Frontini, Llaudes, Molina, Sorroza, 2015).

Aunque en diferentes grados, en los últimos años todos estos países se han enfrentado a problemas económicos y han sido objeto de una atención especial por parte de las instituciones europeas. Algunos de ellos fueron incluso rescatados y, en consecuencia, tuvieron que firmar e implementar un *Memorandum of Understanding* – MoU (más de uno, como en el caso griego) con la Troika (FMI, Comisión y BCE). La situación de país rescatado sometido a un MoU, que puede aplicarse a todos los casos con la única excepción de Italia, ha resultado ser una variable relevante en la evolución de la gestión y regulación de la coordinación nacional.

En la investigación se han tenido en cuenta todos los cambios del sistema de coordinación desde el estallido de la crisis financiera, con el objetivo de entender cuáles representan una consecuencia de la crisis y cuáles dependen principalmente de dinámicas internas. Varios factores pueden afectar directa o indirectamente al marco jurídico y el desempeño concreto de los ejecutivos nacionales en el contexto europeo. Entre ellos, se puede contar el tamaño del Estado; la eficiencia y la dimensión de la administración correspondiente; y la ambición política relativa a las políticas de la UE. Además, otros factores han tenido un fuerte impacto en la organización de los ejecutivos, como el deseo de asumir un papel activo en la gestión de la crisis, la necesidad de aumentar la capacidad administrativa y la competencia de los funcionarios nacionales, además de la relación con otros Estados miembros y las instituciones de la UE. Para

---

<sup>1</sup> Línea de investigación que se está profundizando en el marco del módulo Jean Monnet «CRISES – Critical Risks for Integration and Solidarity in the European Space» (2018-2021). Código 599047-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE.

no obviar estos factores, resulta necesario analizar tanto la reconstrucción normativa de los instrumentos de coordinación como un análisis práctico. Hasta la publicación de Ragone, ed., 2018, el tema había sido examinado prevalentemente por politólogos (en particular Kassim, Peters, Wright, eds., 2000), mientras que el volumen de 2018 ha proporcionado un examen jurídico de la coordinación de la UE, complementando estudios anteriores y con el valor añadido de vincularlos con las características del contexto de la crisis financiera.

Tras explicar en qué medida las divergencias y convergencias en los mecanismos de coordinación han sido una característica constante de la UE, este texto se centra en primer lugar en los elementos en común entre los casos elegidos, analizando finalmente qué actores pueden ser considerados ganadores y perdedores de este proceso evolutivo debido a la crisis.

## 2. COORDINACIÓN DE LOS ASUNTOS EUROPEOS Y EJECUTIVOS NACIONALES: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

A lo largo de las décadas, instituciones y mecanismos creados en cada Estado para hacer frente a la necesidad de coordinación han mostrado patrones tanto de convergencia como de divergencia (Kassim, Peters, Wright, eds., 2000; Goetz, Meyer-Sahling, 2008, 4 ss.). Aunque la europeización de las administraciones exige una mayor uniformidad, las especificidades y tradiciones nacionales siguen desempeñando un papel importante en la organización de las instituciones en cada Estado miembro.

La presión por la convergencia depende del hecho de que todos los Estados miembros actúan en el mismo marco institucional y tienen que hacer frente a desafíos similares cuando preparan y luego defienden sus posiciones a nivel europeo. Por ello, todos los gobiernos han tenido que organizar sus estructuras en consecuencia. La necesidad de adaptar las estructuras nacionales para hacerlas más coherentes y receptivas respecto del proceso de toma de decisiones en Bruselas crea incentivos para mecanismos de coordinación similares, aunque la UE no requiere ninguno, dejando margen de maniobra a los Estados. Sin embargo, la lógica de la optimización, que debería haber dado lugar a procesos y estructuras cada vez más homogéneos (Harmsen 1999, 84), no ha pasado a ser predominante.

A nivel nacional, varias características del contexto político contribuyen a dar forma a los mecanismos de coordinación, a saber, la forma en que se concibe la coordinación dentro de la administración del Estado correspondiente (por ejemplo, con entidades territoriales subnacionales), tal y como la naturaleza de la estructura de oportunidades políticas y administrativas (Kas-

sim, Peters, Wright, eds., 2000). La actitud del Estado hacia los asuntos europeos y la integración europea en su conjunto afecta al enfoque de la coordinación en la implementación y/o en la fase anterior, decisoria. Además, el modelo de coordinación adoptado para los asuntos internos tiene un impacto en los instrumentos utilizados para alcanzar el mismo objetivo en las cuestiones relacionadas con la UE.

Las obras doctrinales anteriores han demostrado que existen numerosas similitudes, como el establecimiento de nuevas estructuras y/o la adaptación de las preexistentes –fenómeno que se ha producido en los Estados miembros cuya pertenencia a la UE remonta a décadas atrás y también en los más recientes–; el papel cada vez mayor de los Primeros Ministros (PM) y la correspondiente erosión de la posición del Ministro de Relaciones Exteriores. Por un lado, las cuestiones técnicas requieren competencias distintas de la preparación principalmente diplomática y, por otro lado, la importancia de las cuestiones financieras, monetarias y económicas ha impulsado el papel de los Ministerios de Hacienda o Economía. Este factor específico se ha vuelto aún más evidente durante la crisis financiera.

Asimismo, se han puesto de relieve las pautas de divergencia, en particular, el número total de agentes que intervienen en la coordinación de la UE (PM, ministros, parlamentos, regiones...) y el papel que cada uno de ellos desempeña en el proceso de coordinación, así como los mecanismos concretos creados y su funcionamiento real.

Desde esta perspectiva, el período de la crisis financiera no ha sido distinto, ya que la evolución de los mecanismos de coordinación de la UE muestra tanto puntos en común como diferencias. En los siguientes párrafos se examinará el tipo de adaptación ocurrida durante la crisis, respondiendo especialmente a las siguientes preguntas: ¿Hubo transformaciones radicales o se adaptaron simplemente los mecanismos de coordinación al nuevo contexto?; ¿Estos cambios parecen destinados a durar o eran ajustes para hacer frente a la crisis que se eliminarían en cuanto se cumpliera el MoU?; ¿Qué consecuencias ha provocado la evolución en términos de centralización del poder en manos del ejecutivo?; ¿Qué actores del ejecutivo han aumentado sus poderes y cuáles los han perdido?

### 3. PATRONES DE CONVERGENCIA EN LA COORDINACIÓN DE LOS ASUNTOS EUROPEOS DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA

El examen comparativo de la coordinación de los asuntos europeos durante la crisis ha mostrado tres patrones principales de convergencia: a) no se

han dado cambios radicales en la coordinación, pues los mecanismos ya en vigor se han adaptado sin transformaciones drásticas (véase Contiades, ed., 2013, 63 ss., sobre los casos irlandés e italiano); b) estas adaptaciones no tenían la aspiración de durar en el tiempo, siendo consideradas como una respuesta temporal a la crisis; c) a nivel comparado, estas adaptaciones han conducido a la centralización de los poderes dentro de los ejecutivos nacionales (aunque asimétricamente, como se explicará más adelante).

En lo que respecta al patrón sub a), la adaptación de los mecanismos de coordinación ha reconocido un papel más relevante a los organismos existentes, como el CIAE (Comité interministerial para los asuntos europeos) en Italia y la DGAE (Dirección general de Asuntos Europeos) en Portugal. En Irlanda y en Grecia, el Estado respondió a la crisis dentro de la lógica operativa de la cultura política y administrativa (Morgan, 2013, 87, sobre el caso irlandés y Spanou, 2018, sobre Grecia).

El CIAE italiano había sido regulado por ley en 2005 y fue reformado en 2012, aunque su estructura y objetivos básicos permanecieron intactos (sobre la ley de 2005, véase Savino, 2008, 123 ss.; sobre la reforma y su implementación, véanse Costato, Rossi, Borghi, eds., 2015 y Moavero Milanese, Piccirilli, eds., 2018). Lo que cambió fue la frecuencia de sus reuniones. Gracias a las entrevistas realizadas durante la investigación, ha sido posible averiguar que durante varios años después de 2005 la coordinación se había logrado mediante reuniones informales entre ministros y funcionarios, a pesar de la existencia de las nuevas normas de 2005. Sólo el nombramiento, en 2014, de Sandro Gozi (Secretario de Estado para Asuntos Europeos hasta 2018), que fue uno de los promotores de la reforma, determinó el cambio. Las primeras reuniones del Comité se celebraron en junio de 2014 y desde entonces se dan cada tres/cuatro semanas.

El sistema griego evolucionó de acuerdo con la tradición administrativa del país: los cambios fueron lentos e inicialmente se basaron en prácticas *ad hoc* o incluso en acuerdos informales personales. Más tarde, las estructuras alrededor del Ministerio de Hacienda (MH) fueron ligeramente remodeladas. Al principio, el Secretario General del MH celebraba reuniones periódicas de información y dirigía la coordinación de los ministerios afectados. Cuando tuvo que supervisar la aplicación del MoU, el MH también empleó el preexistente Consejo de Expertos Económicos (SOE en el acrónimo griego), cuya función pasó de la de un *think-tank* a la de un actor de la gestión de las cuestiones europeas, y las Direcciones de la UE. Sólo cuando la Troika, en 2011, solicitó explícitamente una estructura especializada con personal técnico permanente, el legislador creó un órgano de seguimiento del programa de ajuste

estructural, a saber, el Servicio de Planificación y Seguimiento de la implementación del MoU, adscrito al MH, que entró en funcionamiento en 2013. Ese mismo año también se creó un nuevo mecanismo de coordinación general adscrito a la presidencia del gobierno.

También en Portugal, durante la implementación del MoU, se hizo hincapié en la eficiencia y los resultados económicos. Tradicionalmente, el país había sido retratado por los politólogos como un Estado miembro centrado en la ejecución de las políticas de la UE, y ello es confirmado por la actitud en la implementación de las reformas acordadas con la Troika (lo que Magone, 2016, 179 ss. denomina «europeización por coerción»). Se aprobó una nueva ley para modificar y mejorar la participación de la DGAE en el proceso de formulación de políticas, prestando especial atención a la coordinación económica en el marco del procedimiento del Semestre Europeo. Más tarde, para cumplir con las tareas y el calendario fijado por el MoU, se creó un grupo especial de trabajo, la misión supervisión de los Memorandos (ESAME).

La única excepción al patrón de adaptación de los mecanismos nacionales ha sido Chipre. Cuando el país solicitó asistencia financiera en junio de 2012, no disponía de ninguna estructura permanente que pudiera coordinar las negociaciones con la Troika y supervisar la aplicación del MoU. Sólo se había nombrado expresamente a un viceministro de Asuntos Europeos para coordinar la Presidencia chipriota, con un mandato que iba a terminar al final de Presidencia misma. En 2013, el mecanismo de coordinación implementado en el Ministerio de Hacienda implicó un ajuste de tareas de las unidades y departamentos existentes para crear un mecanismo eficaz para comunicarse con la Troika.

Por lo que se refiere al patrón sub b), es decir, el carácter temporal de las adaptaciones debidas (principalmente) a presión externa, hay que recordar que ya a principios de 2000 la coacción no se consideraba un factor determinante para la homogeneidad entre los Estados (Kassim, Peters, Wright, eds., 2000, 243). El impulso a la coordinación procedente de fuera de los países ha tenido un impacto mayor en el contexto de la crisis debido a la necesidad de cumplir a tiempo y de manera eficaz con los MoU, en la situación económica particularmente débil de los países afectados. Las condiciones de los préstamos siempre implicaban la aprobación de un conjunto específico de políticas y reformas, que han alterado las prioridades internas (Baraggia, 2015, 268 ss.).

Más concretamente, los programas de ajuste económico que Grecia acordó con la Troika en 2010 y 2012 y el relativo al Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en 2015 priorizaron explícitamente algunos elementos finan-

cieros, fiscales, económicos y estructurales. El calendario y el plazo para cumplir eran extremadamente ajustados y complejos de cumplir, lo que requería un mecanismo para agilizar la implementación de las reformas (véase Aravantinou Leonidi, 2015, pp. 335 ss).

Estos cambios debidos sobre todo a la influencia externa parecen temporales. Por ejemplo, en Irlanda, justo después de las elecciones de 2016, el Primer Ministro decidió disolver el Consejo de gestión económica que se había creado para hacer frente a la crisis. En Portugal, así como en el mencionado ESAME, se estableció como un grupo de trabajo temporal para la coordinación y ejecución del programa. En Chipre, el Gobierno estableció a finales de 2013 que a la División de la Unión Europea en el marco del MAE se le asignaría la tarea de coordinación interministerial de los asuntos de la UE, pero este nuevo órgano rara vez se reúne. Una excepción está representada por el caso italiano, en el que los cambios impulsados internamente reflejaban la voluntad política de mejorar los mecanismos de coordinación a través de instrumentos de larga duración.

Por lo que se refiere al patrón sub c), es decir, a la centralización de la coordinación de la UE en el ámbito nacional, esta es una característica evolutiva general de la coordinación que se fortaleció durante la crisis económica.

En Irlanda, el Gobierno y la administración central se convirtieron en el factor dominante de la europeización, especialmente durante los años de ejecución del programa de ajuste (2010-2013). En Portugal, la coordinación del programa acordado con la Troika en 2011 fue atendida por el MH en cooperación con la Presidencia del gobierno.

En el caso griego, la necesidad de una coordinación positiva surgió de la necesidad de cumplir la aplicación de las reformas dentro de los plazos y condiciones establecidos en el MoU. Como resultado, se llevó a cabo un fenómeno (lento) de centralización con diferentes actores principales: los acuerdos fueron generalmente organizados por el PM, el Presidente del SOE, adscrito al MH, y el mismo Ministro de Hacienda, quienes luego sometían las decisiones a la aprobación del Consejo de Ministros.

En Italia, el papel cada vez más destacado del PM en la coordinación de las políticas de la UE se vio potenciado por la situación financiera del país, pero esto no fue lo que lo desencadenó. En efecto, la importancia del PM en este ámbito ya había aumentado debido a la creciente relevancia de los asuntos europeos en la política interna y al papel del Primer Ministro como representante del Estado en el Consejo Europeo (véase Lupo, 2018, en particular 944 ss. Sobre el papel del PM y su evolución a lo largo de las décadas, véase el análisis de Ciolli, 2018).

Según las categorías utilizadas por Kassim, 2015, 686 ss., es decir, enfoques selectivo/global y centralizado/descentralizado de las políticas de la UE, tanto Irlanda como Portugal tienen una gestión selectiva y centralizada de los asuntos europeos. En Grecia, el sistema pasó de «descentralizado y selectivo» a «centralizado y selectivo» debido a las tareas otorgadas al MH. Al carecer de un órgano permanente de coordinación, Chipre todavía debe considerarse como un país con un sistema descentralizado, porque incluso durante la crisis el ejecutivo se basó principalmente en acuerdos *ad hoc*. Italia mantuvo su enfoque global a pesar de la situación financiera, moviéndose también hacia una mayor centralización, después de haber sido considerado durante mucho tiempo como un modelo descentralizado con diferentes actores; sin embargo, este fenómeno dependía principalmente de factores domésticos.

#### 4. PROCESOS DE CENTRALIZACIÓN DESIGUAL DENTRO DE LOS EJECUTIVOS NACIONALES

Si bien la centralización es un fenómeno común que se ha ido reforzando durante la crisis, el análisis comparativo ha demostrado también que afecta de manera distinta a los miembros de los ejecutivos nacionales. Hay dos claros ganadores de la evolución de la coordinación de la UE en la última década: los PM y las presidencias de gobierno y los Ministros de Hacienda, Finanzas y Economía según su denominación en cada caso. Su papel aumentó mientras que la importancia de los Ministros de Asuntos Exteriores ha ido reduciéndose, aunque, en los años de la crisis, menor relieve lo tuvieron los Parlamentos nacionales.

En cuanto al papel de los jefes de gobierno, ha habido varios factores internos y externos que han impulsado su relevancia, en particular, la creciente importancia del Consejo Europeo en la formulación de políticas de la UE (véanse Pinelli, 2016, 645 ss. y Fabbrini, 2016, 655 ss.). Durante la crisis, las tareas de coordinación del Primer Ministro y de las presidencias de gobierno como aparato administrativo se reforzaron en todos los casos analizados. Incluso en Portugal, donde el Ministerio de Asuntos Exteriores sigue siendo un actor muy relevante, el recién establecido ESAME se adjuntó a la Oficina del Primer Ministro.

En Grecia, el Primer Ministro había sido tradicionalmente políticamente fuerte, pero nunca se le habían asignado tareas de coordinación con demasiado impacto, y tampoco el vice-PM encargado de supervisar la coordinación había desempeñado un papel relevante. No obstante, entre 2010 y 2012, la Presiden-

cia del gobierno se transformó en Secretaría General y se le proporcionó una unidad de planificación estratégica y una oficina de relaciones internacionales y europeas. Asimismo, la Secretaría General del Gobierno se había dotado de una oficina de cuestiones internacionales y comunitarias en 2010 (una visión general en Contiades, Tassopoulos, 2013, pp. 196 ss.).

Mientras que en Grecia sólo se organizaron comités *ad hoc*, el Gobierno irlandés estableció algunos órganos más estables, entre ellos, un Comité de la UE compuesto por personal de los ministerios y otro compuesto por ministros y altos funcionarios, conectados con la Presidencia del gobierno. Además, la presidencia del gobierno irlandesa es esencial para la gestión de las cuestiones relacionadas con la UE y, durante la crisis, el PM y su vice eran miembros del mencionado Consejo de gestión económica.

En cuanto a Italia, la presidencia del gobierno ya se había convertido en el principal centro de coordinación a finales de los años 80, con el establecimiento del Departamento de Coordinación de Políticas Comunitarias en 1987 (hoy Departamento de Políticas Europeas, DEP), con un ministro sin cartera o secretario de estado encargado de los asuntos europeos (Franchini, 1991, 775 ss. y Della Cananea, 2000, 99 ss.; para un análisis comparativo, Ragone, 2013). El DEP siempre ha estado adscrito a la presidencia del gobierno; colabora con otros órganos de la presidencia: el Comité interministerial para los asuntos europeos y el Comité de evaluación técnica (Saltari, 2013, 475 ss. y Ragone, 2014, 213 ss.). Los cambios en el papel del PM durante la crisis dependieron en buena medida del nuevo enfoque global sobre los asuntos europeos emprendido por el Gobierno italiano y, en particular, durante el gobierno Renzi con ocasión de la Presidencia del Consejo en 2014, con la idea de mejorar la influencia del país en la fase decisoria europea. Algunos cambios ya habían ocurrido con el gobierno de Monti en 2011, como explicaron Groppi, Spigno, Vizioli, 2013, 101 ss.

El segundo miembro del ejecutivo cuya función ha mejorado progresivamente es el Ministro de Hacienda, Finanzas y/o Economía, más aún después del inicio del mercado único, con la creación de los fondos estructurales y de cohesión de la UE y la Unión Económica y Monetaria (UEM) en los años 90.

En Italia, no hubo una reforma formalizada de la estructura y las tareas del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), pero durante la crisis su situación cambió *de facto* debido a la prioridad de las cuestiones económicas y a la necesidad de responder a las expectativas de los mercados internacionales, con la adopción de medidas de austeridad y recortes del gasto. Además, la trascendencia de las cuestiones económicas fue demostrada por la decisión del PM

Mario Monti, quien, en 2011, fue personalmente también Ministro de Economía y Finanzas al comienzo de su mandato durante varios meses.

En Portugal, el MH llevó a cabo la mayor parte de las reformas y medidas relacionadas con cuestiones económicas, en colaboración con la Presidencia del gobierno.

En Grecia, ya en 1987, el citado SOE se había establecido como un órgano con un papel consultivo en la política económica adscrito al Ministerio de Asuntos Económicos (MEA). Durante la crisis, el MEA sufrió una reorganización, pero en este caso la reforma dependía de factores internos: en particular, en 2009 se separó de nuevo del MH (con el que se había fusionado siete años antes) y el ámbito de las políticas económicas y de desarrollo está ahora dividido entre los dos ministerios. A pesar de esta competencia compartida, sólo el MH se ha hecho cargo de los MoU, estando en contacto con la Troika y los demás Estados miembros de la Eurozona. El MH inauguró un nuevo modelo de coordinación, más concentrado y eficaz en comparación con el del MAE.

En Irlanda se modificó la estructura del MH: en 2011 se dividió en el Ministerio de Gasto Público y Reforma y en el MH, respectivamente encargados de las reformas que debían implementarse y de las cuestiones financieras tradicionales. Los ministros correspondientes también eran miembros del Consejo de gestión económica creado temporalmente por el Gobierno, que, como se dijo, fue el principal centro estratégico de coordinación en la gestión de la crisis.

En Chipre también, el MH fue designado como el actor principal de la coordinación cuando el ejecutivo estableció en 2013 el comité interministerial encargado de la aplicación de las reformas. Además, unos meses más tarde, la gestión burocrática fue transferida de la Oficina de planificación del MAE a la Unidad de coordinación estratégica y cooperación del MH.

El aumento de las competencias de los PM y de los ministros con carteras económicas estuvo acompañado por el declive de los Ministros de Asuntos Exteriores, intensificado en los años de la crisis, aunque había representado una tendencia también en las décadas anteriores. En Portugal, sigue siendo muy relevante, ya que el centro de la coordinación de la UE, es decir, la DGAE y el Secretario de Estado de asuntos europeos están adscritos a este ministerio. En Grecia, durante décadas este ministro había estado a cargo de la coordinación general de manera descentralizada y negativa, pero durante la crisis el MH, centrándose en la aplicación de las obligaciones, ha invertido el modelo. En Chipre, en 2013, el Gobierno decidió encomendar a la división de la UE del MAE la tarea de garantizar la coordinación interna de las políticas europeas. Además, la coordinación de nivel político más alto tiene lugar en el comité

interministerial de asuntos de la UE presidido por el Ministro de Asuntos Exteriores y también la coordinación entre los funcionarios de las diferentes unidades europeas de cada ministerio se realiza bajo la dirección del mismo ministerio.

En Irlanda e Italia, hasta finales de los años 80, el MAE solía ocuparse de la gestión diaria de la coordinación europea, pero luego ha tenido que compartir progresivamente esta tarea con la Presidencia del gobierno. Más concretamente, el Ministerio de Asuntos Exteriores irlandés tiene una división europea que determina la posición nacional en colaboración con la división de la UE de la Presidencia de gobierno, mientras que una división política es responsable de las decisiones relacionadas con la política exterior común y la defensa. Lo mismo puede decirse de los MAE de los demás países examinados, que siguen siendo los actores más importantes en ese campo.

Además de ser el actor principal en esta política no europeizada, los Ministerios de Asuntos Exteriores siguen siendo el vínculo institucional con la Representación Permanente en Bruselas, la cual constituye, en todos los casos estudiados, un actor esencial para la coordinación y altamente cualificado.

La Representación Permanente de la mayoría de los países es una especie de miniatura del ejecutivo nacional. En el caso irlandés, el número de ministerios creció desde los años 70 hasta el punto de que todos (con la excepción de la Presidencia de gobierno) están ahora representados en Bruselas. En las Representaciones griega, portuguesa e italiana, además de diplomáticos y expertos del MAE, hay representantes de todos los ministerios; están en contacto con los ministerios correspondientes e interactúan diariamente con los órganos nacionales de coordinación. En el caso de Chipre, la Representación Permanente actúa esencialmente como mediador y está dirigida por un diplomático de carrera que recibe instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Por último, los Parlamentos nacionales también se vieron afectados por la crisis. Desde las primeras etapas, la integración europea ha llevado a la transferencia de competencias legislativas del nivel interno al nivel supranacional, fomentando a la vez un cambio interno de funciones a favor de los ejecutivos, que representan al Estado a nivel europeo (Cartabia, Lupo, Simoncini, eds, 2013 y sobre las dificultades de garantizar la supervisión parlamentaria de los ejecutivos, véase Lupo, 2014, 365 ss.). Además, durante la crisis, se adoptaron muchas decisiones a través del método intergubernamental o en las Cumbres/reuniones del Consejo Europeo y de la Eurozona, lo cual realzó aún más la importancia de los ejecutivos (véanse los ensayos recopilados en Kjaer, Teubner, Febbrajo, eds, 2011; Tuori, Tuori, 2013 y, sobre el papel de los ejecutivos, Pasquino, 2015, 295 ss.).

Durante los años de la crisis, los ejecutivos nacionales no sólo condujeron y coordinaron políticas anti-crisis fuera de las fronteras nacionales, sino que a menudo manipulaban el discurso a nivel nacional, sometiendo a sus Parlamentos medidas ya acordadas en Europa o con la Troika. Los Parlamentos nacionales, por lo general, han ratificado esas decisiones respondiendo a dos lógicas: o porque estaban atrapados en la «retórica salva-UE» o porque querían mantener su participación en los asuntos presupuestarios y económicos, aunque fuera a posteriori (Puntscher Riekmann, Wydra, 2013, 565 ss.). En Chipre, por ejemplo, aunque el Gobierno había perdido el apoyo de la mayoría parlamentaria a principios de 2014, según estas lógicas varios partidos de oposición han votado a favor de la aprobación de la legislación relacionada con la crisis. En Grecia, el Parlamento básicamente ratificaba varias decisiones que habían sido tomadas por el ejecutivo. En Irlanda también hubo una limitación progresiva de la participación del Parlamento en los asuntos europeos durante la crisis, si bien sus funciones de control habían sido incrementadas en 2002 a través de la Subcomisión de control de la comisión conjunta de asuntos europeos (Morgan 2013, 69 ss.). Unos años más tarde, en 2006, en Portugal, la Comisión parlamentaria de asuntos europeos había sido dotada de funciones de control *ex ante*. Al contrario, el Parlamento italiano ha sido considerado más activo durante los últimos años, en comparación con los de los otros Estados miembros más afectados por la crisis financiera (Auel, Höing, 2013, 12).

## 5. ASIMETRÍAS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS: ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

La forma en que la crisis afectó a los parlamentos nacionales varía según el país, desde los cambios en el procedimiento de aprobación de presupuestos debido al semestre europeo hasta la aprobación de los MoU en los Estados miembros que solicitaron asistencia financiera. Desde una perspectiva más amplia, el impacto de la situación económica en la política interior y su conexión con las «preferencias europeas» y de los «mercados» (Balaguer Callejón, 2013, 449 ss.) son evidentes a la luz de numerosos casos: entre 2011 y 2012, en medio de la crisis, el fracaso de las políticas económicas nacionales llevó a elecciones anticipadas en Portugal (con la dimisión de José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa), Grecia (tras la dimisión de Papandreou y la corta administración por Papademos), España (con la disolución anticipada de las Cortes Generales). También en Italia, la renuncia de Berlusconi en 2011 y el posterior nombramiento de Monti como PM estaban estrictamente relacionados con la

situación económica del país. Aunque parezca lógico que los gobiernos sean responsables de los resultados negativos de su gestión económica y financiera, lo que ocurrió en estos casos fue algo distinto de la típica rendición de cuentas democrática. Estas crisis políticas también se debieron a presiones externas, a una especie de rendición de cuentas «supranacional», porque los gobiernos deben, por una parte, actuar conforme a la voluntad de los respectivos electores y, por otro, cumplir con las expectativas de instituciones monetarias y financieras o, en algunos casos, las de otros Estados más ricos/acreadores (Grasso, 2012, 18 ss.). Esta es la razón por la que la importancia de la desigualdad entre los Estados miembros se hace más clara.

Al mismo tiempo, la crisis financiera ha determinado consecuencias constitucionales de gran importancia a nivel nacional, afectando también al equilibrio de poder entre las instituciones de los Estados miembros. Esto ha dependido, al menos en parte, del hecho de que la integración europea está afectando progresivamente a un área habitualmente interna, es decir, la función presupuestaria; función además tradicionalmente encomendada a los parlamentos.

Los fenómenos que han caracterizado el proceso de toma de decisiones durante la crisis a nivel supranacional, como el uso del método intergubernamental, de mecanismos informales y de fuentes de derecho internacional han eclipsado aún más las funciones de los legislativos. En un estudio anterior, analicé la reducción del papel deliberativo de los parlamentos español e italiano al menos hasta 2015 (Ragone, 2015, 527 ss.).

Las preguntas que derivan de lo anterior son, por un lado, si las conclusiones sobre los estudios de caso de este capítulo, incluyendo a España, pueden aplicarse a todos los parlamentos europeos, es decir, si se puede hablar de una tendencia general hacia el debilitamiento de los legisladores nacionales y, por otro lado, hasta qué punto se ha invertido la tendencia después de la crisis.

Los parlamentos europeos, en efecto, no han sufrido las consecuencias de la crisis de forma homogénea, ya que algunos han sido progresivamente marginados a lo largo de los años, mientras que otros han logrado mantener o incluso fortalecer su posición (Benz 2013, 125 ss.; Ciolli 2012, 6 ss.); el ejemplo más evidente es el cámara baja alemana, el *Bundestag*, cuyas funciones se han defendido constantemente a través de una jurisprudencia constitucional que ha preservado su participación en el proceso de aprobación de tratados internacionales relacionados con la crisis (véanse los casos *Lissabon Urteil*, BVerfGE 123, 267; el 2 BvR 1390/12 de 2012 y la siguiente sentencia de marzo de 2014 sobre el MEDE; al respecto, Pernice 2017), así como las decisiones sobre ayudas financieras a otros Estados, por ejemplo (Höing, 2013, 255 ss.; Machado, 2013, 219 ss.; Rivosecchi, 2012; Lupo, 2013, 1 ss.). Además, el

parlamento austriaco utilizó la ratificación de la reforma del art. 136 TFUE para obtener derechos de codecisión más amplios, obligando al gobierno a pedir una especie de autorización parlamentaria previa (Auel, Höing, 2013).

Este panorama se caracteriza por una evidente asimetría; una asimetría vinculada al *cleavage* países ricos/pobres y acreedores/deudores. No es una coincidencia que estos últimos tengan parlamentos más débiles, junto con economías supuestamente más inestables. Por lo tanto, la desigualdad económica puede afectar al funcionamiento de las instituciones nacionales y el peligro de que haya parlamentos de «segunda clase» dentro de la UE (Fabbrini, 2016).

La forma en que el proceso de toma de decisiones ha evolucionado a nivel europeo apenas compensa tales deficiencias. Cuanto más se eludiera el proceso de toma de decisiones europeo durante la crisis, más renunciaban los Estados miembros a las garantías que ofrece el proceso decisorio europeo para proteger a las minorías. Y en este contexto, la «minoría» relevante estaría constituida por el grupo de países más pequeños y/o más pobres (Dawson, De Witte, 2013, 818), donde los parlamentos quedaron marginados durante la crisis y la centralización de la coordinación de la UE convergió hacia unos pocos actores, como se muestra en este texto.

Sin embargo, después de que los años más graves de la crisis han pasado, existen instrumentos jurídicos y constitucionales, tanto a nivel nacional como europeo, que pueden fomentar una recuperación de funciones e influencia por parte de los parlamentos, aunque no necesariamente por igual en todos los Estados miembros (Goldoni, 2018; Fasone, 2015). Investigaciones futuras tendrán que evaluar en qué medida la división entre los países ricos/acreedores y los países pobres/deudores ha llevado a una diferenciación permanente entre el grado de autonomía y el funcionamiento concreto de las instituciones a nivel nacional según su situación económica y financiera.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAVANTINOY LEONIDI, G. (2015), *L'impatto della crisi economica sul sistema costituzionale della Repubblica di Grecia*, en Balaguer Callejón, F. *et al.* (eds), *The Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 335 ss.
- AUEL, K.; HÖING, O. (2013), *Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis*, *SIEPS European Policy Analysis*, [https://irihs.ihs.ac.at/id/eprint/2435/1/2013\\_19epaSIEPS.pdf](https://irihs.ihs.ac.at/id/eprint/2435/1/2013_19epaSIEPS.pdf), pp. 1 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013), *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 19, pp. 449 ss.

- BARAGGIA, A. (2015), Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle?, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, n. 2, pp. 268 ss.
- BENZ, A. (2013), An Asymmetric Two-level Game. Parliaments in the Euro Crisis, en Crum, B.; Fossum, J. E. (eds), *Practices of Interparliamentary Coordination in International Politics: the European Union and Beyond*, ECPR, London, pp. 125 ss.
- CARTABIA, M., LUPO, N., SIMONCINI, A. (eds) (2013), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Il Mulino, Bologna.
- CIOLLI, I. (2012), I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio, Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1.
- (2018), *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli.
- CONTIADES, X. (ed.) (2013), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A comparative Analysis*, Ashgate, Farnham.
- CONTIADES, X.; TASSOPOULOS, I. A. (2013), The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution, en Id. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, pp. 195 ss.
- COSTATO, L., ROSSI, L. S., BORGHINI, P. (eds) (2015), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea"*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DAWSON, M.; DE WITTE, F. (2013), Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, *Modern Law Review*, vol. 76, n. 5, pp. 817 ss.
- DELLA CANANEA, G. (2000), *Italy*, en Kassim, H., Peters, G., Wright V. (eds.) (2000), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, OUP, Oxford, pp. 99 ss.
- FABBRINI, F. (2016), *Economic Governance in Europe. Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, OUP, Oxford.
- FASONE, C. (2015), National Parliaments in the Eurozone crisis: challenges and opportunities, *Torunskie Studia Polsko-Wloskie – Studi Polacco-Italiani di Torun*, <http://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/TSP-W/article/view/TSP-W.2015.001>.
- FRANCHINI, C. (1991), L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, pp. 775 ss.
- FRONTINI, A., LLAUDES, S., MOLINA, I., SORROZA, C. (2015), Spain and Italy: The «Europeanization» Strategies of Two Middle Powers, en Balfour, R., Carta, C., Raik, K. (eds), *The European External Action Service and National Foreign Ministries. Convergence or Divergence?*, Routledge, Abingdon.

- GOETZ, K. H.; MEYER-SAHLING, J. H. (2008), The Europeanisation of National Political Systems: Parliaments and Executives, *Living Reviews in European Governance*, vol. 3, n. 2, pp. 4 ss.
- GOLDONI, M. (2018), National Parliaments after the Euro Crisis: Resignation, Adaptation, and Reaction, *Politique européenne*, vol. 59, n. 1, pp. 218 ss.
- GRASSO, G. (2012), *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- GROPPI, T., SPIGNO, I., VIZIOLI, N. (2013), The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy, en Contiades, X. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, pp. 89 ss.
- HARMSSEN, R. (1999), The Europeanization of National Administrations: A Comparative Study of France and the Netherlands, *Governance*, vol. 12, n. 1, pp. 84 ss.
- HÖING, O. (2013), Differentiation of Parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis, en Cartabia, M., Lupo, N., Simoncini, A. (eds), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Il Mulino, Bologna.
- KASSIM, H. (2015), The National Coordination of EU Policy, en Magone, J. (ed.), *Routledge Handbook of European Politics*, Routledge, Abingdon, pp. 686 ss.
- KASSIM, H., PETERS, G., WRIGHT V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, OUP, Oxford.
- KJAER, P. F., TEUBNER, G., FEBBRAJO, A. (eds) (2011), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford.
- LAFFAN, B. (2018), EU coordination in Ireland: Centralization to master the crisis, en Ragone, S. (ed.). *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, Routledge, Abingdon, pp. 39 ss.
- LUPO, N. (2013), National and Regional Parliaments in the EU decision-making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis, *Perspectives of Federalism*, vol. 5, n. 2, pp. 1 ss.
- (2014), Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione «composita» dell'UE: le diverse letture possibili, en Ciancio, A. (ed.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, pp. 365 ss.
- (2018), Il governo italiano, en *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 915 ss.
- MACHADO, J. E. M. (2013), The sovereignty debt crisis and the Constitution's negative outlook: a Portuguese preliminary assessment, en Contiades, X. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis, A comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, pp. 219 ss.
- MAGONE, J. (2016), Portugal as the «good pupil» of the European Union. Living under the regime of the Troika, en Id., Laffan, B., Schewiger, C. (eds), *Core-Peri-*

- phery Relations in the European Union. Power and Conflict in a Dualist Political Economy*, Routledge, Abingdon, pp. 179 ss.
- MAGONE, J. (2018), EU coordination in Portugal: Continuity and flexibility in a Troika regime, en Ragone, S. (ed.), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, Routledge, Abingdon, pp. 55 ss.
- MOAVERO MILANESI, E.; PICCIRILLI, G. (eds.) (2018), *Attuare il diritto dell'Unione Europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Cacucci, Bari.
- MORGAN, D. G. (2013), The Constitution and the Financial Crisis in Ireland, en Contiades, X. (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A comparative Analysis*, Ashgate, Farnham.
- PASQUINO, G. (2015), Governments in European Politics, en Magone, J. (ed.), *Routledge Handbook of European Politics*, Routledge, Abingdon, pp. 295 ss.
- PEGASIOU, A. (2018), EU coordination in Cyprus: The limits of Europeanization in times of crisis, en Ragone, S. (ed.) (2018), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*. Routledge, Abingdon, pp. 83 ss.
- PERNICE, I. (2017), Financial Crisis, National Parliaments, and the Reform of the Economic and Monetary Union, en Jancic, D. (ed.), *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis. Resilience or Resignation?* OUP, Oxford, pp. 115 ss.
- PINELLI, C. (2016), Il doppio cappello dei Governi fra stati e Unione Europea, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, n. 3, pp. 639 ss.
- PUNTSCHER RIEKMANN, S. WYDRA, D. (2013), Representation in the European State of Emergency: Parliaments against Governments?, *Journal of European Integration*, vol. 35, n. 5, pp. 565 ss.
- RAGONE, S. (2013), Coordinación de las políticas europeas y transformaciones estructurales de los Ejecutivos nacionales (el caso italiano en perspectiva comparada), *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 12, pp. 1 ss.
- (2014), La coordinación gubernamental de las políticas europeas. Un análisis de derecho comparado sobre los miembros fundadores, *Estudios de Deusto*, vol. 62, n. 1, pp. 213 ss.
- (2015), La incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre parlamentos y gobiernos nacionales, en Balaguer Callejón, F. et al. (eds). *The Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 527 ss.
- (2018), EU coordination in Italy: (predominantly) internally driven changes in times of crisis, en Ragone, S. (ed.), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, Routledge, Abingdon, pp. 107 ss.
- (ed.) (2018), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, Routledge, Abingdon.

- RIVOSACCHI, G. (2012), Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3.
- SALTARI, L. (2013), Il sistema di coordinamento, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, pp. 475 ss.
- SAVINO, M. (2008), L'amministrazione nazionale e l'Europa: l'eterna rincorsa, en Fiorentino, L. et al. (eds), *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, pp. 123 ss.
- SPANOU, C. (2018), EU coordination in Greece: "forced" Europeanization under the MoU? en Ragone, S. (ed.), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*. Routledge, Abingdon, pp. 13 ss.
- TUORI, K. (2013), *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, CUP, Cambridge.

# **I CONCETTI DI IDENTITÀ NAZIONALE E IDENTITÀ COSTITUZIONALE NEL DIALOGO SIMULATO TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE COSTITUZIONALE**

FIAMMETTA SALMONI\*

Università degli Studi Guglielmo Marconi

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il concetto di identità costituzionale: limite interno o controlimite esterno? 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo tentativo di dare un contenuto al concetto di identità nazionale. 4. La giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco e la differenza tra il concetto di identità costituzionale e quello di identità nazionale contenuto nel TUE. 5. Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale. La dinamica del dialogo simulato tra le Corti e gli strumenti concettuali usati per tentare di affermare la centralità del proprio ruolo. 6. L'elaborazione del concetto di identità costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. 7. Conclusioni. L'accentramento del sindacato sull'identità costituzionale e il pericolo della deriva antieuropeista. 8. Riferimenti bibliografici.

---

\* Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico.

## 1. INTRODUZIONE

Negli ultimi anni il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento eurounitario ha conosciuto uno sviluppo importante a seguito dell'intensificarsi del confronto tra Corte di giustizia e Corti costituzionali degli Stati membri. Ciò è accaduto, in particolare, riguardo ai concetti di identità nazionale e di identità costituzionale, rispettivamente di derivazione sovranazionale e statale. L'obiettivo di questo scritto è quello di verificare lo stato dell'arte ed eventualmente tentare di comprendere quali potrebbero essere le future evoluzioni.

## 2. IL CONCETTO DI IDENTITÀ COSTITUZIONALE: LIMITE INTERNO O CONTROLIMITE ESTERNO?

L'importanza dell'art. 4.2 TUE – ai sensi del quale, come noto, *l'Unione rispetta l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri* –, non è sfuggita a chi, in dottrina, ha giustamente sottolineato come esso contenga «un principio spendibile interamente sul piano giuridico», giacché l'identità nazionale cui fa riferimento ha «un suo nucleo giuridicamente afferrabile ed è costituito dalle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali», cosicché «il diritto europeo, pur prevalendo su tutto il diritto interno degli Stati membri, si arresterebbe sempre di fronte ai principi inviolabili di ogni ordinamento costituzionale» (Cartabia, 2005, 185 ss.).

Il diritto eurounitario, in sostanza, godrebbe di una sorta di primato sì, ma con riserva, in forza del quale la sua primazia sul diritto degli ordinamenti degli Stati membri dovrebbe arrestarsi di fronte ai principi supremi sanciti nelle loro Carte costituzionali.

Nell'art. 4.2 TUE, cioè, risiederebbe un vero e proprio superamento del «primato assoluto» (sostenuto, per anni, in via pretoria, dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo), ed una contestuale incorporazione al livello normativo più alto – quello dei Trattati –, della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali che hanno consentito alle limitazioni della sovranità statuale in favore dell'UE solo a condizione che non fossero violati i propri principi fondamentali e diritti inviolabili (Guastaferro, 2011, 1).

Partendo da tale premessa, tuttavia, le posizioni della dottrina si sono poi sostanzialmente distanziate dando luogo, in sintesi, a due diverse ricostruzioni interpretative.

Da una parte, infatti, vi sono coloro che hanno sostenuto che, in questo modo, i principi e i diritti fondamentali degli Stati membri non si configurerebbero più soltanto come un limite fissato dai loro ordinamenti costituzionali da opporre al diritto sovranazionale, ma sarebbero diventati un limite che opera dall'interno dello stesso ordinamento europeo (Groppi, 2005, 5) e, quindi, «attraverso il rimando alla struttura costituzionale, l'ordinamento europeo avrebbe (ha) riconosciuto per la prima volta la teoria dei controlimiti» (Vecchio, 2012, 82), realizzando, di fatto, una loro europeizzazione<sup>1</sup>.

Dall'altra, coloro secondo i quali solo apparentemente «la questione dei controlimiti potrebbe dirsi risolta in ragione degli artt. 4.2 e 6.3 del Trattato sull'Unione Europea, che avrebbero incorporato i controlimiti nel diritto eurounitario, trasformandoli da controlimiti esterni in semplici limiti interni (all'ordinamento dell'Unione)» (Luciani, 2017a, 72).

Tale ricostruzione, secondo questa dottrina, non rappresenterebbe altro che «un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa», il che comporterebbe un vero e proprio snaturamento della teoria dei controlimiti perché «l'ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto (...) pretenderebbe d'esserne il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*» (Ibidem).

### 3. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E IL SUO TENTATIVO DI DEFINIRE IL CONTENUTO DEL CONCETTO DI IDENTITÀ NAZIONALE

In effetti, la Corte di giustizia sembrerebbe essersi mossa proprio in questa direzione, *cercando di definire il contenuto del concetto di identità nazionale*, determinando, *da una parte*, quali sono i diritti e i principi che vi rientrano; *dall'altra*, quali quelli che ne sono esclusi.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo, la pronuncia sul caso *Sayn-Wittgenstein*, nella quale il giudice sovranazionale ha affermato che «a norma dell'art. 4, n. 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, nella quale è inclusa anche *la forma repubblicana* dello Stato»<sup>2</sup>, da cui

<sup>1</sup> RUGGERI (2006, 827 ss.). Per approfondimenti, BALAGUER CALLEJÓN (2006); FARAGUNA (2011, 437 ss.); MARTINI (2018, 1 ss.); POLLICINO (2016, 98); CHESSA (2018, 6).

<sup>2</sup> Il corsivo è di chi scrive. CGUE, sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, punto 90. Si veda anche CGUE, sent. 21 dicembre 2016, causa C-51/15, *Remondis*, punti 40 e 41, in ma-

discende il principio di eguaglianza e che, quindi, *una legge di uno Stato membro che si qualifichi come «elemento dell'identità nazionale» può a pieno titolo «entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto» dell'Unione*<sup>3</sup>.

In questo caso, come è evidente, la Corte di giustizia ha ricostruito, come paventato, il disposto dell'art. 4.2 TUE non già come *controlimite esterno* all'applicazione del diritto europolitico, da far valere ad opera delle Corti costituzionali nazionali, bensì come *limite interno* da far entrare nel bilanciamento tra diritti e principi europei e nazionali, al cui controllo è essa stessa preposta<sup>4</sup>.

Tale impostazione è confermata anche da quella giurisprudenza nella quale il giudice di Lussemburgo ha indicato che la *tutela della o delle lingue ufficiali* degli Stati membri rientra nel concetto di identità nazionale, ma che ciononostante *non giustifica una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato*, quale il diritto alla libera circolazione dei lavoratori o il diritto di stabilimento<sup>5</sup>.

Analogamente, *l'istituto del matrimonio* «quale unione tra un uomo e una donna, tutelata in alcuni Stati membri da norme di rango costituzionale», *pur insistendo nel concetto di identità nazionale*, non può limitare l'esercizio dei

---

teria di appalti pubblici, dove la Corte di Lussemburgo ha affermato che sia la ripartizione delle competenze all'interno di uno Stato membro, sia la loro riorganizzazione, godono «della tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, che obbliga l'Unione a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali», a condizione però che l'autorità pubblica competente eserciti la competenza in maniera autonoma e sotto la propria responsabilità (punto 51). In termini, CGUE, sent. 12 giugno 2014, causa C-156/13, *Digibet e Albers*, punto 34.

<sup>3</sup> CGUE, sent. causa C-208/09, *cit.*, punto 83. In termini, CGUE, sent. 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, punti 86 e 87; sent. 24 maggio 2011, causa C-51/08, *Commissione et al.*, punto 124.

<sup>4</sup> In dottrina, con posizioni analoghe, POLLICINO (2015, 255); GUASTAFERRO (2011, 3); DI SALVATORE (2011, 437). In giurisprudenza, cfr., da ultimo, CGUE sent. 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman et al.*, punti 42 e 43; sent. 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, punto 73 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>5</sup> CGUE, sent. 16 aprile 2013, causa C-202/11, *Las*, punti 26, 28 e 33; sent., *Runevič-Vardyn*, 12 maggio 2011, *cit.*, punto 86; sent., *Commissione et al.*, 24 maggio 2011, *cit.*, punto 124; sent. 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, dove, con riferimento al settore dell'insegnamento, il governo lussemburghese aveva sostenuto che «la cittadinanza lussemburghese degli insegnanti è necessaria per garantire la trasmissione dei valori tradizionali e costituisce quindi (...) una condizione essenziale di salvaguardia dell'identità nazionale», che non potrebbe essere preservata se la maggior parte del corpo insegnante fosse costituita da cittadini comunitari non lussemburghesi (punto 32). A tale argomentazione, tuttavia, la Corte di giustizia ha risposto che «la salvaguardia dell'identità nazionale non può giustificare l'esclusione dei cittadini degli altri Stati membri dal complesso dei posti di un settore come quello dell'insegnamento, ad eccezione di quelli che effettivamente presuppongono una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche» (punto 36).

diritti conferiti dal diritto dell'Unione e, quindi, *non può impedire la libera circolazione delle persone*<sup>6</sup>.

Stessa cosa per la *ripartizione di competenze* tra gli enti territoriali degli Stati membri, che pur facendo sicuramente parte della loro identità nazionale, deve soccombere di fronte ad eventi pregiudizievoli per il bilancio dell'Unione<sup>7</sup>.

In tutti questi casi, la giurisprudenza sovranazionale ha definito quali siano i diritti e i principi che fanno parte dell'identità nazionale degli Stati membri, per poi bilanciarli con i diritti e i principi eurounitari ad esclusivo vantaggio di questi ultimi.

Sotto il secondo profilo, vengono in rilievo quei diritti e principi che la Corte di giustizia ha *escluso* dal concetto di identità nazionale, sebbene fossero stati ricostruiti dalle giurisprudenze costituzionali degli Stati membri come caratterizzanti la loro identità costituzionale.

Ciò è accaduto, ad esempio, nella causa *Torresi*, dove era in discussione il *diritto ad esercitare una professione* il cui accesso era subordinato al superamento di un esame di Stato, che, secondo il giudice europeo, *non fa parte dell'identità nazionale della Repubblica italiana*, pur essendo previsto dall'art. 33, comma 5, Cost., in quanto la sua violazione non sarebbe «comunque tale da incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro (...) ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE»<sup>8</sup>.

È evidente che, in questo modo, la Corte di giustizia ha posto in essere una giurisprudenza mirata proprio alla *neutralizzazione* dei controlimiti invocati dalle varie Corti costituzionali nazionali, sindacando il merito della locuzione «identità costituzionale» ed effettuando dei tentativi di ricostruzione

<sup>6</sup> CGUE, sent. *Coman*, 5 giugno 2018, *cit.*, punti da 42 a 46.

<sup>7</sup> CGUE, sent. 4 marzo 2004, causa C-344/01, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, punto 77.

<sup>8</sup> CGUE, sent. 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, nella quale a fronte della posizione del Consiglio Nazionale Forense, che sosteneva «che l'articolo 3 della direttiva 98/5, consentendo ai cittadini italiani che ottengano il loro titolo professionale di avvocato in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana di esercitare la loro professione nella Repubblica italiana, abbia l'effetto di aggirare l'articolo 33, paragrafo 5, della Costituzione italiana, che subordina l'accesso alla professione di avvocato al superamento di un esame di Stato. Di conseguenza, tale disposizione del diritto derivato dell'Unione, dal momento che consentirebbe di aggirare una normativa che fa parte dell'identità nazionale italiana, violerebbe l'articolo 4, paragrafo 2, TUE e dovrebbe pertanto essere considerata invalida» (punto 55), ha risposto che «l'articolo 3 della direttiva 98/5 riguarda unicamente il diritto di stabilirsi in uno Stato membro per esercitarvi la professione di avvocato con il titolo professionale ottenuto nello Stato membro di origine» (punto 56) e che, comunque, non è «tale da incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE» (punto 58). In questo caso, quindi, la Corte di giustizia ha escluso che possa farsi valere il concetto di identità nazionale per far prevalere il diritto di stabilimento.

di tale concetto *européisticamente* orientati, facendolo coincidere con quello di identità nazionale previsto dall'art. 4.2 TUE (Vecchio, 2011, 1 ss.).

Quando, poi, non è stato possibile effettuare tale ricostruzione (né includendo, né escludendo dal concetto di identità nazionale *ex art. 4.2 TUE* i diritti e/o i principi caratterizzanti l'identità costituzionale di uno Stato membro), il giudice lussemburghese ha optato per una *terza via*, affermando perentoriamente, come nella notissima sent. Melloni, che la tutela dei diritti fondamentali prevista dalle Costituzioni degli Stati membri *non* può mai compromettere «il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»<sup>9</sup>.

Pertanto, il concetto di identità costituzionale può sì «fondare restrizioni alle libertà garantite dai Trattati», ma gli effetti di queste restrizioni «non possono mai condurre a una violazione dei diritti garantiti dalla Carta» di Nizza-Strasburgo (Fraguna, 2018, 714).

Di conseguenza, i diritti fondamentali «del sistema sovranazionale si ergono (...) a nucleo ancor più duro del nucleo duro degli ordinamenti costituzionali nazionali» (Ibidem). Essi, insomma, secondo questa ricostruzione, si configurerebbero come dei veri e propri *controlimiti ai controlimiti* elaborati dalle Corti costituzionali nazionali (Torre, 2019).

#### 4. LA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO E LA DIFFERENZA TRA IL CONCETTO DI IDENTITÀ COSTITUZIONALE E QUELLO DI IDENTITÀ NAZIONALE CONTENUTO NEL TUE

Si è così verificata proprio quella *contradictio in adiecto* giustamente criticata dalla dottrina poc' anzi citata, in forza della quale la Corte di giustizia si è attribuita la competenza ad interpretare, *ex art. 4.2 TUE*, cosa debba intendersi per *identità costituzionale degli Stati membri*.

---

<sup>9</sup> CGUE, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 60. La Corte di giustizia ha qui accolto tutte le argomentazioni dell'avv. generale Bot, che ha perentoriamente (e discutibilmente) affermato che l'identità costituzionale «fa certamente parte dell'identità nazionale degli Stati membri», ma che non si deve «confondere ciò che rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale o, più in particolare, dell'identità costituzionale di uno Stato membro. Si tratta certamente, nel caso di specie, di un diritto fondamentale protetto dalla Costituzione spagnola la cui importanza non può essere sottovalutata, ma questo non significa per ciò stesso che debba essere presa in considerazione l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE». Cfr., *Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot*, presentate il 2 ottobre 2012, rispettivamente punto 137 e punto 142.

Una presa di posizione *forte*, da parte di quella dottrina, che se, da una parte, nega energicamente l'europeizzazione dei controlimiti, dall'altra non disconosce affatto la valenza dell'art. 4.2 TUE, auspicandone, però, giustamente, un'interpretazione «costituzionalmente orientata», giacché l'identità costituzionale che l'Unione deve rispettare dovrebbe essere «solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce» (Luciani, 2017a, 72).

Che, poi, è ciò che è stato fatto dal Tribunale di Karlsruhe, nella famosissima sentenza *Lisbona*<sup>10</sup> e, soprattutto, nel successivo rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>11</sup>, effettuato dal giudice delle leggi tedesco nell'ambito della nota questione sulle *OMT*<sup>12</sup>.

In questa celeberrima ordinanza, invero, il BVerfG ha avuto modo di affermare con chiarezza adamantina (e in totale contrasto con la CGUE) che «poiché l'art. 79, par. 3, GG, stabilisce un «limite insuperabile» all'applicabilità dell'ordinamento eurounitario all'interno di quello tedesco, i principi ivi previsti non possono essere oggetto di bilanciamento»<sup>13</sup>.

Il controllo sull'identità costituzionale effettuato dal Tribunale costituzionale federale tedesco, infatti, «è fondamentalmente diverso dal controllo di cui all'art. 4.2 TUE, posto in essere dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea» e l'art. 4.2 TUE obbliga le Istituzioni dell'Unione Europea a rispettare le identità nazionali, basandosi «su un concetto di identità nazionale che non corrisponde al concetto di identità costituzionale ai sensi dell'art. 79, par. 3, GG, ma va ben oltre»<sup>14</sup>.

La CGUE, cioè, si preoccupa di proteggere l'identità nazionale, *ex art. 4.2 TUE* perché essa rappresenta un «*obiettivo legittimo*» che deve essere preso in considerazione quando legittimi interessi sono bilanciati con i diritti confe-

<sup>10</sup> 2 BvE 2/08, cit., par. 240. Sul punto, *contra*, GUASTAFERRO (2011, 3).

<sup>11</sup> Si veda anche il secondo rinvio pregiudiziale presentato con decisione del 18 luglio 2017 (pervenuta alla Corte lussemburghese il 15 agosto 2017), dal Tribunale costituzionale federale tedesco, per chiedere se il programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari lanciato dalla BCE (il c.d. *Public Sector Asset Purchase Programme*, che costituisce uno dei quattro sottoprogrammi del programma ampliato di acquisti di attività, il c.d. *Expanded Asset Purchase Programme* previsto dalla BCE per fare fronte alla crisi finanziaria internazionale) fosse o meno in contrasto con il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri previsto all'articolo 123 TFUE ed il principio di attribuzione delle competenze previsto all'articolo 5, paragrafo 1, TUE, in combinato disposto con gli articoli 119 e 127 TFUE. Secondo il BVerfG, peraltro, le decisioni relative al PSPP violerebbero anche il principio democratico sancito nella Costituzione tedesca pregiudicando, pertanto, l'identità costituzionale tedesca. Su di esso, cfr. le *Conclusioni* presentate dall'Avv. gen. Wathelet il 4 ottobre 2018, *Weiss et al.*, causa C-493/17.

<sup>12</sup> 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

<sup>13</sup> 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, cit., par. 29.

<sup>14</sup> 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, cit., par. 29.

*riti dal diritto dell'Unione»*<sup>15</sup>. Ma proprio per questa ragione, il rispetto dell'identità nazionale disciplinato dall'art. 4.2 TUE *non soddisfa i requisiti per la tutela del contenuto essenziale* richiesti dalla Legge fondamentale tedesca ai sensi dell'art. 79.3 GG, *i cui diritti non possono mai essere oggetto di bilanciamento e la cui protezione spetta in via esclusiva al Tribunale costituzionale federale*<sup>16</sup>.

Una conclusione chiarissima, questa, che, diversamente da quanto potrebbe apparire, non si pone affatto in antitesi con quanto sostenuto nella successiva sentenza definitiva sempre sul caso *OMT*<sup>17</sup>, dove si esplicita che il controllo effettuato dal BVerfG sulla tutela dell'identità costituzionale tedesca è legittimo essendo in una qualche misura «enunciato, nella sua sostanza, dall'art. 4.2 TUE»<sup>18</sup>.

Quest'ultima affermazione, come detto, non deve trarre in inganno, perché, attraverso tale riconoscimento, il Tribunale di Karlsruhe non ha inteso affatto abdicare al proprio compito di controllare le eventuali violazioni dell'identità costituzionale tedesca, tutt'altro (né avrebbe potuto farlo, anche volendolo, proprio in forza di quanto esplicitato in maniera nettissima nella sua precedente giurisprudenza e nella c.d. *clausola di eternità* contemplata dall'art. 79.3 GG, che contiene il presupposto dell'intangibilità dell'impianto generale della Legge fondamentale).

Con un'accorta e raffinata argomentazione, infatti, il BVerfG dopo aver affermato che l'identità costituzionale tedesca ha un suo significativo incardinamento costituzionale, rinvenendo, nel combinato disposto degli artt. 1, 20, 23 e 79 GG, il proprio contenuto tipico, conclude dichiarando che quando il Trattato di Lisbona fa riferimento al concetto di *identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri*, nella sua sostanza, non fa altro che *rispettare la sovranità statale*, riconoscendo altresì che le Costituzioni degli Stati membri hanno un loro nucleo essenziale *preesistente* al diritto dell'Unione, che, proprio per questo, *può essere identificato esclusivamente dalle loro Corti costituzionali*<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, *cit.*, par. 29.

<sup>16</sup> 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, *cit.*, par. 29.

<sup>17</sup> Prima di questa sentenza, il Tribunale costituzionale federale aveva emesso la sent. *Mangoldt/Honeywell*, 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010, nella quale aveva affermato che da quel momento in poi prima di attivare i controllimiti si sarebbe dovuto permettere alla CGUE di pronunciarsi (la c.d. *europarechtsfreundlich*).

<sup>18</sup> Così, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016, par. 140. Sembra attribuirgli un significato diverso FARA-GUNA (2016), 431 ss.

<sup>19</sup> Così, 2 BvE 2/08, *cit.*, par. 153, che aggiunge «il rispetto della sovranità statale trova (troverebbe) chiara espressione nel riconoscimento esplicito del rispetto dell'identità nazionale di cui all'art. 4

Ed ecco che la sentenza *OMT* si risintonizza con la precedente giurisprudenza costituzionale tedesca, ponendosi nel solco di quanto già più volte asserito dal BVerfG: il controllo sull'identità costituzionale, in Germania, spetta solo ed esclusivamente al Tribunale costituzionale federale ed il controllo sull'identità nazionale, che ai sensi del TUE spetta alla CGUE, non serve ad altro che a riconoscere un qualcosa che già esiste, perché precedente all'Unione Europea<sup>20</sup>.

Da qui, l'operazione, effettuata dal giudice delle leggi tedesco, di affiancamento al controllo sull'identità costituzionale tedesca dei c.d. atti *ultra vires* dell'Unione, il controllo, cioè, sulla competenza, in forza del quale è sempre il Tribunale di Karlsruhe che deve verificare che l'UE non eserciti competenze ulteriori rispetto a quelle ad essa spettanti in forza dei Trattati, lesive delle competenze statali, lesive, quindi, dei processi costituzionali e dei principi che integrano l'identità costituzionale della Germania, *in primis*, il principio democratico.

Proprio per questo, «siccome questi controlli *ultra vires* di identità possono avere, come conseguenza, l'inapplicabilità in Germania di atti dell'Unione (...) per assicurare che non si disintegri l'ordinamento europeo e che permanga salvaguardato nei limiti del possibile il principio di unità dell'ordinamento europeo, questo tipo di controllo deve spettare in Germania esclusivamente al Tribunale costituzionale» e non ai giudici comuni<sup>21</sup>.

È, quindi, per salvaguardare l'unità dell'ordinamento europeo, che tale controllo deve rimanere in capo al Tribunale costituzionale federale, al punto che sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale creasse «un ulteriore procedimento di giurisdizione costituzionale, ritagliato specificamente sul controllo *ultra vires* e sul controllo d'identità (costituzionale), per assicurare l'obbligo degli organi tedeschi di disapplicare, in singoli casi e in Germania, atti di diritto dell'Unione *ultra vires* o lesivi dell'identità»<sup>22</sup>.

---

paragrafo 2 TUE-Lisbona nonché nel diritto di recesso dell'art. 50 TUE-Lisbona» (traduzione di J. Luther).

<sup>20</sup> In dottrina, SAITTO (2016, 23 ss.), afferma che «proprio la teorizzazione della difesa dell'identità costituzionale (...) si è complicata con la decisione del gennaio 2014», quando il c.d. il parallelismo dei parametri si è rotto (*ivi* 45-46).

<sup>21</sup> «Anzi, il tribunale esprime anche l'auspicio che sia introdotto un mezzo particolare, un ricorso particolare, un mezzo di ricorso che oggi non esiste, che possa sollecitare, che possa consentire di portare dinanzi allo stesso tribunale problemi di incompetenza dell'Unione Europea, o problemi di mancato rispetto dell'identità costituzionale tedesca». Così, ANZON DEMMIG (2009, 10 del *paper*).

<sup>22</sup> 2 BvE 2/08, *cit.*, par. 241.

5. DALLE TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI ALL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE. LA DINAMICA DEL DIALOGO SIMULATO TRA LE CORTI E GLI STRUMENTI CONCETTUALI USATI PER TENTARE DI AFFERMARE LA CENTRALITÀ DEL PROPRIO RUOLO

È in questo contesto che, attraverso la clausola prevista dall'art. 4.2 del TUE, l'Unione Europea ha puntato ad avocare a sé la competenza ad individuare l'identità costituzionale degli Stati membri e a sindacare su di essa definendone il contenuto. Ciò è accaduto proprio perché la stessa è stata invocata sempre più spesso dalle Corti costituzionali nazionali in funzione di controlimite per arginare l'ingresso dell'ordinamento eurounitario negli ordinamenti nazionali.

In una qualche misura, questa situazione è paragonabile a ciò che si verificò con riguardo alle *tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri, che furono codificate nel TUE solo dopo anni di giurisprudenze costituzionali che invocavano i diritti fondamentali quali limiti all'ingresso dell'ordinamento europeo negli ordinamenti interni e solo a seguito dell'approvazione del Trattato di Maastricht prima, e di Amsterdam poi, con l'introduzione del principio del rispetto dei diritti fondamentali «quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (art. 6.2, TUE, vers. cons. 2002, ora art. 6.3, TUE)<sup>23</sup>.

Ora come allora, per la Corte di giustizia era assolutamente impensabile ammettere di poter utilizzare un parametro esterno, le Costituzioni degli Stati membri, per effettuare il controllo sulla validità degli atti eurounitari perché ciò avrebbe significato sacrificare la libertà di azione delle Istituzioni europee e l'autonomia e prevalenza dell'ordinamento dell'Unione rispetto a quello degli Stati membri.

Dal canto loro, le Corti costituzionali nazionali, private dell'arma della tutela dei diritti fondamentali da brandire quale controlimite alle limitazioni di sovranità imposte agli Stati membri dalla loro adesione all'Unione Europea, hanno cominciato ad utilizzare il concetto di «identità costituzionale» con lo

---

<sup>23</sup> SALMONI (2003) POLIMENI (2018, 19 ss). Sulle tradizioni costituzionali comuni, *ex multis*, SALLERNO (2014, 106 ss.); DE VERGOTTINI (2006, 1 ss. del *paper*).

scopo di mantenere il proprio ordinamento giuridico *autonomo e distinto (anchorché coordinato e comunicante)*, da quello europeo<sup>24</sup>.

Insomma, l'identità costituzionale ha cominciato ad affermarsi sempre di più in nome di quell'approccio dualistico mai del tutto abbandonato da parte dei giudici delle leggi nazionali, in aperto contrasto con la tesi monista da sempre sostenuta dal giudice lussemburghese.

Ciò ha prodotto due risultati, entrambi fondamentali per le Corti statali.

Da una parte, infatti, il giudizio sugli atti sovranazionali si è spostato dal piano, ormai angusto, dei diritti fondamentali a quello dell'identità costituzionale, un concetto *in fieri*, dunque, che include certamente anche la tutela dei diritti fondamentali, ma pure, in un senso ben più ampio, la struttura fondante degli ordinamenti statali, i principi fondamentali che ne hanno conformato l'assetto e le scelte di valore sottese alle Costituzioni adottate dagli Stati membri.

Dall'altra, ha riportato al centro dell'agone il ruolo delle Corti costituzionali, nuovamente interpreti del processo di integrazione europeo, disinnescando sia il primato della Corte di giustizia, sia il protagonismo dei giudici comuni, che in presenza di fonti europee munite di efficacia diretta, avevano ormai assunto un ruolo privilegiato nei rapporti con il giudice lussemburghese<sup>25</sup>.

Un interprete unico che, sulla base di un accentramento che rimette in discussione tutta l'impalcatura costituzionale elaborata attraverso decenni di giurisprudenza consolidata, diventa, invero, necessario, per evitare che ogni giudice possa attribuire significati diversi a un concetto che deve, invece, fungere da faro per il corretto andamento dei rapporti interordinamentali.

Così, a fronte di tale nuovo motivo di resistenza alla penetrazione del diritto europeo all'interno degli ordinamenti statali, la Corte di giustizia non ha potuto far altro che cercare di equiparare l'identità nazionale, contenuta nell'art. 4.2 TUE, all'identità costituzionale invocata dagli Stati membri, tentando di neutralizzare il controlimite rappresentato da quest'ultima, che, tuttavia, alla luce di quanto sin qui esaminato, non può che essere ricostruito attraverso l'opera esegetica delle Corti costituzionali nazionali, proprio come affermato dal Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Secondo la notissima definizione stabilita dalla Corte costituzionale nelle sentt. nn. 183/1973; 232/1975; 170/1984; 232/1989; 168/1991; 41/2000; 125/2009; 86/2012; nonché, da ultimo, nella recente sent. 5 luglio 2018, n. 142, punto 4.4, cons. dir.

<sup>25</sup> Per approfondimenti, D'AMICO (2018, 235 ss.); BARBERA (2017, 8-9).

<sup>26</sup> *Contra* RUGGERI (2018, 12).

## 6. L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI IDENTITÀ COSTITUZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

In questo senso, anche la Consulta, sebbene in maniera non del tutto esaustiva, ha avuto modo di affermare che l'ordinamento italiano è orientato all'apertura nei confronti delle norme di altri ordinamenti, *a condizione che non si violino «i limiti necessari a garantirne l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione»*<sup>27</sup>, specificando che nel caso «delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni», tali limiti consistono nei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e nei «diritti inalienabili della persona»<sup>28</sup>.

In maniera non del tutto esaustiva perché da tale affermazione non è poi stata operata alcuna ulteriore estrapolazione speculativa in grado di indicare la strada agli interpreti e agli studiosi sul contenuto tipico del concetto di identità costituzionale, con la conseguenza che «la dottrina ne ha ricavato, sì, il significato di un baluardo a tutela del nucleo, per così dire, duro della Costituzione, ma anche il suo carattere prevalentemente astratto e teorico, difficilmente destinato a tradursi in concreto» (Panizza, 2016, 12-13).

Una posizione, quest'ultima, ribadita, in maniera significativa, anche nella notissima ord. n. 24 del 2017, dove il giudice delle leggi ha affermato che, proprio in forza dell'art. 4.2 del TUE, l'ordinamento europeo deve avere la capacità di includere quel «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro»<sup>29</sup>.

Infatti, poiché i rapporti tra Unione e Stati membri «sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza», non vi sarebbe alcun rispetto da parte dell'Unione Europea «se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro»<sup>30</sup>. Altrimenti, aggiunge la Corte, i «Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri»<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Il corsivo è di chi scrive.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. 22 marzo 2001, n. 73, punto 3.1, cons. dir.; nonché, sent. 238 del 2014, punto 1, cons. dir.

<sup>29</sup> Così, Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, punto 6.

<sup>30</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 6.

<sup>31</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 6.

Ne consegue che «il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale»<sup>32</sup>.

La Corte di giustizia, dunque, deve «definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione», ma senza «essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascun Stato membro»<sup>33</sup>. Il diritto europeo<sup>34</sup>, infatti, è applicabile all'interno degli ordinamenti degli Stati membri solo se compatibile con la loro identità costituzionale<sup>35</sup>.

Di conseguenza, il giudice di Lussemburgo deve «stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza (da parte della normativa europea, *nda*) dei principi supremi dell'ordinamento nazionale», un compito, questo, che, in Italia, compete alla Corte costituzionale<sup>36</sup>.

Secondo la Consulta, insomma, le norme del diritto eurounitario sono direttamente applicabili all'interno del nostro ordinamento solo se sono compatibili «con l'identità costituzionale dello Stato membro», spettando alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione<sup>37</sup>.

Un concetto, quest'ultimo, ribadito anche nella successiva sent. 115 del 2018<sup>38</sup>, dove il giudice delle leggi ha altresì affermato categoricamente

<sup>32</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 6.

<sup>33</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 6.

<sup>34</sup> Anche quello *self executing*.

<sup>35</sup> Così, ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 7.

<sup>36</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 6. Sembra così risolto il dubbio avanzato in dottrina da CARTABIA (2005, 13), che affermava: «Resta una insidia, acutamente percepita da taluno, che potrebbe neutralizzare in gran parte i punti di vantaggio conquistati dalle Costituzioni nazionali grazie all'art. I-5 del Trattato costituzionale di Roma: chi sarà l'interprete e il portavoce delle «strutture costituzionali nazionali» nell'ordinamento europeo? Tale compito sarà riconosciuto – come sembrerebbe logico – a chi negli ordinamenti nazionali svolge il ruolo di custode della Costituzione? Oppure si potrà ripetere in qualche misura la saga dei diritti fondamentali, in cui al riconoscimento delle giuste esigenze di tutela dei diritti fondamentali più volte reclamate dalle Corti nazionali, si è accompagnata una «comunitarizzazione» degli stessi ad opera della Corte di giustizia? Si può immaginare che anche in riferimento all'interpretazione delle strutture fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali la Corte di giustizia divenga l'interprete unico o ultimo o privilegiato? L'interrogativo, per quanto possa suonare paradossale, non è affatto peregrino. Se da un lato sembra contraddittorio affidare alla Corte di giustizia l'interpretazione delle identità costituzionali nazionali, d'altra parte se si concedesse ai singoli giudici nazionali il diritto all'ultima parola sui valori imprescindibili del proprio ordinamento costituzionale da opporre al primato del diritto europeo si esporrebbe l'ordinamento comunitario ad un insostenibile rischio di disgregazione».

<sup>37</sup> Così, ord. n. 24 del 2017, *cit.*, punto 7, che propone la propria interpretazione della sent. CGUE 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco, punti 53 e 55.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115. Per approfondimenti su questa sentenza, si vedano, almeno LUCIANI (2018, 1284 ss.); ROMBOLI (2018, 2226 ss.); CALVANO (2018, 1321 ss.); MASTROIANNI (2018, 2 ss.); POLIMENI (2018, 1 ss.); GUASTAFERRO (2018, 441 ss.); RUGGERI (2018c, 2 ss.).

che, come anche sostenuto dalla Corte di giustizia<sup>39</sup>, il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste *soltanto* «nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» con l'identità costituzionale, spettando unicamente alla Consulta la valutazione circa l'applicabilità o meno della norma europea nel nostro ordinamento<sup>40</sup>.

Infatti, «l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta *in via esclusiva* il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona» oppure no<sup>41</sup>.

Un'affermazione, quest'ultima, che sembra identificare l'identità costituzionale con i principi supremi/fondamentali dell'ordine costituzionale e che proprio in questo senso è stata correttamente interpretata dalla dottrina (Luciani, 2015, 89).

Certo, il concetto di *identità costituzionale* «ha una struttura internamente composita che sollecita gli operatori a problematici e non di rado sofferti bilanciamenti tra la vocazione dell'ordine interno all'apertura al diritto di origine esterna e la tendenza alla chiusura, laddove ciò sia consigliato dal principio della massimizzazione della tutela» (Ruggeri, 2017b, 85).

Sarebbe sommamente auspicabile, pertanto, chiarire in cosa esattamente consista l'identità costituzionale di uno Stato membro, atteso che non tutte le Costituzioni elencano, come fa quella tedesca, il contenuto di tale importante locuzione e considerato che, come sin qui sostenuto, le Corti costituzionali nazionali non possono rimanere estranee dall'elaborazione di questo concetto<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Corte cost., sent.n. 115 del 2018, *cit.*, punto 8, cons. dir., che richiama CGUE, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M. A. S.*, punto 59, dove si legge che spetta al giudice nazionale verificare se l'applicazione della normativa europea conduca o meno «a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano (...) incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare» le disposizioni di diritto interno.

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 115 del 2018, *cit.*, punto 8, cons. dir.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. 115 del 2018, *cit.*, punto 8, cons. dir.

<sup>42</sup> In giurisprudenza, per alcuni tentativi volti alla definizione dell'identità costituzionale italiana, si veda Corte cost. sent. 19 ottobre 2009, n. 262, punto 7.3.2.2., cons. dir., dove, pur non facendo riferimento all'ordinamento europeo, la Corte sottolinea come il principio della separazione dei poteri contribuisca «a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento». In termini, sent. 5 luglio 2018, n. 142, punto 1.3, cons. dir. Si veda altresì Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 42, punti 3.1 e 4, cons. dir., dove si legge che «il primato della lingua italiana non solo è costituzionalmente indefettibile, bensì – lungi dall'essere una formale difesa di un retaggio del passato, inidonea a cogliere i mutamenti della modernità – diventa ancor più decisivo per la perdurante trasmissione del patrimonio storico e dell'identità della Repubblica (...) vettore della storia e dell'*identità della comunità nazionale*». In termini, sentt. nn. 201/2018; 88/2011; 15/1996; 62/1992.

## 7. CONCLUSIONI. L'ACCENTRAMENTO DEL SINDACATO SULL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE E IL PERICOLO DELLA DERIVA ANTIEUROPEISTA

L'esigenza di una maggiore precisione nell'elaborazione del concetto di identità costituzionale è necessaria anche per via del ruolo che, come accennato, la Corte costituzionale sta cercando di ritagliarsi sulla sua base: quello di *interprete privilegiato del processo di integrazione europea* (cosa che ha fatto anche attraverso la notissima sent. 269 del 2017 e la più recente sent. 20 del 2019, sulle quali, tuttavia, per l'economia del presente lavoro, non ci è possibile soffermarci)<sup>43</sup>.

In assenza di una definizione univoca, infatti, qualunque giudice o operatore del diritto potrebbe legittimamente chiedersi se rientrano o meno nel suddetto concetto soltanto i principi e i diritti fondamentali oppure se possano concorrere a definirne la portata *tutti* i diritti costituzionalmente garantiti, che, insieme, rappresenterebbero il sostrato valoriale su cui si fonda tutto l'impianto democratico costituzionale.

Una domanda, questa, alla quale, alla luce di quanto sin qui osservato, non è possibile dare una risposta affermativa, prima di tutto, in virtù della stessa giurisprudenza della Consulta, atteso che da essa emerge che, finora, l'identità costituzionale è stata identificata esclusivamente con i predetti principi e diritti fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

In secondo luogo, per un motivo – più che altro – di ragionevolezza, in quanto in una siffatta ricostruzione il concetto di identità costituzionale si troverebbe ad avere delle maglie talmente larghe da potervi includere qualunque cosa. Il che potrebbe finanche portare ad una sua strumentalizzazione in chiave antieuropeistica, giacché, *ictu oculi*, se fosse vero che tutto concorre a formare l'identità costituzionale, sarebbe anche vero che tutte le norme del diritto eurounitario potrebbero essere considerate lesive dell'identità costituzionale di ogni Stato membro e quindi potenzialmente soggette ai controlimiti attivabili dalle diverse Corti costituzionali.

Per questo motivo, tale approccio sarebbe profondamente sbagliato, perché l'Europa, nella sua forma più pura, l'Europa politica, che poggia sui diritti fondamentali e sul principio di eguaglianza sostanziale, l'Europa sociale, democratica e rappresentativa, che può e deve esistere oltre i grandi interessi economici in giuoco, è il futuro e non può essere diversamente, se non a condizione di assumere una posizione isolazionista estremamente dannosa per il

---

<sup>43</sup> Corte cost., sent. 7 novembre 2017, n. 269 e sent. 21 febbraio 2019, n. 20.

nostro Paese. Se, dunque, il concetto di identità costituzionale deve avere un senso compiuto, non lo si può «sfilacciare» fino a farvi rientrare tutti i diritti riconosciuti e garantiti dalla nostra Costituzione, ma è necessario circoscrivere il campo e determinare con quanta più possibile esattezza quale ne sia l'intima caratterizzazione.

In questo modo, «depurato da qualsivoglia forma di degenerazione (populistica e antieuropeistica), il richiamo al rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri potrebbe fungere addirittura da stimolo nei confronti dell'Unione, per realizzare compiutamente gli obiettivi previsti nei Trattati, nel rispetto delle peculiarità dei singoli ordinamenti, ma sempre in una logica solidaristica, che ne rafforzi parimenti l'Unione» (Polimeni, 2017, 62).

## 8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMALFITANO, C. (2017), La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo, *Eurojus.it*.
- (2018), La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia, *Il Diritto dell'Unione Europea*.
- POLLICINO, O. (2018), Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco, *diritticomparati.it*.
- ANZON DEMMIG, A. (2009), Intervento al seminario del 19 ottobre 2009 su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- (2017), La Corte costituzionale è ferma sui «controlimiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri, *Osservatorio AIC*.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2006), Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea, relazione al Convegno *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma.
- BARBERA, A. (2017), La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, *RivistaAIC*, n. 4.
- BERNARDI, A. (2017), La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti, *Quaderni costituzionali*.
- BIN, R. (2017), Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot, *Forum Quaderni costituzionali*.
- (2018), TARICCO TANGO. Quale sarà il prossimo passo?, *Forum Quaderni costituzionali*.
- BOERI, T. (2017), *Populismo e stato sociale*, Laterza, Roma-Bari.

- BONINI, M. (2016), Giudice delle leggi o «signore dei trattati»? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'«identità costituzionale», *Osservatorio AIC*.
- CALVANO, R. (2018), Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima (Osservazione a Corte cost. 31 maggio 2018 n. 115), *Giurisprudenza costituzionale*.
- CANNIZZARO, E. (2018), I valori costituzionali oltre lo Stato, *Osservatorio sulle fonti*.
- CARTABIA, M. (2005), «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali, in Donati F.; Morbidelli G. (a cura di), *Una costituzione per l'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- CASSESE, S. (2009), Intervento al seminario del 19 ottobre 2009 su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- CELOTTO, A. (2009), La primauté nel Trattato di Lisbona, in Lucarelli, A.; Patroni Griffi, A. (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*. ESI, Napoli.
- (2014), Una nuova ottica dei «controlimiti» nel Trattato costituzionale europeo?, *Forum Quaderni costituzionali*.
- (2017), Caso Taricco: un rinvio pregiudiziale «muscoloso» e costruttivo (a prima lettura sulla ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale), *GiustAmm.it*.
- CERRINA FERONI, G. (2015), I diritti fondamentali tra crisi economico-finanziaria e vincoli dell'Unione Europea, in Melica, L.; Mezzetti, L.; Piergigli, V. (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, CEDAM, Padova.
- CHESSA, O. (2018), Intervento, al Forum di discussione: *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale, diritticomparati.it*.
- COMAZZETTO, G. (2018), Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017, *federalismi.it*.
- D'AMICO, M. (2018), Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di Giustizia, in Amalfitano, C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della «saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- DE VERGOTTINI, G. (2006), Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea, *Forum Quaderni costituzionali*.
- DENNINGER, E. (2016), L'identità costituzionale tedesca e l'Unione Europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT, *DPCE*.
- DI MARTINO, A. (2014), Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG, *federalismi.it*.
- DI SALVATORE, E. (2011), Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro, *Quaderni costituzionali*.
- FARAGUNA, P. (2011), Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di «controlimiti europeizzati»? *Quaderni costituzionali*.
- (2015), *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano.

- (2016), Il *Bundesverfassungsgericht* e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti, *DPCE*.
- (2018), L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia, *Quaderni costituzionali*.
- FERRANTE, M. L. (2017), L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomática» ma ferma, *dirittifondamenti.it*.
- (2018), La vicenda «Taricco» e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Grande Sezione, 5 dicembre 2017, *dirittifondamenti.it*.
- FERRARI, F. (2018), «Indipendentemente dalla collocazione dei fatti»: i principî supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco), *Forum in Quaderni costituzionali*.
- FERRARO, F. (2018), Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale, *federalismi.it*.
- FIORAVANTI, M. (2015), *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari-Roma.
- FROSINI, T. E. (2008), Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale e le Corti europee, in Frosini, T. E. (a cura di), *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- GALLO, D. (2017), Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco, *Diritto dell'Unione Europea*.
- (2018), La Corte costituzionale chiude la «saga Taricco»: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto, *Europeanpapers*.
- GROPPI, T. (2005), La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato, *Astrid RASSEGNA*.
- GUASTAFERRO, B. (2011), Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati», *Forum Quaderni costituzionali*.
- (2018), Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco, *Quaderni costituzionali*.
- GUAZZAROTTI, A. (2017), I paradossi della vicenda Taricco, *laCostituzione.info*.
- IADICICCO, M. P. (2011), Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2.
- LUCIANI, M. (2015), I controlimiti e l'eterogeneità dei fini, *Questione giustizia*.
- (2017a), Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, in Bernardi, A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principî costituzionali*, Jovene, Napoli.
- (2017b), Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo, *Osservatorio AIC*.
- (2018), La dura realtà e il «caso Taricco», *Diritto penale e processo*.

- MARTINI, E. (2018), L'europizzazione dei controlimiti alla prova del dialogo tra le Corti: i casi Melloni e Taricco, *Forum in Quaderni costituzionali*.
- MASTROIANNI, R. (2017), La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?, *federalismi.it*.
- (2018), Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti, *Osservatorio sulle fonti*.
- MORELLI, A. (2017), La capacità parametrica del diritto dell'Unione Europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale, *federalismi.it*.
- MORRONE, A. (2018), I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea, *federalismi.it*.
- PANIZZA, S. (2016), La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della «scoperta» dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, *diritti-fondamentali.it*.
- PINELLI, C. (2014), La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona, *Costituzionalismo.it*.
- POLIMENI, S. (2017), «L'identità costituzionale come controlimite», in *Ianus*.
- (2018a), *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- (2018b), Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controlimiti attraverso il «dialogo» tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018, *Osservatorio AIC*.
- POLLICINO, O. (2015), Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero sia l'incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione, *Consulta Online*.
- (2016), Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata, in D'Andrea L.; Moschella G.; Ruggeri A.; Satta A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino.
- RAFFIOTTA, E. C.; PÉREZ MIRAS A.; TERUEL LOZANO G. (2017), *Constitución e Integración Europea, Derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Dykinson, Madrid.
- RANDAZZO, A. (2011), La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?, *diritticomparati.it*.
- REPETTO, G. (2017), Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco, *diritticomparati.it*.
- RIDOLA, P. (2012), «Karlsruhe locuta causa finita?» Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa, *federalismi.it*.
- ROMBOLI, R. (2018), Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, *Foro italiano*.

- ROSSI, L. S. (2017), Come risolvere la «questione Taricco» ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE, sul sito di *SIDIBlog*.
- RUGGERI, A. (2006), «Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici), in Staiano, S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Giappichelli, Torino.
- (2016), Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»), *Forum Quaderni costituzionali*.
- (2017a), La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017), *Diritti comparati*.
- (2017b), Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017), *Consulta Online*.
- (2018a), Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive), *Osservatorio AIC*.
- (2018b), Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?, *Osservatorio sulle fonti*.
- (2018c), Taricco, amaro finale di partita, *Consulta Online*.
- SAITTO, F. (2016), Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze «controdemocratiche», principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT, *costituzionalismo.it*.
- SALERNO, G. M. (2014), I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale, *Il Filangieri*.
- SALMONI, F. (2003), La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali, in Falzea, P.; Spadaro, A.; Ventura, L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Giappichelli, Torino.
- TEGA, D. (2017), Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue, *Forum Quaderni costituzionali*.
- TORRE, F. (2019), *Taricco iactum est* ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituzionale europeo, in Pérez Miras, A.; Teruel Lozano, G. M.; Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P. (dirs.), Montesinos Padilla, C. (coord.), *40 y 70 años de las Constituciones de España e Italia. Vol II: Derechos fundamentales*, CEPC – BOE, Madrid (in corso di stampa).
- VECCHIO, F. (2011), La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo «spettro» di Viking e Lavall, *europenrights.eu*.
- (2012), *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino.

VITALE, G. (2018), L'attesa sentenza «Taricco bis»: brevi riflessioni, *European Papers*.  
VON BOGDANDY, A.; SCHILL, S. (2011), Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review*.

# IL SISTEMA DEI CANDIDATI PRINCIPALI E LA FORMA DI GOVERNO DELL'UE

EDOARDO C. RAFFIOTTA  
Alma Mater Studiorum - Università de Bologna

SOMMARIO: 1. Prologo. 2. Alle origini del procedimento di formazione della Commissione. 3. La Commissione europea e il procedimento di formazione dopo il Trattato di Lisbona. 4. Il sistema dei «candidati guida». 4.1 Le differenti applicazioni tra le elezioni europee del 2014 e quelle del 2019. 5. La Commissione europea tra terzietà tecnica e protagonismo. 6. Per un futuro politico e democratico di un'Unione Europea dai fini condivisi. 7. Riferimenti bibliografici.

## 1. PROLOGO

Si sente spesso dire che il problema principale dell'Unione Europea – che limita la sua azione e mina la sua credibilità – sia il c.d. *deficit* democratico. Lo si dice oramai da sempre, come se – nonostante le molte riforme intervenute dalla nascita del processo di integrazione ad oggi – nulla, o poco, fosse cambiato<sup>1</sup>. D'altro canto, è abbastanza diffuso il timore che le Istituzioni eu-

---

<sup>1</sup> Cfr. FOLLESDAL (2006, 533 ss.).

Era certo il problema principale nella fase di avvio del processo di integrazione come rilevava la più autorevole dottrina, tra gli altri, PALADIN (1996, 1031 ss.) Tuttavia, come rilevato da Pinelli, 2008, 925 ss., seppure «la questione del deficit democratico è destinata a rimanere aperta», l'insieme delle riforme relative all'assetto istituzionale dell'UE segnano «una svolta nel tormentato processo di democratizzazione dell'Unione».

ropee siano eccessivamente politicizzate e perdano la loro posizione di indipendenza – in attuazione dei Trattati – fuori dal contrasto tra parti politiche (Castaldi, 2014, 3 ss.).

Eppure, le due riflessioni a ben vedere sembrerebbero in contraddizione. Delle due l'una: o l'UE deve mantenere una posizione di terzietà e imparzialità tipica di enti tecnici, allora in questo caso poco importa, anzi sarebbe meglio evitare di rafforzare la legittimazione democratica delle sue Istituzioni; oppure, al contrario, se riteniamo indispensabile e positivo il rafforzamento delle UE e delle sue Istituzioni, allora non è possibile criticare la sua politicizzazione, anzi dovendo necessariamente sostenere che la rappresentanza democratica debba portare con sé maggiori funzioni e competenze politiche.

In questo scenario deve essere svolta la riflessione relativa agli *Spitzenkandidaten* – o meglio, preferendo la lingua italiana – la riflessione sui «candidati principali» (o «candidati guida»), la cui introduzione, come si argomenterà, pur non consentendo di qualificare la forma di governo europea come parlamentare, rappresenta di certo un ulteriore passo verso, non tanto la definizione della forma di governo dell'UE, quanto verso il desiderabile e necessario rafforzamento del suo ruolo politico. Un «piccolo passo» certo, ma tutta la storia del processo di integrazione è fatta di «piccoli passi»<sup>2</sup>. Del resto, come si dirà meglio, oggi il problema dell'UE non sembra risiedere più nel *deficit* democratico, bensì proprio negli istituti che possano rafforzare il ruolo politico delle Istituzioni europee, in un quadro tuttavia che dovrà mutare in ordine ai fini e alle competenze.

## 2. ALLE ORIGINI DEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA COMMISSIONE

Nel modello originario, disegnato dai Trattati istitutivi, il procedimento di formazione della Commissione era ad esclusivo appannaggio dei Governi nazionali, i quali all'unanimità ne nominavano i componenti<sup>3</sup>. Non si indicavano particolari requisiti o caratteristiche per accedere alla carica. Inoltre,

---

<sup>2</sup> Come avvertiva Robert Schuman nel suo celebre discorso di Parigi del 9 maggio 1950, viatico al processo di integrazione europea «l'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania».

<sup>3</sup> Trattato CEE art. 158: «I membri della Commissione sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri. Il loro mandato ha una durata di quattro anni ed è rinnovabile».

qualsiasi membro della Commissione, che non rispondesse «più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni» o che avesse commesso «una colpa grave» avrebbe potuto essere dichiarato dimissionario dalla Corte di Giustizia, su istanza del Consiglio, o della Commissione stessa (Mengozi, 2006, 31 ss.).

La medesima procedura era altresì prevista per la nomina del Presidente e dei due vicepresidenti, che venivano individuati tra i membri della Commissione stessa, restando in carica per due anni, rinnovabili<sup>4</sup>. Dunque, sia la nomina della Commissione che del Presidente<sup>5</sup> erano del tutto rimesse all'esclusiva e unanime decisione dei Governi nazionali, escludendo qualsiasi intervento del Parlamento (che, come noto, già dal 1979 era divenuto un organo di rappresentanza diretta dei cittadini)<sup>6</sup>.

Il primo tentativo di coinvolgere, seppur molto limitatamente, il Parlamento europeo si ha con la Risoluzione conclusiva del Consiglio europeo di Stoccarda del 17-19 giugno 1983, che del resto rappresentò il primo sforzo significativo nel senso di provare a riformare le Istituzioni comunitarie nella direzione della futura Unione Europea, precedendo l'importante fase di impulso dell'Atto unico europeo, che da lì a qualche anno sarebbe stato approvato<sup>7</sup>.

La dichiarazione di Stoccarda, in particolare, affermò l'importanza dello sviluppo della cooperazione politica europea, tra le altre misure, affidando al Consiglio europeo ed al Consiglio dell'Unione la funzione di coordinamento, d'intesa con la Commissione il cui Presidente partecipava ai periodici vertici

<sup>4</sup> Trattato CEE art. 161: «Il Presidente e i due vicepresidenti della Commissione sono designati tra i membri di questa per due anni, secondo la medesima procedura prevista per la nomina dei membri della Commissione. Il loro mandato può essere rinnovato. Salvo il caso di rinnovamento generale, la nomina è fatta dopo consultazione della Commissione. In caso di dimissioni o di decesso, il Presidente e i vicepresidenti sono sostituiti per la restante durata del mandato alle condizioni fissate dal primo comma».

<sup>5</sup> Il primo Presidente fu Roy Jenkins nominato nel 1976.

<sup>6</sup> Si vedano POCHET, DEREGNAUCOUR (1990), per una descrizione più generale del ruolo svolto dal Parlamento europeo in quella fase di avvio del processo di integrazione.

<sup>7</sup> WILLE (1983, 765 ss.), ricorda come il dibattito istituzionale iniziato nel luglio 1981 dal Parlamento europeo ed il progetto di un Atto Europeo dei ministri degli affari esteri Colombo e Genscher costituirono le due reazioni di maggior rilievo alle carenze del processo d'integrazione europea. In quella fase Parlamento e Commissione mostravano un differente approccio di riforma: mentre il Parlamento europeo proseguiva la sua duplice azione tendente al profondo rinnovamento delle strutture comunitarie ed all'adattamento dei rapporti interistituzionali; il Consiglio europeo, riunito nel giugno 1983 a Stoccarda, adottava una «Dichiarazione solenne sull'Unione Europea» volta a ridurre notevolmente il contenuto del progetto di Atto Europeo, mantenendo le ambiguità insite nella nozione di «Unione Europea». Era evidente in tale scenario come l'Unione Europea dovesse avvalersi di un assetto istituzionale volto a realizzare un esercizio efficiente delle due funzioni essenziali: quella legislativa e quella esecutiva. In tal senso, anche più della Commissione, il Parlamento europeo spinse verso i necessari mutamenti istituzionali con la risoluzione del 14 settembre 1983.

dei capi di Stato. A partire da tale dichiarazione il Presidente dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri consultò l'Ufficio di presidenza ampliato del Parlamento, al fine di individuare il Presidente della Commissione. Il Parlamento, inoltre, fu chiamato per la prima volta a esprimersi con un voto sul programma presentato dalla Commissione<sup>8</sup>.

È però con il Trattato di Maastricht del 1992 che si ha il primo significativo intervento del Parlamento nella nomina della Commissione e del suo Presidente<sup>9</sup>.

Se è vero, infatti, che l'art. 159 TUE rimetteva alla piena determinazione dei Governi degli Stati membri la nomina del Presidente della Commissione, lasciando al Parlamento la sola «previa consultazione», è altrettanto vero che la medesima disposizione prevedeva che il Presidente e gli altri membri della Commissione designati fossero «soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo». Solo dopo tale approvazione il Presidente e gli altri membri della Commissione avrebbero potuto essere nominati, all'unanimità, dai Governi degli Stati membri. Era dunque evidente che il peso della previa consultazione dei Governi con il Parlamento aveva un valore assai rilevante, essendo ovvio che l'eventuale designazione di un candidato alla Presidenza non gradito dal Parlamento avrebbe potuto determinare un voto contrario nei confronti dell'intera Commissione<sup>10</sup>.

Il ruolo formale del Parlamento nella procedura di individuazione e nomina del Presidente della Commissione è stato però introdotto a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, che integrò l'art. 158<sup>11</sup> dispo-

---

<sup>8</sup> Cfr. CURTI GIALDINO (2014); tale procedura fu utilizzata in occasione della designazione del Presidente Jacques Delors nel 1984 nonché per il rinnovo del suo mandato presidenziale nel 1986, 1988, 1990 e 1992.

<sup>9</sup> Trattato sull'UE art. 158 «1. I membri della Commissione sono nominati, per una durata di cinque anni, secondo la procedura prevista al paragrafo 2, fatte salve, se del caso, le disposizioni dell'articolo 144. Il loro mandato è rinnovabile. 2. Previa consultazione del Parlamento europeo, i Governi degli Stati membri designano, di comune accordo, la persona che intendono nominare Presidente della Commissione. I Governi degli Stati membri, in consultazione con il Presidente designato, designano le altre persone che intendono nominare membri della Commissione. Il Presidente e gli altri membri della Commissione così designati sono soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo. Dopo l'approvazione del Parlamento europeo, il Presidente e gli altri membri della Commissione sono nominati, di comune accordo, dai Governi degli Stati membri».

<sup>10</sup> Più ampiamente RINELLA (1991, 171 ss.), che descrive l'evoluzione nei rapporti tra Parlamento e Commissione.

<sup>11</sup> Trattato di Amsterdam art. 40) «all'articolo 158, paragrafo 2, il primo e il secondo comma sono sostituiti dal testo seguente: «2. I governi degli Stati membri designano, di comune accordo, la persona che intendono nominare Presidente della Commissione; la nomina è approvata dal Parlamento europeo. I governi degli Stati membri designano, di comune accordo con il Presidente designato, le altre persone che intendono nominare membri della Commissione»».

nendo che i Governi degli Stati membri designassero, «di comune accordo», l'incaricato alla presidenza della Commissione, sottoponendo la nomina di tale carica al voto del Parlamento europeo. Successivamente i governi avrebbero individuato «di comune accordo con il Presidente designato» gli altri componenti della Commissione<sup>12</sup>.

L'integrazione apportata del Trattato di Amsterdam, dunque, rafforzava la posizione del Parlamento, che non si pronunciava più solo sulla complessiva compagine finale della Commissione, ma interveniva già nella fase di designazione del Presidente, prima della nomina (Tizzano, 1998, 267 ss.). Del resto, non bisogna dimenticare, come tale riforma assegnasse un ruolo di spiccata centralità alla presidenza nella determinazione degli orientamenti politici, specificando una formula da allora mantenuta: «la Commissione agisce nel quadro degli orientamenti politici del suo Presidente»<sup>13</sup>.

La posizione del Parlamento fu altresì rafforzata dalle modifiche introdotte con il Trattato di Nizza, che fece venir meno la decisione all'unanimità tra i Governi nella nomina della Commissione e della sua presidenza istituendo la votazione a maggioranza qualificata, in questo modo mantenendo la duplice legittimazione democratica: da parte dei governi nazionali (a loro volta responsabili di fronte ai rispettivi parlamenti), e da parte del Parlamento europeo eletto a suffragio universale diretto, ma con una tendenziale prevalenza della scelta politica operata dall'organo di rappresentanza popolare europea (Sico, 2001, 815 ss.)<sup>14</sup>.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004, invece, avrebbe previsto una formulazione simile a quella oggi vigente, disponendo l'elezione del Presidente della Commissione direttamente in capo al Parlamento europeo, attraverso l'art. I-20<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> PREDIERI (1998, 255 ss.), che nel criticare l'impostazione generale e le lacune del Trattato di Amsterdam, includeva tra le innovazioni introdotte con impatto positivo, in particolare, proprio il processo di rafforzamento della Commissione Europea, che tende ad avvicinarsi ad un modello di cancellierato con un potenziamento del Presidente della stessa, specialmente con la sua doppia investitura da parte degli Stati e del Parlamento europeo, con un relativo rafforzamento delle proprie posizioni istituzionali.

<sup>13</sup> Trattato di Amsterdam, art. 41) All'articolo 163, è inserito come primo comma il seguente comma: «La Commissione agisce nel quadro degli orientamenti politici del suo Presidente».

<sup>14</sup> Già in questa fase del resto una posizione di rilevanza fu assunta dai partiti europei nella procedura di formazione della Commissione, sul punto si veda LIPPOLIS (2002, 941 ss.).

<sup>15</sup> Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa art. I-20 «1. Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Esercita funzioni di controllo politico e consultive alle condizioni stabilite dalla Costituzione. Elege il Presidente della Commissione».

### 3. LA COMMISSIONE EUROPEA E IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DOPO IL TRATTATO DI LISBONA

Come noto, il Trattato di Lisbona ha portato sicuramente novità rilevanti: pur abbandonando il «linguaggio costituzionale» del Trattato di Roma del 2004, infatti, ha comunque mantenuto un'impostazione maggiormente ispirata al modello costituzionale statale<sup>16</sup>, tentando di colmare quanto più possibile il *deficit* democratico che sino a quel momento aveva caratterizzato le Istituzioni europee (Donati, 2014, 8 ss.). In particolare, tale tentativo veniva perseguito attraverso il consolidamento del ruolo del Parlamento europeo e di istituti di partecipazione (come l'iniziativa legislativa popolare)<sup>17</sup>.

In questo quadro la Commissione ha sempre più assunto le vesti dell'organo esecutivo dell'UE (Predieri, 1998). È vero, le sue attribuzioni non coincidono in pieno con quelle tradizionalmente assegnate ai Governi nazionali<sup>18</sup>: condivide, infatti, molte funzioni esecutive con il Consiglio europeo, altresì possiede competenze atipiche rispetto agli organi di governo (in particolare il ruolo di vigilanza, sia «sull'applicazione dei trattati», sia sull'applicazione del diritto dell'Unione, sia rispetto ai vincoli di bilancio e il coordinamento delle politiche economiche nazionali)<sup>19</sup>. Ma del resto qualsiasi classica categoria dogmatica dello Stato, comparata con il modello dell'UE, deve necessariamente fare i conti con la sua natura ibrida. In tal senso, con i dovuti distinguo, è innegabile come la Commissione svolga un ruolo centrale nell'esercizio del

---

<sup>16</sup> CANNIZZARO (2008, 16 ss.), non a caso parla di «riforma costituzionale». Sul punto FROSINI (2012, 6 ss.) nel tracciare la fisionomia dell'UE dopo Lisbona, osserva la sempre più tendente forma verso un modello costituzionale statale, pur continuando a mantenere una natura ibrida. L'A. nota così alcuni paradossi: una forma di Stato senza uno Stato; un governo senza forma di governo, caratterizzato da un sistema di governo fondato su un quadrilatero istituzionale strutturato su un legislativo bicamerale (Consiglio dell'Unione e Parlamento) e un esecutivo duale (Consiglio Europeo e Commissione).

<sup>17</sup> CANNIZZARO (2008). Con particolare riferimento agli istituti di democrazia diretta dopo Lisbona, si rinvia a RAFFIOTTA (2012, 17 ss.). Invero, molte sono le critiche all'insufficiente ruolo svolto dal Parlamento, anche dopo Lisbona, tra cui quelle di CIANCIO (2016), per la quale nonostante il rafforzamento del ruolo dei Parlamenti (europeo e nazionali), dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la legittimazione democratica dell'UE appare ancora prevalentemente affidata a canali di legittimazione nazionali. Nello stesso senso, in particolare, MANGIAMELI (2008, 491 ss.), critica l'evoluzione del processo di integrazione basatasi esclusivamente sulla democrazia rappresentativa, non valorizzando a sufficienza il ruolo dei partiti politici e della società europea, elementi indispensabili per realizzare il processo di costruzione costituzionale dell'Europa.

<sup>18</sup> IBRIDO (2015), lo spiega bene, poiché «sebbene la Commissione sia soggetta al voto di investitura del Parlamento, essa non esaurisce di certo il perimetro dell'esecutivo dell'Unione, ma ne rappresenta soltanto uno dei molteplici «luoghi» nei quali tale potere si frammenta e si disperde. L'esecutivo «diffuso» della U. E. coinvolge invece ulteriori soggetti, in primo luogo il Consiglio europeo ed il suo Presidente, i quali risultano politicamente irresponsabili dinanzi al Parlamento. Sul punto si veda anche IBRIDO, LUPO (2018, 9 ss.).

<sup>19</sup> Cfr. SAVINO (2015, 39 ss.); volendo anche RAFFIOTTA (2019, 303 ss.).

potere esecutivo, spettando a essa attuare le decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio dell'UE, promuovendo «l'interesse generale dell'Unione» e adottando «le iniziative appropriate a tal fine», in una particolare posizione di indipendenza politica dalle altre Istituzioni europee, nonché, soprattutto, dagli Stati<sup>20</sup>. Altresì la sua composizione, attraverso il collegio di commissari, incaricati dei rispettivi portafogli, è comparabile alla struttura organizzativa per ministeri (Savino, 2006, 367 ss.).

Del resto, la stessa procedura di nomina della Commissione richiama il procedimento di formazione di un governo parlamentare, assai più spiccata e politicizzata rispetto ai modelli del passato. L'art. 17.7, anzitutto, specifica la procedura di nomina del Presidente, il cui candidato è individuato dal Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, «tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate».

Candidato che deve poi essere proposto al Parlamento europeo, che lo elegge attraverso il voto della maggioranza dei suoi membri. Procedura che va nuovamente replicata dal Consiglio europeo nel caso in cui il designato non ottenga la maggioranza, formulando entro un mese la proposta di un nuovo candidato, che dovrà essere eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura.

Eletto il Presidente, direttamente legittimato dall'organo di rappresentanza popolare, questi individuerà unitamente al Consiglio – in base alle proposte presentate dagli Stati membri – gli altri membri componenti della Commissione.

L'intera compagine della Commissione composta dal «Presidente, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e gli altri membri della Commissione» è poi sottoposta ad un voto collettivo da parte del Parlamento europeo. Solo a seguito di tale approvazione la Commissione potrà essere definitivamente nominata dal Consiglio europeo.

In tale procedura di nomina della Commissione e del Presidente, il Trattato di Lisbona sembra richiamare il modello della forma parlamentare, soprattutto se si considerano alcuni istituti tipici dello stesso: il ruolo del Presidente nella definizione dell'indirizzo politico, l'assunzione collegiale delle decisioni della Commissione (con la conseguente assunzione di responsabilità collettiva), nonché l'avere tutti i commissari il medesimo peso all'interno della Commissione: tutti tratti tendenzialmente comuni alla forma di governo parlamentare di alcune

---

<sup>20</sup> Sui tratti distintivi dell'organo Governo si veda BOGNETTI (1994, 405 ss.), non trascurando, altresì, l'esercizio della funzione di governo come bene descrive FROSINI (2018, 41 ss).

esperienze nazionali<sup>21</sup>. In tal senso però emblematico e significativo è il fatto che la Commissione sia responsabile collegialmente nei confronti del Parlamento europeo, il quale detiene il potere di votare una «mozione di censura», che determina le dimissioni dell'intero organo (art. 17.6 TUE)<sup>22</sup>.

Dunque, il Trattato di Lisbona realizza un rapporto tra organi assai complesso, tendente al modello parlamentare pur non essendolo, non tanto per il basso livello di cogenza delle regole concernenti gli assetti istituzionali<sup>23</sup> – poiché in fondo tale caratteristica è comune anche a tradizionali forme di governo statali<sup>24</sup> – bensì piuttosto per la già segnalata natura ibrida dell'UE, che porta a comparare con difficoltà qualsiasi modello costituzionale nazionale<sup>25</sup>.

Un modello organizzativo del potere in cui, come si dirà meglio tra poco, la Commissione, guidata dal suo Presidente, assume decisioni nel rispetto dei trattati e nell'esclusivo interesse dell'UE, di fronte all'indirizzo e alla eventuali responsabilità nei confronti del Parlamento, sempre e comunque in una po-

---

<sup>21</sup> Per PINELLI (2008), «l'obbligo per il Consiglio europeo di tener conto dell'esito elettorale, poi, conferma la tendenza a una politicizzazione del ruolo della Commissione rispetto ai trattati vigenti, che trova il suo coronamento con l'esplicitazione del principio di responsabilità collettiva della Commissione dinanzi al Parlamento europeo, sinora ricavabile solo indirettamente».

<sup>22</sup> Dà particolare rilievo a tale istituto COSTANZO (2008, 45 ss.), per il quale «un simile meccanismo costituisce, del resto, la base logico-giuridica della «responsabilità collegiale della Commissione dinanzi al Parlamento europeo» (art. 9D, par. 8, TUE, ma già art. 1-26, par. 8, Trattato costituzionale), che implica con lineare coerenza che lo stesso Parlamento possa successivamente adottare una mozione di censura al fine di provocare le dimissioni di tutti i membri della Commissione.

<sup>23</sup> Sul punto IBRIDO (2015, 11), considera di difficile utilizzazione il concetto di forma di governo nell'analisi dei rapporti tra poteri nell'ordinamento eurounitario. Secondo l'A. «l'impiego della espressione «forma» presuppone un elevato grado di compattezza fra il quadro delle norme organizzative formate secondo percorsi tipici di produzione normativa e le reali dinamiche dei rapporti fra gli organi costituzionali (...) l'idea di «forma» appare incompatibile con il basso livello di cogenza delle regole concernenti gli assetti istituzionali e con lo speculare fenomeno dalla elevata capacità di un nucleo di regole di natura informale di imprimere effettiva prevedibilità al comportamento degli attori istituzionali europei».

<sup>24</sup> Lo dimostrano tra le altre, anzitutto, la forma di governo parlamentare per antonomasia, quella del Regno Unito, caratterizzata da prassi tutt'altro che stabili: come dimostra da ultimo lo scritto di MARTINELLI (2018). Tuttavia, come dimostra BARBERA (2008, 9 ss.), anche la forma di governo italiana è caratterizzata da una forte fluidità dovuta alle prassi.

<sup>25</sup> In tal senso sembra doversi leggere la pronuncia della Corte costituzionale, sentenza 25 ottobre 2018, n. 239, che si è spinta a riconoscere espressamente l'«indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione Europea» nell'assetto realizzatosi dopo il Trattato di Lisbona. Scrive la Corte «a quanto appena osservato sulle esigenze di efficiente funzionamento interno dell'assemblea in vista del migliore svolgimento dei suoi processi decisionali, si deve nondimeno aggiungere il dato della indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione Europea, quale ha preso a realizzarsi negli ultimi anni anche grazie alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Indizi significativi di questa tendenza sono sicuramente il rafforzamento delle funzioni legislativa, di bilancio, controllo politico e consultiva del Parlamento europeo (art. 14, paragrafo 1, TUE e art. 289 e 294 TFUE), fra cui spiccano la competenza di quest'ultimo a eleggere il Presidente della Commissione e la possibilità di approvare una mozione di censura alla stessa Commissione (art. 17, paragrafo 8, TUE)».

sizione di assoluta indipendenza degli Stati, in particolar modo, da quelli di provenienza nazionale, così come da qualsiasi altro soggetto, o istituzione pubblica e privata.

#### 4. IL SISTEMA DEI CANDIDATI GUIDA

Emerge chiaramente dal citato art. 17 TUE – anche attraverso la procedura di nomina – come il Trattato di Lisbona assegni un ruolo di rilievo al Presidente della Commissione<sup>26</sup>. Il senso della disposizione, infatti, è quello di individuare una figura che sia politicamente in sintonia con il Parlamento europeo, ovvero con l'orientamento politico dei cittadini europei emerso dalle elezioni<sup>27</sup>.

Il Presidente definisce l'indirizzo politico della Commissione. Certo le decisioni dell'Istituzione avvengono attraverso un processo decisionale collettivo, con una conseguente assunzione di responsabilità collettiva, altresì tutti i commissari hanno il medesimo peso all'interno della Commissione, ma tale posizione è tendenzialmente comune anche nella forma di governo parlamentare di alcune esperienze nazionali<sup>28</sup>.

Al di là delle competenze, la procedura di individuazione, prima, e di nomina, successivamente, descrivono una figura non solo condivisa da Consiglio e Parlamento europeo (tra l'organo espressione dei governi e quello di rappresentanza popolare), bensì una figura «politicizzata», nel senso che, a differenza del passato, il Consiglio europeo non deve individuare semplicemente una figura di alto spessore, mediando le varie istanze tra gli Stati membri, ma «tenuto conto dell'esito delle elezioni» deve individuare una figura che sia espressione delle parti politiche che hanno riscosso maggior consenso alle elezioni. Legittimazione politica che deve essere poi confermata dal voto parlamentare<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul punto FOIS (2017, 249 ss.), che ricostruisce tale ruolo anche da un punto di vista dell'evoluzione nella disciplina dei Trattati.

<sup>27</sup> Secondo PINELLI, (2008), già la lettera del Trattato politicizza la posizione del Presidente della Commissione.

<sup>28</sup> Nell'ordinamento costituzionale italiano, ad esempio, si è molto discusso sul ruolo di parità, o primazia, del Presidente del Consiglio rispetto ai Ministri, su questo tema non si può non rinviare alla magistrale opera di RUGGERI (1081, 66 ss.), che con particolare riferimento alla Costituzione italiana, identificava il Governo nel Consiglio dei Ministri. Al contrario valorizzando le prassi enfatizza il ruolo del Presidente del Consiglio PITRUZZELLA, (1994, 22 ss.).

<sup>29</sup> In dottrina del resto era stata manifestata l'esigenza di integrare la disciplina prevista dall'art. 17.7 TUE, nel senso di una maggiore politicizzazione della Commissione e del suo Presidente: sul punto v. COSTANZO (2008, 57).

In occasione delle elezioni europee del 2014, le prime a essersi svolte nell'ambito del Trattato di Lisbona, è stata introdotta per via di prassi la disciplina dei «candidati principali» (Curti Gialdino, 2014; Cartabia, 2014, 715 ss.; M. I. Papa, 2014; Guastaferrò, 2014). Tale disciplina è stata avviata al fine di potenziare la partecipazione politica dei cittadini (politicizzando ulteriormente le elezioni europee, evidenziando in maggior misura i programmi dei partiti) nonché, più in generale, per rafforzare la legittimazione politica del Presidente della Commissione.

Una prassi introdotta sostanzialmente attraverso la raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2013, sul «rafforzamento dell'efficienza e la democrazia nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo» (2013/142/UE)<sup>30</sup>; nonché, pochi mesi dopo, attraverso la risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2013 sul «miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014» (2013/2102(INI))<sup>31</sup>.

I due atti ufficiali di Commissione e Parlamento europeo hanno così richiesto e in parte ottenuto, anzitutto, più in generale la promozione e semplificazione delle informazioni relative ai collegamenti tra partiti nazionali e partiti politici europei, al fine di una maggiore trasparenza e intellegibilità a favore dei cittadini-elettori, così maggiormente consapevoli delle conseguenze politiche derivanti dal voto a un partito, piuttosto che all'altro. Ma soprattutto hanno richiesto che i partiti politici europei e nazionali rendano noti, prima delle elezioni del Parlamento europeo, i rispettivi candidati alla carica di Presidente della Commissione europea, affinché, in questo modo, il candidato alla presidenza della Commissione possa essere individuato tra questi e tendenzialmente, venga eletta la figura del partito europeo maggiormente votato che possa contare di un maggior numero di seggi, o comunque di un più ampio consenso all'interno del Parlamento europeo.

Le ragioni di tale prassi sono evidenti ed esplicitate anche leggendo i considerando ai due atti testé richiamati di Commissione e Parlamento europeo. L'effetto diretto è quello di dare attuazione alla previsione dell'art. 17 TUE per cui il Presidente della Commissione europea è eletto dal Parlamento «su proposta del Consiglio europeo, il quale deve tenere conto dell'esito delle elezioni e consultare il nuovo Parlamento prima di procedere alla nomina o alle nomine», che devono essere stabilite di «di comune accordo». In questo modo l'individuazione è trasparente e semplificata: il candidato del partito che

---

<sup>30</sup> Su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0142&from=IT>

<sup>31</sup> Su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGM-L+TA+P7-TA-2013-0323+0+DOC+PDF+V0//IT>

ha ottenuto più voti è quello che verrà in prima battuta proposto per l'elezione a Presidente. Qualora poi questi non ottenesse il consenso necessario, sarà vagliato l'esponente della seconda forza politica, cercando comunque di eleggere il candidato che, nel corso della campagna elettorale, ha diretto e orientato il consenso per il proprio gruppo politico europeo, analogamente a quanto accade nel corso delle elezioni nazionali.

Dunque, al di là di aumentare la legittimazione democratica del processo di integrazione, fine indiretto – ma comunque dichiarato negli atti di indirizzo di Commissione e Parlamento – è quello di incidere sul ruolo dei partiti e sulle campagne elettorali, caratterizzandole su tematiche di carattere europeo. In tal senso, uno dei problemi che ha contraddistinto le elezioni europee e, ancora oggi, invero, fatica ad essere superato, sono le campagne elettorali focalizzate prevalentemente su tematiche nazionali, tra le forze politiche statali, aventi l'effetto di portare in secondo piano il dibattito sulle questioni specificamente europee, tra l'altro, incidendo negativamente sul tasso di affluenza elettorale europeo<sup>32</sup>.

L'individuazione di un *leader* e la sua politicizzazione (collegata a programmi dei partiti su scala europea) rappresentano infatti uno dei modi per coinvolgere maggiormente gli elettori. Un candidato guida che sia espressione di un partito europeo, con programmi europei, che se otterrà il maggior numero di voti avrà la possibilità di diventare Presidente dell'esecutivo dell'UE, ha disegnato uno degli strumenti immaginati per caratterizzare ulteriormente le elezioni europee, legittimando con maggiore forza partiti e candidati, altresì confermando una tendenza nazionale – comune in Europa – di affermazione del modello del «partito personale», legato al *leader*, rispetto al «partito tradizionale»<sup>33</sup>.

#### 4.1 Le differenti applicazioni tra le elezioni europee del 2014 e quelle del 2019

Sull'opportunità e legittimità di tale procedura si dirà tra poco, in ogni caso, al di là di qualsiasi valutazione di merito, va constatato come la prassi applicativa dei candidati guida abbia ottenuto applicazioni differenti nelle due tornate elettorali del 2014 e del 2019. Certo, con riferimento alle ultime elezioni dello scorso maggio non sappiamo ancora se alla fine – dopo la formazione

---

<sup>32</sup> Problema invero di non facile soluzione, se non attraverso ulteriori riforme strutturali, come notato da CIANCIO (2014).

<sup>33</sup> Su tali categorie si veda STAIANO (2017).

dei gruppi parlamentari europei – il Consiglio europeo individuerà il Presidente della Commissione tra i nomi dei «candidati principali» da sottoporre al voto parlamentare, ma al di là di tale dato, è già possibile formulare un giudizio abbastanza preciso sull'insoddisfacente applicazione della prassi degli *Spitzenkandidaten*: già limitandosi a osservare la recente campagna elettorale.

Come noto, la scorsa legislatura si è aperta con l'elezione di Jean-Claude Juncker a Presidente della Commissione europea. Il Presidente Juncker, non solo era un candidato guida<sup>34</sup>, ma apparteneva altresì alla coalizione che aveva ottenuto più seggi in Parlamento (Papa, 2014). Invero, tale candidatura non era affatto scontata e ha richiesto lunghe trattative tra i Governi nazionali, nonché la previa definizione di un programma politico comune condiviso, che consentisse di raggiungere in Parlamento una maggioranza che il solo gruppo popolare europeo non aveva (dando vita così a una colazione che ricorda la forma di governo parlamentare)<sup>35</sup>.

Oltre a tale dato, però, la virtuosità della prassi degli *Spitzenkandidaten* era apparsa nel corso di tutta la campagna elettorale, così come immaginato e indicato dal Parlamento e dalla Commissione. In tal senso, infatti, l'individuazione, per tempo, dei «candidati principali» da parte di tutti i gruppi politici aveva caratterizzato il dibattito politico della competizione elettorale, anche attraverso un certo riscontro mediatico: si ricordi, ad esempio, la partecipazione dei candidati a vari incontri pubblici nelle principali città europee e trasmessi dalle principali emittenti televisive, nei quali i «candidati» alla presidenza della Commissione si sono confrontati sui rispettivi programmi politici relativi alle principali questioni europee. In particolare, in Italia, il confronto tra i vari candidati ha avuto un grande rilievo: ospitata dall'Istituto universitario europeo nell'ambito della *Conference on the State of the Union* del 9 maggio 2014, a Palazzo vecchio a Firenze, alla presenza del Capo dello Stato Giorgio Napolitano.

Gli effetti positivi derivati dalla prassi dei «candidati principali» nel corso delle elezioni del 2014 sono stati tali che sia la Commissione sia il Parlamento europeo hanno sentito la necessità di ribadirla ulteriormente in vista delle elezioni del maggio 2019. In particolare, con la raccomandazione della

---

<sup>34</sup> In occasione delle elezioni del 2014 i «candidati principali» individuati dai partiti sono stati: Jean-Claude Juncker per il Partito popolare europeo; Martin Schulz per il S&D – Progressive Alliance of Socialists and Democrats; Guy Verhofstadt per l'Alleanza dei democratici e dei liberali per l'Europa; Alexis Tsipras per la Sinistra unitaria europea/Sinistra verde nordica. Dunque, tutti i maggiori partiti politici europei hanno indicato il proprio candidato, salvo i Conservatori e i Riformisti europei non hanno indicato nessun candidato.

<sup>35</sup> Così per CARTABIA (2014, 716) «si può ritenere che l'ambizione del Parlamento europeo di marcare un passaggio storico (anche se non epocale) non è andata delusa».

Commissione del 14 febbraio 2018 sul «rafforzare la natura europea e l'efficienza nello svolgimento delle elezioni del parlamento europeo del 2019»<sup>36</sup>, si è dato atto del positivo ruolo svolto dalla prassi dei «candidati principali» che – per la Commissione – «ha contribuito a rafforzare l'efficienza dell'Unione e la sua legittimità democratica», poggiando sui «due pilastri della rappresentanza diretta dei cittadini al Parlamento europeo e della loro rappresentanza indiretta da parte dei governi degli Stati membri in seno al Consiglio europeo e al Consiglio», contribuendo inoltre a potenziare la responsabilità della Commissione, in linea con l'articolo 17, paragrafo 7, del TUE.

Ancor più chiara e incisiva è la posizione assunta dal Parlamento europeo, che con la «revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea»<sup>37</sup> ha rafforzato la posizione dei «candidati principali», avvertendo «che il Parlamento europeo sarà pronto a respingere qualsiasi candidato, nella procedura d'investitura del Presidente della Commissione, che non sia stato nominato «Spitzenkandidat» in vista delle elezioni europee».

Atti di indirizzo assai significativi, indicativi di un percorso che pare necessario perseguire ulteriormente e perfezionare in vista, non solo delle elezioni del Parlamento europeo, bensì più in generale al fine di rafforzare le Istituzioni europee del prossimo futuro, insistendo sulle misure già proposte che muovono anche dalla individuazione dei candidati guida, che devono essere resi noti dai partiti con il maggior anticipo possibile, unitamente ai propri programmi elettorali europei, avviando una vivace campagna politica in cui i partiti politici e i loro candidati competono per ottenere voti e seggi sulla base di programmi alternativi che tengono conto della dimensione europea della politica<sup>38</sup>.

Tuttavia, al contrario, la campagna elettorale del 2019<sup>39</sup>, appena conclusa, non pare potersi segnalare per gli effetti auspicati e desiderati, comparabili con quelli della precedente del 2014.

---

<sup>36</sup> Su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0098+0+DOC+XML+V0//IT>

<sup>37</sup> Assunta con la «Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea (2017/2233(ACI))», su [http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2018/02-07/0030/P8\\_TA\(2018\)0030\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2018/02-07/0030/P8_TA(2018)0030_IT.pdf)

<sup>38</sup> Così la raccomandazione della Commissione del 14 febbraio 2018 sul «rafforzare la natura europea e l'efficienza nello svolgimento delle elezioni del parlamento europeo del 2019», cit.

<sup>39</sup> La crucialità delle ultime elezioni del 2019 era stata messa in evidenza da LUPO (2019), il quale ha giustamente osservato come «the elections for the European Parliament that will take place on 23-26 May 2019 will most probably disprove the second-order nature of the European elections and invert the steady decline in voter turnout, for the first time since 1979: not only the pace, but also the direction of the

Infatti, nonostante i principali gruppi politici (ad esclusione del Movimento per un'Europa delle Nazioni e della Libertà) abbiano individuato i propri *Spitzenkandidaten*<sup>40</sup>, il confronto tra le parti politiche non si è concentrato su temi e questioni di specifico interesse europeo, rimanendo fortemente limitata al dibattito su questioni politiche di rango nazionale. Ciò è accaduto anche perché gli *Spitzenkandidaten* individuati non hanno operato come *leaders* politici europei, rimanendo sopraffatti dal dibattito tra i candidati dei singoli Stati, altresì, su questioni di poco interesse per le politiche europee. Colpisce infatti che a causa di tale mancato rilievo, anche mediatico, i «candidati principali» europei sono rimasti pressoché sconosciuti alla maggior parte degli elettori.

Non sorprende dunque che nell'attuale dibattito i Governi nazionali non escludano di individuare il candidato alla presidenza della Commissione al di fuori degli *Spitzenkandidaten*. Un esito questo da non escludere, ma certo da non auspicare. Grave episodio: in controtendenza rispetto alla necessaria evoluzione politica del processo di integrazione europea.

## 5. LA COMMISSIONE EUROPEA TRA TERZIETÀ TECNICA E PROTAGONISMO POLITICO

Come ricordato – nel corso delle elezioni europee del 2014 – l'introduzione del sistema dei «candidati principali» ha portato con sé molti effetti positivi, diretti e indiretti: anzitutto, ha rappresentato un segnale importante nel tentare di trasformare in un'elezione di secondo livello la procedura di nomina del Presidente della Commissione, rafforzando altresì il ruolo del Parlamento europeo nel rapporto con il Consiglio europeo. Soprattutto, però, come visto, ha rafforzato la posizione politica del Presidente della Commissione, il quale viene individuato tra i *leaders* dei partiti politici espressione della maggioranza politica presente in Parlamento, dunque, similmente a quanto accade nella forma di governo parlamentare. Inoltre, la politicizzazione sembra coinvolgere

---

future process of European integration is at stake», nonostante la posizione critica sulla prassi dei *Spitzenkandidaten*, a giudizio dell'autore «which still appears far from consolidated and is affected by the ambiguous design of the form of government of the European Union».

<sup>40</sup> In occasione delle elezioni del 2019 i «candidati principali» individuati dai partiti sono stati: Manfred Weber per il partito popolare europeo; Frans Timmermans per il partito dei socialisti europei; Jan Zahradil per l'Alleanza dei democratici e dei liberali per l'Europa; Ska Keller e Bas Eickhout per il Partito europeo dei Verdi; Nico Cure e Viola Tomic per la Sinistra europea. Al contrario, assieme ai movimenti minoritari, non ha presentato un candidato unitario il Movimento per un'Europa delle Nazioni e della Libertà, che ha avuto un rilevante consenso elettorale.

tutta la Commissione, essendo i suoi membri individuati di comune accordo tra il Consiglio europeo e il Presidente della Commissione, quasi come accade nel rapporto tra Presidente della Repubblica e Primo Ministro nell'individuazione dei Ministri (Frosini, 2004, 5 ss.).

Tale prassi dei «candidati principali», però, ha trovato in dottrina non poche critiche, sia di tipo giuridico, sia più di carattere politico. La prima obiezione è stata mossa da chi ha considerato tale prassi come una violazione del dettato stesso dei Trattati che affidano l'individuazione del Presidente della Commissione alla decisione congiunta del Consiglio europeo e del Parlamento europeo, secondo le differenti fasi e competenze. La prassi dei candidati guida, invece, avrebbe squilibrato la procedura a favore del solo Parlamento e dunque, così, «per certi versi circoscritto, o quasi svuotato, il potere di nomina del Consiglio europeo» (Guastafarro, 2014, 3). La violazione del Trattato di Lisbona, dunque, sarebbe duplice: da un lato ad esser violato sarebbe il «principio di leale collaborazione, cui i rapporti infra-istituzionali dovrebbero essere improntati», dall'altro la violazione consisterebbe nell'espressa contraddizione della Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato e dedicata proprio all'articolo 17.7 TUE, che imporrebbe a entrambe le Istituzioni – e non solo al Parlamento – di giungere all'elezione del Presidente della Commissione (Guastafarro, 2014, 4).

Eppure, a ben vedere, dalla lettura dell'art. 17.7 TUE nonché altresì della citata Dichiarazione n. 11, il problema non sembra consistere nel rispetto, o meno, della formale procedura di elezione, bensì nel fine che tale procedura vuole raggiungere. In tal senso, il fine è ben descritto dalla specificazione che la figura del Presidente della Commissione sia individuata «tenendo conto delle elezioni del Parlamento europeo». Un fine, pertanto, che la prassi dei «candidati principali» contribuisce ad assicurare, rafforzando la procedura attraverso concrete garanzie. Del resto, anche limitandosi ad applicare la procedura prevista dal TUE, il Consiglio europeo dovrà comunque passare dal voto parlamentare. Altresì, anche applicando la prassi dei «candidati guida», ipoteticamente, non è detto che uno tra i candidati designati venga poi eletto. È possibile, infatti, che nessuna forza abbia il consenso in Parlamento per far eleggere il proprio candidato, ma tra i tanti che si possono individuare, uno tra quelli legati ai partiti, che hanno discusso e riscosso consenso elettorale, di certo sarà maggiormente legittimato, più di qualsiasi altra figura individuata dai soli Capi di Stato e di Governo. Certo, si può obiettare che tale procedura avrebbe potuto essere inclusa nel Trattato attraverso una riforma espressa, ma, invero, è sempre stato così: le Istituzioni europee si prendono, di volta in volta, piccoli pezzi di sovranità che gli Stati faticano a cedere. È stato così in materia di di-

ritti, ad opera della Corte di giustizia, per richiamare solo il caso più emblematico<sup>41</sup>, e sta avvenendo ora dove più evidente è la lacuna, in materia di legittimazione politica e forma di governo. L'UE non può più fare a meno di una maggiore legittimazione democratica e di un maggiore forza politica.

Se si conviene con tale lettura, allora, il problema non è giuridico, ma squisitamente politico, essendo chiaramente collegato all'interrogativo, dal quale si è partiti, sulla direzione che dovrà assumere l'UE<sup>42</sup> (Müller Gómez; W. Wessels, 2016). Infatti, non è mancato chi in dottrina ha apertamente criticato la politicizzazione della figura del Presidente della Commissione e più in generale – nei termini già specificati – dell'organo esecutivo europeo<sup>43</sup>.

È vero, la Commissione ha sempre avuto una posizione ambigua, come del resto – nelle varie fasi di evoluzione – tutte le Istituzioni comunitarie<sup>44</sup>. Più specificamente, la Commissione – nell'attuare il diritto dell'UE e delle misure adottate dal Consiglio e dal Parlamento europeo – ha assunto una funzione esecutiva mista, oscillante tra il ruolo tecnico e politico. Lo dimostrano in particolare le funzioni di regolazione in attuazione dei trattati così come i poteri di vigilanza, concernenti altresì il rispetto dei vincoli di bilancio e il coordinamento delle politiche economiche nazionali. Funzioni come noto molto delicate nei rapporti con gli Stati, ai quali la Commissione può rivolgere «avvertimenti» al fine di coordinare le politiche economiche e sorvegliare la situazione di bilancio di ciascuno Stato, potendo finanche proporre al Consiglio l'avvio di una «procedura per disavanzo eccessivo». Funzioni di vigilanza e regolazione che potrebbero essere considerate come attuative di regole tecniche e non di valutazioni politiche. Invero, proprio la prassi attuativa di tali regole è la dimostrazione più evidente che molto spesso dietro le vesti di una procedura terza si celano, neanche troppo, valutazioni e accordi politici<sup>45</sup>, che unitamente alle

---

<sup>41</sup> In tema, più di recente, si vedano tra i numerosi scritti di RUGGERI (2018a; 2018b). Certo, trattasi di evoluzione che non è rimasta priva di critiche, si veda da ultimo BIN (2018, 69 ss).

<sup>42</sup> Sul punto si vedano J. MÜLLER GÓMEZ, W. WESSELS (2016).

<sup>43</sup> In tal senso le argomentazioni critiche di BARTOLINI (2006), per il quale «Political mandates for reform are hard to develop within the narrow limits of the predefined goals in the Treaty, and there are few guaranties that politicization will be contained in this way. Similar partisan alignments within the Council, Commission, and Parliament, if possible, would generate permanent and unstable divided government, given the different timing of formation and composition of these bodies. Problems of partisan coordination may add to those of inter-institutional coordination, rather than solve them». Le considerazioni di Bartolini sono riprese e condivise da PAPADOPOULOS, MAGENTTE (2010, 711 ss.) *Contra* Hix (2006).

<sup>44</sup> Del resto, dovute alla storia e alle origini delle Comunità economiche europee, come sintetizzato da BIN (2014, 497 ss.), «la Comunità europea nasce dunque con un progetto politico preciso (...) la tecnocrazia non è un accidente, ma un elemento costitutivo del progetto». Tuttavia, da allora, molto è cambiato evolvendosi nella direzione politica anche qui richiamata.

<sup>45</sup> Già evidenti prima del Trattato di Lisbona, come dimostrava DELLA CANANEA (2005, 668 ss.), e ancora oggi causa di forti tensioni tra governi e Istituzioni europee per cui sia consentito rinviare a RAFIOTTA (2013, 68 ss.)

funzioni più squisitamente esecutive di amministrazione, normazione e iniziativa, spingono a condividere la necessità di una maggiore legittimazione politica della Commissione del suo Presidente.

## 6. PER UN FUTURO POLITICO E DEMOCRATICO DI UN'UNIONE EUROPEA DAI FINI CONDIVISI

Al di là di come si valutino gli effetti prodotti dalla prassi dei «candidati guida», tale istituto indica come direzione necessaria nell'evoluzione dell'UE il rafforzamento democratico e politico delle sue Istituzioni.

Se è vero che in passato il progetto eurounitario ha subito di un eccessivo *deficit* democratico – come visto – il Trattato di Lisbona ha sicuramente, se non colmato, quanto meno decisamente attenuato tale *deficit* attraverso il consolidamento del ruolo del Parlamento europeo e degli istituti di partecipazione. In un contesto, in ogni caso, nel quale il Parlamento concorre ad assumere decisioni politiche con governi nazionali che sono comunque espressione democratica dei cittadini degli Stati membri<sup>46</sup>. Altresì, il Trattato ha rafforzato la democraticità dell'UE anche migliorando il suo processo decisionale, modificando non solo le procedure, ma anche le maggioranze di votazione all'interno delle Istituzioni che assumono le decisioni politiche, per esempio prevedendo il voto a maggioranza qualificata come la forma di votazione ordinaria in seno al Consiglio dell'UE.

Certo, come detto, è auspicabile – e probabile – che il Trattato di Lisbona non sia l'ultima tappa del progetto eurounitario, anche nel senso di rafforzare ulteriormente la sua democraticità<sup>47</sup>, ma soprattutto l'incidenza delle sue competenze. In ogni caso, non si può non vedere con favore qualsiasi riforma finalizzata a realizzare una maggiore connessione tra elettori e organo esecutivo, quale la Commissione, gradualmente legittimando direttamente sempre più le Istituzioni europee, così come contribuisce a fare la descritta prassi dei «candidati principali».

Ancor più, in questa direzione andrebbero le proposte volte ad prevedere un Presidente della Commissione direttamente eletto dai cittadini europei, o ancora la proposta – assai più evoluta – volta a designare un unico Presidente

---

<sup>46</sup> Pur essendo auspicabile altresì una radicale riforma del sistema elettorale europeo, non sembrano ancora superate le obiezioni mosse anche dal Tribunale costituzionale tedesco per cui continua a mantenersi una sostanziale disuguaglianza tra i cittadini europei, tale da configurare il Parlamento europeo come rappresentante dei popoli degli Stati e non del popolo europeo. Sul punto si veda TRUCCO (2011, 173 ss.).

<sup>47</sup> Volendo si rinvia a RAFFIOTTA (2012, 17 ss.).

avente duplice funzione, possibilmente ricoprendo dunque tale carica sia nel Consiglio europeo che nella Commissione: il c.d. *double-hatted President*, che porterebbe con sé l'innegabile vantaggio di superare il cortocircuito attualmente intercorrente fra la Commissione (e, più in generale, le Istituzioni europee) e gli Stati membri rispetto a molte decisioni di indirizzo politico e legislativo che sovente vengono vissute come imposte a livello nazionale. Allo stesso tempo assicurando un'immagine davvero omogenea di Unione Europea anche rispetto ai Paesi terzi, i quali si ritroverebbero ad avere un unico interlocutore (L. D'Amico, 2018).

Per fare ciò però urge definire obiettivi comuni tra i Paesi membri, drasticamente chiarendo chi davvero desidera portare avanti il progetto politico europeo (cedendo ulteriori spazi di sovranità e dunque competenze in favore dell'UE), e chi invece desidera mantenere più un'integrazione di tipo commerciale.

Nell'attuale contesto, infatti, più che in passato, risulta arduo qualificare l'ordinamento europeo attraverso le classiche categorie del diritto pubblico. Difficile dire cosa sia l'Unione Europea, anzi, a seguito degli sviluppi seguiti alla crisi economica del 2008, pare persino difficile distinguere i numerosi ordinamenti che la caratterizzano. Una vera e propria crisi d'identità dell'Europa e, per certi versi, di chi la studia<sup>48</sup>. La confusione sulla stessa definizione del progetto eurounitario, pare derivare dalla constatazione che alla tradizionale Unione dei 28 Paesi membri – che dovrebbe rappresentare l'Europa unita – è necessario affiancare molte altre differenti integrazioni: distinte per gli Stati che le compongono, per le specifiche competenze e in alcuni casi per le peculiari Istituzioni (sovente, appositamente create). Il riferimento è ai 19 Paesi che adottano la moneta unica e compongono l'Eurozona, o all'*Euro Plus Pact* al quale hanno aderito 23 Stati; o ancora al Trattato sul c.d. *Fiscal Compact* sottoscritto da 25 Governi, o a quello sul c.d. «fondo salva Stati» (*ESM*) siglato invece da 17 Paesi. Per non parlare dei vari ambiti – fuori o dentro la cooperazione rafforzata disciplinata dal diritto europeo – nei quali i singoli Governi hanno dato vita a differenti processi di integrazione.

Molti studi si sono interessati a tale complesso, disordinato, inarrestabile processo, rappresentandolo e qualificandolo attraverso varie efficaci locuzioni, tra le altre: integrazione a due velocità, a più velocità, *step-by-step*, integrazione rafforzata, asimmetrica, graduale, forte, variabile, a cerchi concentrici, a più

---

<sup>48</sup> L'oggetto di studio pare ormai ancora più complesso rispetto alla classica polemica – non del tutto sopita – tra internazionalisti e costituzionalisti «convertiti» a studiosi del diritto dell'Ue, che ha avuto la sua più elevata espressione nel dialogo a distanza tra AMATO (2003, 291 ss.), e CONFORTI (2004, 1 ss.).

o multi fase, a doppio binario, altalenante, á la cartè, a geometria variabile, a più livelli, a due livelli... e si potrebbe continuare all'infinito. Le locuzioni e la fantasia in tale ambito sembrano avere vasti confini, forse, purtroppo, indeterminati quanto gli spazi di differenziazione dell'integrazione europea<sup>49</sup>.

Un complesso processo all'interno del quale partecipano in modo differente Stati membri o Stati non membri dell'Ue, insistendo in differente modo sullo spazio e il tempo. Un processo alcune volte regolato dai Trattati europei, altre volte, più spesso, uscendo dai confini del diritto europeo per muoversi seguendo le vie aperte e imprevedibili del diritto internazionale (L. S. Rossi, 2012, 293 ss.). In questi ambiti, in alcuni casi operano le Istituzioni europee, in altri, più spesso, i governi dei Paesi aderenti, in altri ancora operano nuove Istituzioni create *ad hoc*.

Ne deriva un quadro di incertezza, dal quale è difficile ricavare una sola chiave di lettura del processo di integrazione. Al di là delle formule utilizzate per descriverlo – tutte efficaci locuzioni – resta un ordinamento fluido ed estremamente differenziato, all'interno del quale è difficile individuare un unico ordinamento: un'unica Unione Europea.

La priorità, dunque, pare essere quella di semplificare la composizione dell'UE insistendo anzitutto sull'eurozona, in un'ottica radicale dei Trattati che possa anche sfruttare l'occasione data dall'uscita, o meno del Regno Unito<sup>50</sup>, che porti, da un canto a rafforzare la democraticità delle Istituzioni europee, dall'altro, però, a dotarle delle competenze politiche necessarie a completare quello che la dottrina più attenta ha qualificato come il *federalizing process* europeo (Caravita, 2014), ormai non più reversibile, salvo ovviamente conseguenze di certo non prive di effetti traumatici<sup>51</sup>.

## 7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMATO, G. (2003), Verso la Costituzione europea, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2.
- BARBERA, A. (2008), Intorno alla prassi, in Barbera, A.; Giupponi, T. F. (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University press, Bologna.

<sup>49</sup> Lo ha dimostrato STUBB (1996, 283 ss.), il quale ha dedicato un intero studio alle diverse formule utilizzate per descrivere tale processo con una comparazione tra le principali lingue.

<sup>50</sup> MORRONE (2018), giustamente vede in tale tensione una «opportunità per affermare il costituzionalismo democratico nell'*integrazione eterarchica*» che però deve essere messa al riparo dai «nuovi agitati del sovranismo statalista».

<sup>51</sup> Come sembra dimostrare la recente ricerca di SAVASTANO (2019).

- BARTOLINI, S. (2006), Should the Union Be «Politicised»? Prospects and Risks, en Hix, Bartolini, *Politics: The Right or the Wrong Sort of Medicine for the EU?*, en *Notre Europe Policy Papers*, num. 19.
- BIN, R. (2014), Relazione finale, en Ciancio, A., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma.
- (2018), *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano
- BOGNETTI, G. (1994), Governo, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, Roma.
- CANNIZZARO, E. (2008), La riforma costituzionale dell'Unione Europea e il Trattato di Lisbona, *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- CARAVITA, B. (2014), Il Federalizing process europeo, *Federalismi.it*, n. 17.
- CARTABIA, M. (2014), Elezioni europee 2014: questa volta è diverso, *Quaderni costituzionali*, num. 3.
- CASTALDI, R. (2014), The politicization of the European elections and its potential effects on the EU, *Policy paper, Centre for studies on federalism*, n. 6.
- CIANCIO, A. (2014), Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa, en Ciancio, A. (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne: Roma.
- (2016), Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento Europeo, *Rivista AIC*, n. 3.
- CONFORTI, B. (2004), La dottrina del diritto comunitario: questa sconosciuta, *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1.
- COSTANZO, P. (2008), Oscillazioni della «forma di governo» dell'Unione Europea nel «Traité simplifié compliqué», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1.
- CURTI GIALDINO, C. (2014), Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura, *Federalismi.it*, n. 11.
- D'AMICO, L. (2018), Democraticità, trasparenza ed efficienza delle Istituzioni europee in vista delle elezioni del 2019 (e della Brexit...), [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it).
- DELLA CANANEA, G. (2005), La pseudo-riforma del patto di stabilità e crescita, *Quaderni costituzionali*.
- DONATI, F. (2014), Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE, *Rivista AIC*, n. 3.
- E. WILLE, E. (1983), L'Unione Europea. Compiti fondamentali e prospettive istituzionali, *Il Politico*, n. 4.
- FOIS, P. (2017), Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri, *Studi sull'integrazione europea*, n. 2.
- FOLLESDAL, HIX, S. (2006), Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik, *Journal of Common Market Studies*, n. 3.
- FROSINI, T. E. (2004), Premierato e forma di governo parlamentare, *Il Politico*, n. 1.
- (2012), La dimensione europea della forma di Stato e di governo, *Federalismi.it*, n. 5.
- (2018), *Declinazioni del governare*, Giappichelli, Torino.

- GUASTAFERRO, B. (2014), La prima volta del Presidente della Commissione “eletto” dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale, *Forumcostituzionale.it*.
- HIX, S. (2006), Why the EU need (Left-Right) Politics? Policy Reform and Accountability are Impossible without it, en Hix, S.; Bartolini, A., *Politics: The Right or the Wrong Sort of Medicine for the EU?*, Notre Europe Policy Papers, n. 19.
- IBRIDO, R. (2015), Oltre le «forme di governo». Appunti in tema di «assetti di organizzazione costituzionale» dell'Unione Europea, *Rivista AIC*, n. 1
- IBRIDO, R. LUPO, N. (2018), «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione Europea, en Ibrido, R.; Lupo, N. (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna.
- LIPPOLIS, V. (2002), I partiti politici europei, *Rassegna parlamentare*, n. 4.
- LUPO, N. (2019), The 2019 European Parliament elections: politically crucial, but without clear institutional effects, [www.on-federalism.eu](http://www.on-federalism.eu), n. 1.
- MANGIAMELI, S. (2008), Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa, *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 1-3.
- MARTINELLI, C. (2018), Formazione del governo e scioglimento del parlamento nel processo evolutivo del modello Westminster: regole convenzionali, norme scritte e prassi politica, *Il Filangieri, Quaderni*, Jovene, Napoli.
- MENGOZZI, P. (2006), *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova.
- MORRONE, A. (2018), I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea, *Federalismi.it*, n. 20
- PALADIN, L. (1996), Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario, *Le Regioni*, n. 6.
- PAPA, M. I. (2014), Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: «questa volta è (veramente) diverso»? , *Osservatorio costituzionale*, n. 2.
- PAPADOPOULOS, Y.; MAGNETTE, P. (2010), On the Politicization of the European Union: Lessons from Consociational National Politics, *West European Politics*, n. 33.
- PINELLI, C. (2008), Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona, *Rassegna Parlamentare*, n. 4.
- PITRUZZELLA, G. (1994), Art. 92-93, en Branca, A.; Pizzorusso, A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna.
- POCHET, P.; Deregnacourt, G. (1990), *Il Parlamento europeo: storia, funzionamento, competenze*, Osservatorio sociale europeo, Roma.
- PREDIERI, A. (1998), Trattato di Amsterdam e frattali, *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2-3.
- RAFFIOTTA, E. C. (2012), From the (difficult) representation to the (difficult) participation, *Przeglad Prawa Konstytucyjnego*, n. 2

- (2013), *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bonomia University press, Bologna.
- (2019), L'Unione Europea, en Frosini, T. E. (coord.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, Bologna.
- RINELLA, A. (1991), Rassegna delle ipotesi di riforma delle Istituzioni comunitarie con riferimento alle questioni della «legittimità democratica». Dall'Atto unico europeo ai lavori preparatori della conferenza intergovernativa sull'Unione politica, *Iustitia*, n. 2.
- ROSSI, L. S. (2012), «Fiscal Compact» e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2.
- RUGGERI, A. (1981), *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano.
- (2018), Tutela dei diritti fondamentali e ruolo «a fisarmonica» dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, *Dirittifondamentali.it*, n. 2
- (2018b), Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile, *Consulta OnLine*, n. 3.
- SAVASTANO, F. (2019), *Uscire dall'Unione Europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino.
- SAVINO, M. (2006), I Gabinetti della Commissione europea, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2.
- (2015), *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, en De Lucia, L.; Marchetti, B. (dir.), *L'amministrazione europea e il suo diritto*, Il Mulino, Bologna.
- SICO, L. (2001), Appunti sul Trattato di Nizza. La Commissione europea dopo Nizza, *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4.
- STAIANO, S. (2017), Rappresentanza. Relazione al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio, Università degli studi di Trento, 11-12 novembre 2016, *RivistaAIC.it*, n. 3.
- STUBB, A. (1996), A Categorization of Differentiated Integration, *Journal of Common Market Studies*, n. 2.
- TIZZANO, A. (1998), Profili Generali Del Trattato Di Amsterdam, *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3.
- TRUCCO, L. (2011), *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino.

# LA SALVAGUARDA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UE

SOFÍA LUCAS AREIZAGA\*

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Mecanismos. 3. Situación actual de crisis del Estado de Derecho en la UE. 4. Propuestas de mejora. 5. Reflexiones a modo de conclusión. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho constituye, junto con la democracia y la protección de los derechos fundamentales, uno de los valores esenciales de la Unión Europea (UE), como lo es, también, en los Estados miembros (en adelante EE. MM.)<sup>1</sup>. Sin embargo, a pesar de las expectativas de los Señores de los Tratados, en los últimos tiempos se enfrenta a un grave peligro en algunos EE. MM., como Polonia y Hungría.

Cuando el proceso de construcción europea pasó de una mera unión económica a una auténtica comunidad política, los EE. MM. consideraron necesario el reflejo en el Derecho primario de la UE de los valores que ya profesaban a nivel interno sus propias constituciones. Hay quien sostiene que esto no sólo

---

\* Doctoranda de la Facultad de Derecho de la UCM.

<sup>1</sup> Para una profundización de esta idea véase PECH (2009).

se hizo como un gesto coherente con sus nuevos fines, sino también en previsión de la ampliación de la UE hacia el Este de Europa (Sadurski, 2010, 386).

Por ello, es necesario repasar el reconocimiento progresivo de estos valores en los diferentes Tratados. Así, fue el Tratado de Maastricht el primero en reflejar los valores en los que ésta se basa de forma eminentemente simbólica. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam introdujo un mecanismo sancionador, así como el deber de respeto a los mismos como requisito inexcusable para la adhesión a la UE. Posteriormente, el Tratado de Niza introdujo la fase preventiva del mecanismo para la defensa de los valores. Por su parte, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), que por aquel entonces sólo gozaba de un mero valor político, recogía, igualmente, los valores. Finalmente, el Tratado de Lisboa los consagró en el artículo 2 y plasmó lo establecido por el Tratado de Ámsterdam, en los artículos 7 TUE y artículo 49 TUE.

El Estado de Derecho contemplado en el artículo 2 TUE constituye un reflejo de las tradiciones constitucionales comunes y su conceptualización supone de por sí, tanto a nivel nacional como europeo, un desafío. La doctrina ha señalado de forma reiterada que los textos constitucionales no proporcionan una definición del término, sino que lo dan por sobreentendido y que ese vacío tampoco se ha colmado por los intérpretes de la Constitución, sino que los esfuerzos para determinar su significado han recaído en la doctrina. Autores como Pech consideran que existe una correspondencia entre lo que se entiende a nivel nacional y a nivel europeo (Pech, 2009, 17-44).

Así, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) caracterizó por primera vez la por entonces Comunidad Europea como una comunidad de Derecho en la sentencia Los Verdes<sup>2</sup>.

Posteriormente, el TJUE ha tratado de colmar de contenido el valor del Estado de Derecho, como en el paradigmático caso Kadi<sup>3</sup> considerando que de él emana la protección de los derechos fundamentales o en el caso Rosneft<sup>4</sup> ligándolo a la garantía de la tutela judicial efectiva o, en el más reciente caso ASJP, donde el TJUE ha desglosado los diferentes elementos del valor del Estado de Derecho vinculándolo no sólo a su propia jurisdicción sino a la colaboración judicial con los jueces y tribunales nacionales mediante la cuestión prejudicial y señalando la independencia judicial como elemento esencial del mismo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Caso LOS VERDES C-294/83 ECLI: EU: C: 1986:166, p.23.

<sup>3</sup> Caso KADI C-402/05 P y C-415/05 P ECLI: EU: C:2008:461, p.282-286.

<sup>4</sup> Caso ROSNEFT C-72/15 ECLI: EU: C:2017:236, pp.72-75.

<sup>5</sup> Caso ASJP C-64/16 ECLI: EU: C:2018:117, pp. 29-37 y pp.41-44.

En la doctrina podemos encontrar conceptualizaciones tildadas de gruesas<sup>6</sup> que lo definen como un principio constitucional primario, estructural, y es que «(...) el Estado de Derecho, junto con los principios de democracia, libertad y protección de los derechos fundamentales, representa un valor fundacional del sistema jurídico de la UE» (Pech, 2009, 62) derivado de su naturaleza de principio o valor que afecta a todo (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 5). Igualmente, Pech atribuye distintas características a este principio como principio paraguas, de carácter tanto procesal como sustantivo que es esencial para la protección de los derechos fundamentales, y que constituye un principio con valor interpretativo (Pech, 2010, 369-377), mientras que otras conceptualizaciones, más finas, estiman que «el Estado de Derecho esencialmente describe un sistema donde las leyes son aplicadas y cumplidas» (Ovadek, 2018, 496). Dada la dificultad que constituye el intento de desgranar los componentes de este valor preferiremos las definiciones gruesas que se corresponden con la jurisprudencia del TJUE y con los criterios empleados por las distintas instituciones europeas en la denominada crisis del Estado de Derecho.

## 2. MECANISMOS

El Tratado de Lisboa prevé, por un lado, el mecanismo específico para la salvaguarda de los valores de la UE del artículo 7 TUE y, por otro lado, el general del procedimiento infracción por incumplimiento del Derecho de la UE del artículo 258 TFUE. El artículo 7 TUE prevé dos fases, una preventiva y otra sancionadora. Por su parte, el mecanismo del procedimiento de infracción está concebido para perseguir el incumplimiento del Derecho de la UE, tanto primario como derivado. A continuación, procederemos a describir el funcionamiento de cada uno de estos instrumentos.

El artículo 7 en su parte preventiva contempla en primer lugar, que el Consejo por mayoría de 3/5 tras la propuesta razonada de 1/3 de EE. MM., del Parlamento Europeo (PE), o de la Comisión Europea (CE) y tras obtener el consentimiento del PE, constate que existe un claro riesgo de una vulneración grave de los valores en un Estado miembro, que deberá ser oído y al que se le podrán dirigir recomendaciones. En segundo lugar, el artículo 7 en su apartado segundo dispone que, tras la intervención de la CE o de 1/3 de los EE. MM. en el Consejo de la UE, el Consejo Europeo adopte por unanimidad una declara-

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, OVADEK (2018, 496).

ción determinando la existencia de un riesgo claro y persistente de vulneración de los valores de la UE.

La doctrina considera que esta modalidad *ex ante* del artículo 7 obedece a la experiencia vivida en el episodio austríaco con el presidente Jörg Haider y el denominado Informe de los Tres Hombres Sabios en la que se pudo comprobar la conveniencia de establecer un «sistema de alerta temprana» (Sadurski, 2010, 385-409) mediante contactos con el Estado miembro implicado, y tratar de resolver la situación mediante el diálogo, dando así la oportunidad de volver a la senda trazada por los valores de la UE sin necesidad de pasar a una acción tan grave como las sanciones (Besselink, 2017, 133). Sobre esta primera fase la doctrina ha considerado que los requisitos tornan muy difícil su activación, y aprecia su limitada efectividad (Ídem 143).

Se produjeron llamamientos tanto por parte de los gobiernos de EE. MM.<sup>7</sup> como del PE<sup>8</sup> para promover el desarrollo de este artículo 7, que, finalmente la CE llevó a cabo en 2014 con el Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho<sup>9</sup>. Este Marco propuesto por la CE está compuesto de tres pasos: una primera evaluación de la CE cuyo resultado ha de ser comunicado al Estado miembro implicado y que es confidencial; en segundo lugar, la CE dirige recomendaciones específicas y, por último, supervisa la adecuación a las recomendaciones. Si continúa la insatisfacción de la CE al finalizar estas tres fases, se propondrá la activación del artículo 7 TUE.

Este Nuevo Marco no ha estado exento de críticas dado que el Servicio Jurídico del Consejo de la UE estimó que la CE se auto-atribuía competencias de supervisión en materia de valores de la UE que superaban las establecidas por los Tratados<sup>10</sup>. La doctrina, sin embargo, ha concluido que precisamente es el artículo 7 la única disposición de los Tratados que permite a la UE inmiscuirse en asuntos internos no comprendidos en el reparto competencial de los Tratados, es decir, por el Derecho de la UE (Besselink, 2017, 139; Baratta, 2016, 366), y a diferencia de lo que sucede con la aplicación de la Carta en los EE. MM., cuyos contornos han tratado de ser construidos restrictivamente no sólo

---

<sup>7</sup> Gobiernos de Alemania, Finlandia, Dinamarca y Holanda Carta de Guido Westerwelle, Villy Søvndal, Erkki Tuomioja y Frans Timmermans a José Manuel Barroso (6 de marzo de 2013).

<sup>8</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2012, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, punto 1, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0500+0+DOC+XML+V0//ES> (10/11/2018)

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho», COM/2014/0158 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0158> (10/11/2018)

<sup>10</sup> Council of the European Union, Opinion of the Legal Service on Commission Communication on a new EU framework to strengthen the rule of law, disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf> (10/11/2018), p. 24

por la letra de la propia Carta<sup>11</sup> sino por la interpretación que de ésta ha hecho el TJUE<sup>12</sup> disponiendo que ésta sólo es aplicable en los EE. MM. cuando éstos aplican el Derecho de la UE.

A continuación, y teniendo como premisa para su aplicación la previa declaración del artículo 7.2 TUE por el Consejo Europeo, el apartado tercero dispone la facultad del Consejo de imponer sanciones, mediante mayoría cualificada. Acerca de las sanciones, la doctrina considera que, más allá de la privación de los derechos de voto en el Consejo mencionados expresamente, existiría la posibilidad de suspender derechos dimanantes de legislación derivada de la UE, como, por ejemplo, el acceso a los fondos europeos (Šelin, Bond, Dolan, 2017, 11; Halmai 2018, 19). En esta dirección discurre una reciente propuesta de la CE<sup>13</sup>. En cualquier caso, el límite está en sus efectos negativos sobre los derechos de personas jurídicas o naturales, lo que sugiere que las sanciones deben respetar el principio de proporcionalidad (Besselink, 2017, 129-131).

Asimismo, es necesario señalar que en el proceso de redacción de esta tercera parte del mecanismo del artículo 7 TUE se tuvo que elegir entre darle una naturaleza política o jurídica, y, por lo tanto, reservar un papel más marginal o central al TJUE. La literalidad del precepto revela que se optó por la primera opción (Ídem 132) y el artículo 269 TFUE lo confirma ya que restringe la jurisdicción del Tribunal a los aspectos procesales. La doctrina considera esta decisión coherente con la trascendencia política que reviste la sanción a un Estado miembro por no respetar los valores de la UE (Pech, 2009, 65; Clo-sa, Kochenov, Weiler, 2014, 7), y que no sería adecuado encomendar dicha responsabilidad al TJUE. Por otra parte, hay autores (Pinelli, 2012, 6) que señalan la falta de voluntad política para la utilización de este mecanismo y otros que apuntan que es, precisamente, el carácter eminentemente político del mecanismo uno de los principales obstáculos señalados por la doctrina (Besselink, 2017, 143) a su puesta en marcha.

Por su parte, el procedimiento de infracción está dividido igualmente en dos partes. Una primera fase administrativa y una segunda judicial. En la administrativa la CE trata de establecer contactos informales con el Estado miembro para transmitirle la insatisfacción de la CE, en su calidad de guar-

<sup>11</sup> Artículo 51 CDFUE.

<sup>12</sup> Sirvan de ejemplo las dictadas en el Caso Siragusa C-206/13 ECLI: EU: C: 2014:126, párrs. 20-29; y en el Caso Torralbo Marcos, C-265/13, EU: C:2014:187, párrs. 27-29.

<sup>13</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, COM/2018/324 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A324%3AFIN> (10/11/2018)

diana de los Tratados (artículo 17 TUE), por el incumplimiento del Derecho de la UE que supone su práctica o legislación nacional. En caso de ser infructuosos estos intentos informales, la CE da inicio formalmente al procedimiento de infracción mediante la carta de emplazamiento. La CE da un plazo, normalmente de dos meses, al Estado miembro para que explique su comportamiento e informe a la CE de sus intenciones de rectificar o no. Si tras el plazo concedido no se responde o se responde insatisfactoriamente, la CE puede adoptar un dictamen motivado y decidir trasladarlo al TJUE, pasando por tanto a la fase judicial, para que declare el incumplimiento. Por último, si a pesar de esta declaración judicial, el Estado miembro no se aviniera a cumplir, el TJUE podrá sancionarle económicamente de acuerdo con el artículo 260 TFUE <sup>14</sup>.

Asimismo, en el marco del procedimiento de infracción, es necesario mencionar el artículo 259 TFUE que permite a cualquier Estado miembro denunciar el incumplimiento por parte de otro Estado miembro al TJUE, opción raramente utilizada. En todo caso, a pesar de que este procedimiento supedita su inicio a su comunicación a la CE y la obligación de la CE de emitir un dictamen motivado tras dar audiencia al Estado miembro afectado por dicha denuncia, aun a falta del informe razonado de la CE, pasados tres meses de su comunicación el procedimiento ante el TJUE puede continuar. Además, a pesar de que tiene la fama de ser «un recurso para las causas perdidas», serviría para presionar a la CE a actuar (Pech, Scheppele, 2017, 40).

El procedimiento de infracción está concebido, en principio, para infracciones específicas del Derecho de la UE, y, por tanto, no está diseñado para abordar una generalizada deficiencia en el Estado de Derecho en un Estado miembro. Sin embargo, algunos autores como Scheppele, Von Bogdandy y otros consideran que el TJUE no se ha opuesto a la posibilidad de que abarque una generalidad de incumplimientos (Scheppele, 2016; Von Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Taborowski, Schmidt, 2018, 990). Nagy ha llegado a tildar las iniciativas emprendidas por la CE mediante este tipo de procedimientos contra EE. MM. con el objetivo final de preservar los valores como «los trucos de Al Capone» (Nagy, 2017, 9). El motivo de esta comparación se debe a que, como sucediera con el famoso capo mafioso, no se le juzgó por aquello que se sabía había hecho, sino por lo que se le pudo imputar. La CE de esta forma ha tratado de afrontar la violación de los valores de la UE. En cualquier caso, la decisión de la CE de iniciar un procedimiento de infracción es esencialmente discrecional, lo que, en ocasiones se ha considerado que se debe a las no ejem-

---

<sup>14</sup> Explicación del funcionamiento del artículo 258 TFUE en GORMLEY (2017, 66-70).

plarizantes ni constructivas cesiones, el regateo o *horse-trading*, entre los miembros de la CE y el Estado miembro afectado (Gormley, 2017, 65; De Schutter; 2017, 14). Por otra parte, en determinados casos, como en el de Grecia durante la crisis de la Eurozona, se ha decidido «congelar» los procedimientos de infracción para no sobrecargar a la opinión pública (Gormley, 2017, 68).

De Schutter ha apreciado que la CE se ha limitado recientemente a impulsar procedimientos de infracción únicamente cuando tenía expectativas de poder ganarlos (De Schutter, 2017, 22). Esta discrecionalidad ha sido objeto de un caso ante la Defensoría del Pueblo de la UE sobre el papel de la ciudadanía en dicho procedimiento, en el que se incidió en la esencial motivación de sus actos. En respuesta, la CE presentó una comunicación que ha sido actualizada en 2012<sup>15</sup>. Sin embargo, De Schutter concluye que solo reafirma la discrecionalidad de la Comisión (De Schutter, 2017, 46-52).

Por tanto, un análisis en abstracto de los mecanismos existentes revela que la caja de herramientas<sup>16</sup> es reducida, difícil de usar, discrecional y no necesariamente efectiva.

### 3. SITUACIÓN ACTUAL DE CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UE

Es sabido que en Polonia y Hungría existe una crisis del Estado de Derecho de acuerdo al menos con lo expresado tanto por la CE como el PE. Por tanto, me limitaré a referir las consideraciones esgrimidas por una y otra institución. El relato debe ser leído teniendo en cuenta los parámetros que pueden emplearse para concluir que el Estado de Derecho está en riesgo. En este caso nos ceñiremos a los que se han atenido la CE y el PE, pero no podemos desconocer su correspondencia con los empleados, por ejemplo por el Consejo de Europa (CoE) cuando confecciona su Informe Anual<sup>17</sup> o los del proyecto World Justice Project<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de actualización de la gestión de las relaciones con el denunciante en relación con la aplicación del Derecho de la Unión COM/2012/0154 final, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0154\(10/11/2018\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0154(10/11/2018)).

<sup>16</sup> Expresión utilizada por el Vicepresidente de la CE, Frans Timmermans.

<sup>17</sup> Informe 2017: State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law Populism – How strong are Europe’s checks and balances?, p.3, disponible en: <https://edoc.coe.int/en/an-overview/7345-pdf-state-of-democracy-human-rights-and-the-rule-of-law.html> (10/11/2018).

<sup>18</sup> Informe 2017: World Justice Project Rule of Law Index 2017–2018, pp. 12-17, disponible en: [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf) (10/11/2018).

En primer lugar, el caso polaco. Todo comienza con la victoria en 2015 en las elecciones del partido actualmente en el Gobierno, el PiS (Ley y Justicia) por mayoría absoluta. Desde este momento se pone en marcha un programa político que ha sido tildado de ultraconservador y regresivo (López Aguilar, 2017, 107) y que inicia su andadura atacando al Tribunal Constitucional (TC). Me basaré en el contenido de la Propuesta Razonada de la CE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia<sup>19</sup>. Este documento se centra particularmente en dos objetos de las reformas legislativas polacas: la jurisdicción constitucional y la ordinaria, aunque es necesario señalar que tanto la doctrina (López Aguilar, 2017, 107) como el PE han referido otros extremos igualmente preocupantes<sup>20</sup>.

La CE acerca de la reforma del TC considera que ha dado lugar «de facto a una completa recomposición del TC fuera del normal proceso constitucional para el nombramiento de jueces» (Propuesta Razonada, 108). Por su parte, en lo que se refiere a la reforma de la arquitectura del sistema judicial mediante diferentes leyes<sup>21</sup> la CE sostiene que «contienen una serie de disposiciones que suscitan grave preocupación en lo que se refiere a los principios de independencia judicial y la separación de poderes» (Propuesta Razonada, 106). Esta reforma despierta gran preocupación en lo que se refiere a a) el cese y jubilación forzada de magistrados actuales del TS a los 65 años; y b) la modificación de la ley del Consejo del Poder Judicial (CPJ) polaco.

Esto supone en la práctica que 31 de los 83 magistrados del TS hayan sido removidos de sus puestos, lo que sumado a la reforma del sistema de elección de los miembros del TS por el CPJ polaco, hará que los nuevos miembros sean nombrados por el Presidente de la República a propuesta del nuevo CPJ que estará políticamente dominado por el partido en el gobierno (Ídem, 115-116). Tal y como aprecia la CE, esto afecta a la inamovilidad de los jueces y magistrados que, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Comisión de Venecia, es una garantía esencial de la independencia judicial: «la judicatura debe estar protegida con la inamovilidad precisamente como forma de prevenir la presión política de otros poderes del Estado»

---

<sup>19</sup> Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia COM/2017/0835 final, (en adelante Propuesta Razonada), disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0835> (10/11/2018).

<sup>20</sup> La falta de pluralidad en los medios de comunicación, la restricción de los derechos sexuales y reproductivos, la discriminación racial y el antisemitismo o la limitación y ataque a los derechos de las personas migrantes y refugiadas, por mencionar algunas

<sup>21</sup> Ley sobre el Tribunal Supremo, Ley sobre el Consejo Nacional del Poder Judicial, la Ley sobre la Organización de la Jurisdicción Ordinaria, Ley sobre la Escuela Judicial Nacional.

(Ídem, 117). Por tanto, estas reformas afectan al «principio de la independencia judicial y al derecho a un tribunal independiente» (Ídem, 122). En concreto, acerca de la Ley del CPJ, cuyo papel para proteger la independencia de la justicia es crucial (Ídem, 137), ve su mandato terminado de forma prematura (Ídem, 139) y sustituido por uno nuevo nombrado con el nuevo sistema, que permite una gran influencia del poder político, ya que serán nombrados directamente por el parlamento polaco sin garantía de que las personas nombradas gocen del apoyo de sus pares (Ídem, 142). La CE, al igual que la Comisión de Venecia, determina que se produce una alta politización (Ídem, 144). Además, existen otras reformas preocupantes como la introducción de procedimientos disciplinarios cuyos actores dependerían directamente del Presidente de la República o el poder de prolongar el mandato de los jueces del TS, entre otros. En conclusión, de acuerdo con la CE Polonia ha aprobado leyes que han terminado por afectar a todo el poder judicial «cuyo patrón común es que tanto el ejecutivo como el legislativo han sido sistemáticamente autorizados a intervenir en su funcionamiento» (Ídem, 173). De acuerdo con la CE los efectos de esta legislación «ponen en serio riesgo la independencia del poder judicial y la separación de poderes que son componentes claves del Estado de Derecho» (Ídem, 173).

Por su parte, el caso húngaro es igualmente desolador, la lectura de la recientemente aprobada Propuesta Razonada para la activación del artículo 7 TUE contra Hungría del PE<sup>22</sup> es como poco estremecedora. Treinta páginas plagadas de vulneraciones sistemáticas de derechos humanos, de las garantías básicas de un sistema democrático y dejando vaciados de contenido los instrumentos del Estado de Derecho. La lista de preocupaciones del PE es larga y viene acompañada de informes de instituciones internacionales y europeas encargadas de supervisar el respeto a los derechos humanos y las garantías democráticas: la ONU, la OSCE, la Comisión de Venecia y la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (en adelante FRA), entre otras. Además, se citan numerosas sentencias del TEDH en las que se ha condenado a Hungría por violaciones del Convenio. Por razones de espacio no me es posible entrar a detallar todo su contenido y me remito a la lista de preocupaciones expresadas en su citada Resolución por el PE. Todo comenzó en 2010 con la victoria electoral de Viktor Orban que se ha visto

---

<sup>22</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0340+0+DOC+XML+V0//ES> (10/11/2018); para una profundización en la situación húngara SZENTE (2017).

revalidada por tercera vez en abril de 2018. Nuevamente su plan político es calificado de ultranacionalista y ultraconservador (López Aguilar, 2017, 104). Son sobradamente conocidas sus declaraciones sobre la inmigración y las personas refugiadas o contra las universidades europeas.

La acción de las instituciones de la UE frente al desafío a los valores en el caso de Polonia ha sido recorrer todos los pasos del Marco del Estado de Derecho, que Polonia ha ignorado de forma sistemática, ya que no ha derogado ninguna de las leyes objeto de preocupación. Además, se han iniciado procedimientos de infracción<sup>23</sup>, dos de los cuales podríamos considerar de infracción sistemática, que son, en particular el iniciado contra la Ley del TS y la Ley de organización de la jurisdicción ordinaria, ya que se presentan en términos de violación del artículo 19 TUE. Por otro lado, encontramos procedimientos de infracción que se refieren a aspectos concretos del Derecho de la UE como las normas de asilo o las Decisiones del Consejo sobre el conocido como sistema de reubicación. En particular, en el procedimiento acerca de la Ley del TS, la Vicepresidenta del TJUE dictó por primera vez un auto en el que estimó las medidas cautelares solicitadas por la CE europea sin haber oído a las autoridades polacas y ordenando la suspensión inmediata y retroactiva de la Ley, lo que Sarmiento ha denominado como revoluciones cautelares (Sarmiento, 2018).

En el caso húngaro, la activación del artículo 7 por el PE ha sido solicitada con la mencionada Resolución. Por ahora el Consejo tan sólo ha tomado nota de la solicitud, en su última reunión del 16 de octubre de 2018<sup>24</sup>. En cuanto a los procedimientos de infracción contra Hungría, encontramos el que podríamos considerar «sistemático», el iniciado por vulneración por del *EU acquis* en materia de asilo e inmigración. Además, existen los específicos sobre los instrumentos jurídicos de asilo o sobre la legislación de organizaciones civiles que está afectando a las ONG de origen extranjero que refiere el artículo 63 del TFUE y derechos de la CDFUE, entre otros<sup>25</sup>. Anteriormente hubo dos sentencias del TJUE determinando el incumplimiento, una sobre la legislación que disponía la jubilación anticipada de jueces, fiscales y notarios<sup>26</sup> y otro sobre el cese de la autoridad supervisora de protección de da-

---

<sup>23</sup> Actualmente son 28 los procedimientos de infracción iniciados contra Polonia en los ámbitos del área de justicia, derechos fundamentales y ciudadanía y el área de Asuntos de Interior de acuerdo con Base de Datos CE sobre procedimientos de infracción.

<sup>24</sup> Outcome of the Council meeting: <https://www.consilium.europa.eu/media/36898/st13125-en18.pdf>

<sup>25</sup> Actualmente son 20 los procedimientos de infracción iniciados contra Hungría en los ámbitos del área de justicia, derechos fundamentales y ciudadanía y el área de Asuntos de Interior de acuerdo con Base de Datos CE sobre procedimientos de infracción.

<sup>26</sup> Caso Comisión/Hungría C-286/12 ECLI: EU: C:2012:687.

tos<sup>27</sup>. En el primer caso en 2013 la CE lo cerró, asegurando haber logrado que Hungría adecuara su legislación<sup>28</sup>. En el segundo caso, se cerró también sin una explícita justificación de la CE. Sin embargo, tal y como recoge el PE y Pech no han tenido efecto real porque las personas jubiladas no han vuelto a sus puestos y el supervisor de datos fue indemnizado, pero no readmitido<sup>29</sup>.

Por tanto, solamente podemos concluir que la efectividad y el impacto real de la utilización de estos mecanismos han sido muy limitados.

En ambos casos la CE ha sido duramente criticada. En el polaco por la tardanza y la lentitud con la que ha ejecutado el Marco, que no ha obtenido ningún fruto real de dicho enfoque discursivo. Por el contrario, la doctrina estima que el paso del tiempo ha permitido que en los dos EE. MM. se haya consolidado el poder de sus gobernantes de tal forma que es muy difícil intervenir de forma efectiva para la UE, que se encuentra con hechos consumados y por tanto, casi imposibles de remover (Pech, Scheppele, 2017, 6). A este respecto, han sido considerables las acusaciones contra la CE por su actitud respecto de Hungría, contra la que oficialmente no ha adoptado ninguna medida específica para preservar los valores de la UE. Ello ha sido en ocasiones atribuido al previsible fracaso de la activación del artículo 7 en el Consejo, al gozar en este momento de la complicidad de otros Estados miembros, como Polonia o Austria. Sin embargo, se ha considerado que este argumento tan sólo le ha permitido desembarazarse de su obligación (Ídem, 31). Asimismo, el hecho de que el actual Comisario de Educación, Juventud y Deporte, fuera viceministro con Orban y artífice de algunas de sus reformas legislativas no ayuda a la hora de evaluar la posición de la CE en este asunto (López Aguilar, 2017, 106).

No se libra tampoco de críticas el PE en el caso húngaro que hasta ahora, dada la complicidad del Partido Popular Europeo (PPE), al que pertenece Orban, había impedido adoptar el Propuesta Razonada para la activación del artículo 7 TUE con la requerida doble mayoría del artículo 354.4 TFUE<sup>30</sup>.

Igualmente el papel del Consejo de la UE ha merecido reproches debido a que con su configuración actual<sup>31</sup> la aplicación práctica del artículo 7 es nula, pues,

<sup>27</sup> Caso Comisión/Hungría C-288/12 ECLI: EU: C:2014:237.

<sup>28</sup> Nota de prensa de la CE, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1112\\_EN.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1112_EN.htm) (11/10/2018).

<sup>29</sup> Resolución del PE sobre Hungría, previamente citada (sobre supervisor protección de datos) y punto 15 (sobre jubilación forzosa); Ibid 43, p.39 (supervisor), p.25 (jubilación).

<sup>30</sup> A efectos del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, el Parlamento Europeo se pronunciará por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen.

<sup>31</sup> Composición del Consejo Europeo, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/members/> (11/10/2018).

Hungría y Polonia se apoyan recíprocamente. Así, salvo que como se ha propuesto, se excluya de la votación a todos los EE. MM. sobre los que existen dudas de su adecuación a los valores de la UE (Scheppelle, 2016), no hay nada que hacer. Oliver y Stefanelli han señalado cuatro motivos por los que se está produciendo esta inacción en el Consejo: la propagación de gobiernos en la UE de partidos pertenecientes en su mayoría al PPE; los gobiernos del Este se sienten atraídos por los métodos de Orban; los EE. MM. prefieren ser cuidadosos en la activación del artículo 7 por miedo a que se les vuelva en contra, y, por último, hay EE. MM. que consideran que sería contraproducente. Todo esto, les lleva a concluir que si los EE. MM. continúan permitiendo el desafío constante y sistemático a los valores de la UE mientras se benefician de la pertenencia a la UE, otros EE. MM. acabaran por seguir la senda de Polonia o Hungría (Oliver, Stefanelli, 2016, 1081).

Por último, el TJUE, además de mediante el mencionado auto, ha podido jugar su papel en esta crisis de los valores de la UE en el caso LM<sup>32</sup>, una cuestión prejudicial planteada desde Irlanda acerca del impacto del inicio del procedimiento del artículo 7 en el principio de confianza mutua, que, recordemos, fue elevado a rango constitucional en el Dictamen 2/13<sup>33</sup>, a la hora de ejecutar una orden de arresto europea de Polonia. El TJUE ha decidido guiar a los tribunales nacionales con criterios para poder lidiar con la situación en Polonia y que podrán ser utilizados en el caso de otros EE. MM. Sin embargo, la doctrina ha considerado que la respuesta del TJUE no lleva a ninguna parte. Así, el Tribunal ha señalado el valor político del artículo 7 TUE, ha reservado a las instituciones de la UE la decisión de suspender el principio de confianza mutua, de manera tal que, al contrario de lo esperado, el TJUE, en lugar de constatar la existencia de deficiencias sistemáticas en el Estado de Derecho en Polonia, ha delegado en los tribunales nacionales<sup>34</sup>.

#### 4. PROPUESTAS DE MEJORA

La doctrina ha realizado diferentes propuestas que van desde una utilización innovadora de los mecanismos existentes hasta la creación de otros nuevos tanto dentro del marco legal que tenemos hoy como tras una eventual reforma de los Tratados.

---

<sup>32</sup> <https://verfassungsblog.de/hic-rhodus-hic-salta-the-ecj-hearing-of-the-landmark-celmer-case/> (11/10/2018).

<sup>33</sup> Dictamen 2/13, párr.168.

<sup>34</sup> Contribuciones al blog por diez autores diferentes en Verfassungsblog sobre la sentencia, disponible en: <https://verfassungsblog.de/category/themen/after-celmer/> (11/10/2018).

Por lo que se refiere a lo primero, tenemos la propuesta del procedimiento de infracción combinado con el artículo 2 TUE, el artículo 19 TUE y las sanciones del artículo 260 TFUE (Besselink, 2017, 9-11; Schmidt, Bogdanowicz, 2018, 40) en caso de que subsistiera el incumplimiento, en lo que se ha denominado un procedimiento de infracción sistemático (Scheppele, 2016; Besselink, 2017, 15). Esta vía está siendo explorada, y, como ha advertido Sarmiento (Sarmiento, 2018), podemos deducir que el TJUE está dispuesto a aceptar esta nueva versión de los procedimientos de infracción. Además, también se ha barajado reforzar el papel de los denunciantes en los procedimientos de infracción (De Schutter, 2017, 65-67), no sólo permitiendo que el TJUE les de audiencia y los convierta así en parte en el procedimiento sino, también, objetivando aún más la discrecionalidad de la CE. Se ha planteado, asimismo, la ruta al procedimiento de infracción por denuncia de otros Estados miembros, que se erigirían así en garantes de los valores de la UE (Kochenov, 2015). Continuando en el marco de los procedimientos de infracción se ha barajado, además, la posibilidad de acompañar las sanciones del artículo 260 TFUE con la consecuencia de retirada o suspensión de fondos europeos (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 11; Šelin, Bond, Dolan, 2017, 11; Halmai 2018, 19).

Se habla, por otro lado, de la protección de los tribunales nacionales de los derechos que el TJUE ha conferido a la ciudadanía europea (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 11)<sup>35</sup> y, de aplicar así, una suerte de doctrina Solange inversa<sup>36</sup>, es decir, que sean los tribunales nacionales los que, en la medida en la que la UE no sea capaz de hacerlo, protejan los derechos de los individuos. El principal problema es que el Estado de Derecho o los valores de la UE van más allá de las violaciones individuales de derechos fundamentales, son de naturaleza más estructural y dependen de una serie de factores tales como el acceso a la justicia o la decisión discrecional de los jueces nacionales de plantear la cuestión prejudicial (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 23).

Otra opción son los nuevos organismos o mecanismos de supervisión como la extensión de la supervisión pre-adhesión a los EE. MM. en una especie de «Comisión de Copenhague»<sup>37</sup>. Se barajarían sus prerrogativas, en la medida en la que deberían estar limitadas a instar la iniciación de procedimientos de infracción o preparación para la activación del artículo 7. En cuanto a su composición se plantea la estrecha colaboración con el CoE, al mismo tiempo que se prefiere como mecanismo propio de la UE (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 18) ya que

<sup>35</sup> Caso Zambrano C-C-34/09 ECLI: EU: C: 2011:124, párrs. 41-42.

<sup>36</sup> Autores originales de esta propuesta VON BOGDANDY, BOGDANOWICZ, CANOR, TABOROWSKI, SCHMIDT (2018).

<sup>37</sup> Propuesta original de MULLER (2014).

sería como poco extraño «externalizar cuestiones constitucionales claves» (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 23). Se preferiría a, por ejemplo la FRA, aunque, como se ha señalado, el alcance de sus competencias continúa siendo limitado de acuerdo con su mandato actual<sup>38</sup>, tal y como ha lamentado el PE<sup>39</sup> y la doctrina (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 28; Toggenburg, 2013). Tampoco se considera positivo incorporar a este nuevo órgano a la CE teniendo en cuenta su evidente fracaso de monitorización de los criterios de Copenhague (Ídem). Otras propuestas son las de un comité de deficiencias sistemáticas paralelo al Nuevo Marco o la propuesta del PE de un ciclo político sobre los derechos fundamentales<sup>40</sup> que requeriría una cooperación interinstitucional, entre los EE. MM., la FRA y otras instituciones especializadas.

El problema es que muchas de estas propuestas no encuentran una base legal específica en los Tratados, que podría, por una parte, construirse sobre una generosa interpretación de diferentes artículos capitales de los Tratados acerca de la protección de los derechos fundamentales, de los valores de la UE y de los roles de la Comisión y del Parlamento (Closa, Kochenov, Weiler, 2014,14), o por otra parte, considerar la utilización del artículo 352 TFUE, que plantearía dificultades por el requisito de la unanimidad en el Consejo.

Por último, están las propuestas que requerirían una reforma de los Tratados como la del artículo 7 TUE para flexibilizar su funcionamiento o un nuevo procedimiento preventivo de congelación de políticas y prácticas nacionales que se encuentren bajo el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Este último sería activado tras la provisión de prueba por la FRA e implicaría procedimientos de infracción acelerados (Carrera, Faure, 2010, 17)<sup>41</sup>. Por último, se plantea una lectura creativa del artículo 51 de la CDFUE (Closa, Kochenov, Weiler, 2014, 12) permitiendo al TJUE entrar en virtud del artículo 2 TUE en campos no comprendidos necesariamente por el Derecho de la UE, o un mecanismo de expulsión como en el CoE (Ídem)<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Decisión (UE) 2017/2269 del Consejo por la que se establece un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el período 2018-2022, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017D2269> (11/10/2018).

<sup>39</sup> Punto 8 o) Resolución 2014, establecer un nuevo mecanismo de Copenhague que garantice el respeto, la protección y la promoción de los derechos fundamentales y los valores de la Unión a que se refieren el artículo 2 del Tratado UE y la Carta de los Derechos Fundamentales.

<sup>40</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2012, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, punto 21, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0500+0+DOC+XML+V0//ES> (10/11/2018).

<sup>41</sup> En el mismo sentido la Resolución del Parlamento sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE anteriormente citada, punto 31.

<sup>42</sup> Artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa.

## 5. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Para terminar, hago mía la reflexión de LUCAS VERDÚ (2009, 129-130): «En momentos en que cunde el pesimismo y el desaliento como en las actuales circunstancias debido a la grave situación socioeconómica que afecta al mundo occidental, o cuando la contienda política produce en amplios sectores de la sociedad desencanto o frustración, el remedio está en recurrir a los valores (...) En definitiva, se trata de ver en los valores el elemento de unificación y de integración de la sociedad con el que se debe hacer frente a las tendencias in-solidarias y centrífugas que la aquejan y a los riesgos que la amenazan».

La UE, al igual que el CoE, fueron instituciones nacidas e inspiradas por la firme voluntad de prevenir y evitar que horrores como los ocurridos en la Segunda Guerra Mundial pudieran volver a suceder. En este sentido podemos ir aún más lejos en la Historia, y recordar el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que permanece todavía hoy vigente y tristemente de actualidad cuando señala que «(...) la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos<sup>43</sup>». Aldous Huxley dijo que la «única lección que nos enseña la Historia es que los seres humanos no aprendemos nada de las lecciones de la Historia». Por tanto, es imperativo un ejercicio de memoria histórica que nos recuerde por qué nos dimos estas normas que constituyen el reflejo de los valores que nos unen, y volvamos a reencontrarnos con la esencia de los mismos que no es otra que la protección de la dignidad de humana y la protección de la democracia como único sistema político posible, regido por las reglas del Estado de Derecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, R., (2016), Rule of Law “Dialogues” Within the EU: A Legal Assessment, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 8, Issue 2, pp. 357-372.
- BESSELINK, L., (2017), The Bite, the Bark, and the Howl Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives, en VV. AA., *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford University Press, Oxford, pp. 128-144.
- CARRERA, S., FAURE, A. (2010), *L’affaire des Roms. A Challenge to the EU’s Area of Freedom, Security and Justice*, CEPS, BRUSELAS, p.17, <https://www.ceps.eu/>

---

<sup>43</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf) (03/10/2019).

- ceps-publications/laffaire-des-roms-challenge-eus-area-freedom-security-and-justice/ (10/11/2018).
- CARRERA, S., GUILD, E., HERNANZ, N., (2013), *The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU Towards an EU Copenhagen Mechanism*, CEPS, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/triangular-relationship-between-fundamental-rights-democracy-and-rule-law-eu-towards-eu/> (10/11/2018).
- CLOSA, C., KOCHENOV, D., HH WEILER, J., (2014), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, RSCAS 2014/25, EUI WP, [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30117/RSCAS\\_2014\\_25\\_FINAL.pdf?sequence=3](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30117/RSCAS_2014_25_FINAL.pdf?sequence=3) (10/11/2018).
- DE SCHUTTER, O., (2017), *Infringement Proceedings as a tool for the Enforcement of Fundamental Rights in the European Union*, Open Society European Policy Institute, <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/infringement-proceedings-tool-enforcement-fundamental-rights-european-union> (10/11/2018).
- Debate en verfassungblog de diferentes autores: <https://verfassungsblog.de/category/themen/after-celmer/> (10/11/2018).
- GORMLEY, L. W., (2017), *Infringement Proceedings en The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, pp.65-78.
- HALMAI, G., (2018), *The possibility and desirability of economic sanction: Rule of law conditionality requirements against illiberal EU Member States* EUI WP 2018/06, [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51644/LAW\\_2018\\_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51644/LAW_2018_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y)(10/11/2018).
- KOCHENOV, D., (2015), *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, *Hague J Rule Law*, Issue 2, pp.153–174.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., (2016), *El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y «dilema de Copenhague»*, *Teoría y Realidad constitucional*, Núm.38, pp.101-142.
- LUCAS VERDÚ, P. (2009), *Sobre los valores*, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 23, págs. 117-132.
- MOXHAM, L., STEFANELLI, J., (2013), *Safeguarding the Rule of Law, Democracy and Fundamental Rights: A Monitoring Model for the European Union*, Bingham Centre for the Rule of Law, [https://www.biicl.org/files/6758\\_main\\_report\\_15\\_11\\_2013\\_commission\\_consultation.pdf](https://www.biicl.org/files/6758_main_report_15_11_2013_commission_consultation.pdf) (10/11/2018).
- MÜLLER, J., (2014), *The EU As A Militant Democracy, Or: Are There Limits To Constitutional Mutations Within EU Member States?*, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 165, pp.141-162.
- NAGY, C. I., (2017), *Do European Union Member States Have to Respect Human Rights? The Application of the European Union's "Federal Bill of Rights" to*

- Member States, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 27, Issue 1, pp. 1-13.
- OLIVER, P., STEFANELLI, J., (2016), Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54. Issue 5, pp. 1075-1084.
- OVADEK, M., (2018), The rule of law in the EU: many ways forward but only one way to stand still?, *Journal of European Integration*, vol. 40, Issue 4, pp. 495-503.
- PECH, L. (2009), The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union, Jean Monnet Working Paper 04/09, New York, <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/090401.pdf> (10/11/2018).
- (2010), “A Union Founded on the Rule of Law”: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law, *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue 3, pp. 359-396.
- PECH, L., SCHEPPELE, K., (2017), *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Vol. 19, pp. 3-47.
- PINELLI, C., (2012), *Protecting the fundamentals: article 7 of the Treaty on the European Union and beyond*, Foundation for European Progressive Studies.
- SADURSKI, W., (2010), Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, E. U. Enlargement, and Jörg Haider, *Columbia Journal of European Law*, Vol.16, Issue 3, pp. 385-426.
- SARMIENTO, D., (2018), Interim Revolutions, disponible en <https://verfassungsblog.de/interim-revolutions/> (10/11/2018).
- SCHEPPELE, K., (2016), Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions en Reinforcing rule of law oversight in the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 105-132.
- (2016), Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, disponible en <https://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too/> (11/10/2018).
- SCHMIDT, M., BOGDANOWICZ, P., (2018), The Infringement Procedure in the Rule Of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU, *Common Market Law Review*, Vol. 55, pp. 1061–1100.
- ŠELIN, J., BOND, I., DOLAN, C., (2017), Can EU funds promote the rule of law in Europe?, Centre for European Reform.
- SZENTE, Z., (2017), Challenging the Basic Values – Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them, en *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, pp. 456-475.
- TOGGENBURG, G., (2013), Fundamental Rights and the European Union: How Does and How Should the EU Agency for Fundamental Rights Relate to the EU Charter of Fundamental Rights?, *SSRN Electronic Journal*.
- VON BOGDANDY, A., ANTPÖHLER, C., IOANNIDIS, M., (2017), Protecting EU values Reverse Solange and the Rule of Law Framework en *The Enforcement of EU*

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

*Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, pp. 218-233.

VON BOGDANDY, A., BOGDANOWICZ, P., CANOR I., TABOROWSKI, M., SCHMIDT, M., (2018), Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines, Núm.55, *Common Market Law Review*, Issue 4, pp. 983-995.

# LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA: PROPUESTAS PARA SU DEFENSA

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS  
Universidad de Sevilla / Università di Bologna

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve aproximación histórica y marco jurídico de la cuestión en la Unión Europea. 3. La intervención europea ante los casos de Polonia y Hungría. 4. Propuestas de actuación en defensa del Estado de Derecho. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las amenazas sistémicas al Estado de Derecho constituyen una de las mayores crisis en el seno de la Unión Europea en los últimos años. Desde los inicios de esta década, una deriva autoritaria y nacionalista ha brotado sobre todo en el este de nuestro continente<sup>1</sup>, principalmente a raíz de la llegada al poder de líderes políticos que promueven programas de gobierno que atentan abiertamente contra los valores sobre los que se asienta la integración europea<sup>2</sup>. El Estado de Derecho como modelo político predominante en las demo-

---

<sup>1</sup> Se puede advertir una tendencia autoritaria y nacionalista en muy diferentes puntos del territorio europeo, y no solo en el este. No obstante, la diferencia radica en que en los casos de Hungría y Polonia –que serán únicamente los Estados miembros objeto de nuestro estudio– las amenazas al Estado de Derecho han adquirido un carácter sistémico y, en consecuencia, han desencadenado una intervención europea a efectos de reencauzar sendas crisis.

<sup>2</sup> Los valores de la Unión Europea aparecen recogidos actualmente en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Desde un primer momento, es preciso aclarar una cuestión terminológica. Existe

cracias modernas está en serio riesgo de descomposición en Hungría y Polonia y sus efectos adversos no se proyectan únicamente sobre estos Estados miembros, sino que tienen la potencialidad de poner en peligro todo el proyecto europeo.

La Unión Europea ha alcanzado unas elevadas cotas de integración que han generado un notabilísimo grado de interdependencia entre los Estados miembros y, a su vez, entre estos y la Unión. Precisamente, esta interdependencia permite explicar que la erosión del Estado de Derecho se extienda más allá del concreto Estado que, por acción u omisión, se posiciona en clara inobservancia de los principios comunes sobre los que se fundamenta la Unión. En particular, las externalidades de este fenómeno son fácilmente apreciables en un espacio basado en los principios de confianza mutua y de cooperación leal por los que se debe regir el comportamiento de los Estados integrantes<sup>3</sup>.

Estas graves crisis constitucionales han motivado la iniciación –sobre la que no existían precedentes hasta el momento– del procedimiento de prevención y sanción previsto en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que puede traer aparejado, entre otros efectos, la suspensión del derecho de voto del Estado infractor en el Consejo. Es por ese motivo por el que es conocido en los ambientes europeos como la «opción nuclear»<sup>4</sup>. Las iniciativas adoptadas a este respecto, empero, han resultado sustancialmente ineficaces e incapaces siquiera de poner freno a la degradación creciente en estos Estados miembros. En cualquier caso, es imprescindible poner en cuestión una visión muy extendida sobre las insuficiencias del marco jurídico europeo para hacer frente a estas crisis. Sin perjuicio de admitir la compleja formulación del artículo 7 TUE, que dificulta sobremanera su aplicación, es posible ofrecer alternativas a las vías de acción puestas en marcha y que se encuadran dentro del orden jurídico de la Unión. A la luz de estas consideraciones, nos ocuparemos de esbozar una sucinta aproximación histórica y al marco jurídico, examinar críticamente las deficiencias de la intervención europea y ofrecer propuestas encaminadas a resolver los desafíos al Estado de Derecho.

---

una opinión generalizada sobre la confusión que genera el uso del término «valores» al que se refieren los autores de los Tratados en su versión vigente. En este sentido, se ha afirmado que, desde un punto de vista técnico-jurídico, son sencillamente principios, y no valores. A los efectos de esta redacción, utilizaremos los términos principios y valores indistintamente para referirnos a los contemplados en el artículo 2 TUE. Sobre esta polémica, *vid.* PECH (2010, 366).

<sup>3</sup> Para una mayor elaboración sobre la incidencia de la crisis del Estado de Derecho en el conjunto de la Unión Europea, *vid.* CLOSA (2016, 18-19).

<sup>4</sup> Discurso del Estado de la Unión de 11 de septiembre de 2013, pronunciado por el Presidente de la Comisión Europea J. M. Durão Barroso, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-684\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm).

## 2. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y MARCO JURÍDICO DE LA CUESTIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Inicialmente, los Tratados originarios no contuvieron ninguna previsión sobre el principio del Estado de Derecho ni tampoco sobre posibles mecanismos para garantizar su respeto. Ambas ausencias encuentran su explicación, probablemente, en que los comienzos de la andadura del proyecto de integración europea estuvieron marcados por una orientación economicista, que otorgaba una clara preferencia por la constitución y consolidación de un mercado común. Las primeras versiones de los Tratados se basaban en la presunción de cumplimiento por los Estados miembros de los valores comunes, que, por aquel entonces, aún no gozaban de reconocimiento en los textos convencionales comunitarios<sup>5</sup>. Se ha apuntado a este respecto que la inexistencia de un catálogo expreso que los incorporara no impidió que se fuera fraguando una concepción de Europa como una verdadera comunidad de valores, que podían ser ya advertidos en la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950<sup>6</sup>. El cumplimiento de los mismos quedaba bajo la protección que cada uno de los Estados miembros decidiera concederle, salvo la posibilidad de acudir a la vía de la acción por incumplimiento cuando la violación al Estado de Derecho pudiera ser reconducida a un concreto precepto de los Tratados<sup>7</sup>. De este modo, se conformaba un régimen dual de acuerdo con el cual las normas de Derecho comunitario quedaban perfectamente amparadas por ese ordenamiento mientras que los principios quedaban más allá del alcance del mismo, lo que ponía de relieve la inexistencia de vías de imposición coactiva para el caso de incumplimiento de estos últimos<sup>8</sup>.

Procede recordar cuales fueron los orígenes del artículo 7 TUE, lo que nos constrañe a retrotraernos a la década de los años 70 y a la inminente adhesión de Grecia como telón de fondo. En ese momento, existía una percepción generalizada sobre la debilidad inherente a un país recientemente democratizado y, sobre la base de tal constatación, se toma conciencia de la necesidad de velar por la protección del Estado de Derecho en el marco de la Unión. A estos efectos, la Comisión en 1978 había contemplado una propuesta de mecanismo de sanción, que no llegó a tener más recorrido, limitándose a afirmarse como una mera toma en consideración<sup>9</sup>. No obstante, unos años más tarde, con mo-

---

<sup>5</sup> KOCHENOV (2017, 3).

<sup>6</sup> *Vid.* WEILER (2012).

<sup>7</sup> KOCHENOV (2017a, 3).

<sup>8</sup> *Vid.* KOCHENOV (2017b).

<sup>9</sup> *Vid.* KOCHENOV, PECH, SCHEPPELE (2018).

tivo de la preparación de una nueva reforma de los Tratados que desembocaría en la aprobación del Acta Única Europea de 1986, se redactó un borrador en el que se contenía tal mecanismo por primera vez, si bien nunca llegó a entrar en vigor<sup>10</sup>.

A partir de los comienzos de la década de los noventa se empezaron a incluir cláusulas tipo en todos los acuerdos de asociación y cooperación entre la Unión y terceros Estados, que declaraban el debido respeto a los principios democráticos, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Esta inicial vertiente *ad extra*, concretada en las cláusulas incorporadas en los acuerdos de asociación y cooperación, se completó con los criterios de Copenhague. Estos establecían las condiciones que debían cumplir los Estados candidatos para integrarse en la Unión, entre los cuales se encontraba el respeto al Estado de Derecho<sup>11</sup>. Se ponía así de manifiesto un tratamiento desigual –denominado por la doctrina como «dilema de Copenhague»– entre, por un lado, terceros Estados y Estados candidatos y, por otro, los Estados que habían accedido plenamente a la condición de miembros. En el primer caso se exigía el respeto al Estado de Derecho por medio de las citadas cláusulas tipo y los criterios de Copenhague, mientras que en el segundo se podía apreciar una ausencia de exigencia o control del respeto a ese principio.

La historia del artículo 7 TUE quedaría incompleta sin hacer mención a los trabajos preparatorios de los que trae causa la redacción del Tratado de Ámsterdam. Previamente a la Conferencia Intergubernamental de 1996, se constituyó un Grupo de Reflexión en el que se suscitaron los debates embrionarios del precepto. A este respecto, el Informe final elaborado por dicho grupo admitió haber debatido sobre «una disposición que permitiera sanciones o incluso la suspensión de la condición de miembro de la Unión en caso de violación seria de los derechos humanos y de la democracia por parte de cualquier Estado»<sup>12</sup>. Inmediatamente a continuación, se reconoció la división interna por lo que concierne a la introducción de este mecanismo, que parece estar auspiciado por la idea de apaciguar las recurrentes críticas sobre la desafección de los ciudadanos respecto al proyecto europeo y su déficit democrático<sup>13</sup>. Al mismo tiempo, con un mayor grado de concreción, vino a recono-

---

<sup>10</sup> Se trataba del artículo 44 del borrador del *Treaty Establishing the European Union*, también conocido como borrador Spinelli. *Vid.* Bulletin of the European Communities, February 1984, no. 2.

<sup>11</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague de 21-22 de junio de 1993, SN 180/1/93 REV 1, p.14.

<sup>12</sup> *Vid.* Informe final de Grupo de Reflexión, Parte I, Messina-Bruselas 2 de junio-5 de diciembre de 1995, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/reflex2\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/reflex2_en.htm). Traducción propia.

<sup>13</sup> SADURSKI (2010, 5).

cerse que la «violación repetida y grave de derechos fundamentales básicos o principios democráticos básicos» podría acarrear la suspensión, pero, en ningún caso, la expulsión del Estado miembro infractor en la medida en que puede poner en tela de juicio la irreversibilidad del proyecto de integración europea<sup>14</sup>.

El Tratado de Ámsterdam constituye un punto de referencia clave en esta materia en la medida en que a partir del mismo se cuenta con un marco jurídico claro por el que se reconoce el Estado de Derecho como principio integrante del acervo comunitario y se establece una garantía que vele por su respeto y cumplimiento en caso de violación. Efectivamente, entre las diferentes innovaciones introducidas con la aprobación de este Tratado, debe destacarse especialmente la incorporación de dos novedades normativas concernientes al Estado de Derecho: el artículo 7 y el artículo 49. El primero de ellos preveía la posibilidad de imponer sanciones a los Estados miembros cuando se constata-se «la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6» y el segundo exigía el cumplimiento de los principios enunciados en esa norma para todo Estado europeo que deseara adherirse a la Unión. En términos generales, se suelen apreciar dos órdenes de razones que actuaron como acicate para la introducción del artículo 7. Por un lado, la evolución de la Unión hacia una entidad no sólo económica y de mercado, sino también con una pronunciada ambición de constituirse en una organización política<sup>15</sup>. Por otro lado, el importante impacto de la futura ampliación del año 2004, que trajo consigo la incorporación de diez nuevos Estados del centro y este de Europa, con todos los desafíos que conllevaba la absorción de países con una cultura y tradición jurídica mayoritariamente comunista que apenas habían abrazado los ideales liberales<sup>16</sup>.

El próximo paso en el *iter* histórico de este precepto fue la nueva reforma de los Tratados con la aprobación del Tratado de Niza, que supuso añadir un mecanismo preventivo a la exclusiva vía sancionatoria existente hasta entonces. En particular, la revisión concedió a la Unión la posibilidad de intervenir a partir de la apreciación de la existencia de un «riesgo claro de violación grave» de los valores comunes por parte de un Estado miembro y, por tanto, permitiendo adelantar la intermediación europea antes de la constatación de la violación de los mismos.

---

<sup>14</sup> Vid. Informe final de Grupo de Reflexión, Parte II, punto 33, Messina-Bruselas 2 de junio-5 de diciembre de 1995, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/reflex4\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/reflex4_en.htm).

<sup>15</sup> SADURSKI (2010, 2).

<sup>16</sup> DE WITTE y TOGGENBURG (2004, 59).

Las ulteriores reformas de los Tratados mantuvieron la redacción de la norma prácticamente inmutable y se introdujeron modificaciones de escasa relevancia. En este sentido, el artículo I-59 del proyecto de Tratado Constitucional eliminó la posibilidad de solicitar a personalidades independientes que presenten un informe sobre la situación en dicho Estado miembro sobre el que se pretende activar el procedimiento. En la actualidad, el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, además de mantener la novedad señalada por su predecesor, va a incorporar detalles técnicos menores como la sustitución de la remisión a los valores comunes del artículo 6 por el artículo 2 en el que habían sido reenumerados y la sustitución del «previo dictamen» del Parlamento europeo por el de «previa aprobación». Desde una perspectiva sustancial, hemos de centrar nuestra atención en el artículo 7 TUE, que contempla, en esencia, un mecanismo de intervención en defensa de los valores comunes divisible en tres pasos, que se corresponden respectivamente con los apartados primero, segundo y tercero de la norma. En primer lugar, un procedimiento para declarar la existencia de un «riesgo claro de violación grave» de los valores referidos en el artículo 2 TUE y el posible envío de recomendaciones para reencauzar la situación de riesgo. En segundo lugar, un procedimiento para constatar la existencia de una «violación grave y persistente» de los mencionados valores por parte de un Estado miembro. Por último, la determinación de la sanción aplicable que, de acuerdo con la norma, se limitará a la suspensión de los derechos del Estado y, en ningún caso, a la expulsión de la Unión Europea<sup>17</sup>. En todo caso, debe precisarse que no se trata de un proceso en el que deba seguirse necesariamente de manera escalonada un paso tras otro y, por consiguiente, no se puede excluir la posibilidad de obviar la fase preventiva y acudir directamente al apartado segundo del artículo 7 TUE.

Para concluir con el régimen jurídico, resulta imprescindible aludir al supuesto específico establecido a través del Mecanismo de Cooperación y Verificación<sup>18</sup>. Todo ello, sin perjuicio de mencionar la proliferación de una pluralidad de normas de *soft law* aprobadas por la Unión en el marco de esta concreta

---

<sup>17</sup> A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el Consejo de Europa dispone de un mecanismo similar al artículo 7 TUE (artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa) cuyo ámbito de aplicación prevé no sólo una sanción consistente en la suspensión del derecho de representación de un Estado miembro que infrinja gravemente el principio del Estado de Derecho, sino también, en su caso, la expulsión del Estado de la organización internacional. Hungría y Polonia son Estados miembros del Consejo de Europa y, por tanto, son susceptibles de ser sometidos a este proceso de sanción, aunque lo cierto es que, por el momento, no ha sido activado nunca en la historia del Consejo de Europa. Sin perjuicio de apuntar este posible escenario teórico, admitimos que rebasa el ámbito de este estudio que se limita al Derecho de la Unión Europea.

<sup>18</sup> *Vid.* Art. 4.3 del Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea y los artículos 37 y 38 del Acta de Adhesión de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea.

crisis del Estado de Derecho sobre el que no podemos detenernos. El Mecanismo de Cooperación y Verificación es un instrumento creado por la Comisión para llevar a cabo un seguimiento a Bulgaria y Rumanía, con posterioridad a su adhesión en el año 2007, sobre determinadas deficiencias advertidas en estos países en materia de reforma judicial, corrupción y delincuencia organizada. Se concibe como una medida temporal que, por medio de evaluaciones e informes periódicos elaborados por la Comisión, tiene por objeto ayudar a que estos países puedan subsanar las deficiencias advertidas en las tres áreas citadas. Constituye en la práctica un mecanismo intermedio entre los criterios de adhesión previstos en el artículo 49 TUE y el artículo 7 TUE, que revela un tratamiento jurídico diferenciado respecto de estos Estados miembros.

### 3. LA INTERVENCIÓN EUROPEA ANTE LOS CASOS DE POLONIA Y HUNGRÍA

Situándonos ya en la actualidad, se detecta la existencia de un momento de crisis que afecta al Estado de Derecho que, como hemos visto, se instaura en el ámbito de la UE. Los inicios de esta crisis se sitúan en la victoria electoral del partido conservador Fidesz y el nombramiento de Viktor Orbán como Primer Ministro de Hungría en abril de 2010<sup>19</sup>. Desde entonces se ha desarrollado una agenda política dirigida a la construcción de un «estado iliberal» en directa oposición con el paradigma de organización política preponderante en Europa<sup>20</sup>. En sus esfuerzos por instaurar un Estado de estas características, Orbán ha promulgado una nueva Constitución en abril de 2011 –que ha sido reformada hasta en seis ocasiones en un período de apenas cuatro años– y ha aprobado una serie de textos legislativos que han erosionado seriamente la arquitectura institucional interna. En términos generales, el resultado ha sido el debilitamiento de los contrapesos al poder ejecutivo, que ha reforzado sus poderes en detrimento de los restantes poderes del Estado.

---

<sup>19</sup> Sobre la cronología de la crisis en Hungría, *vid.* SCHEPPELE, PECH (2018); Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), núm. 684a, noviembre 2016; Resolución del Parlamento europeo sobre la situación en Hungría, 17 de mayo de 2017, (2017/2656(RSP)).

<sup>20</sup> «In order to be capable of achieving this, in 2010, and especially these days, we had to make a statement that (...) was also categorised as blasphemy by the liberal world. We had to state that a democracy does not necessarily have to be liberal. Just because a state is not liberal, it can still be a democracy.» Discurso del primer ministro Viktor Orbán en el Bálványos Summer Open University and Student Camp, 26 de julio de 2014, texto completo en la página web oficial del gobierno de Hungría: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>.

Por su parte, la crisis en Polonia presenta importantes paralelismos con el caso húngaro. El punto de partida tiene lugar con la llegada al poder del partido Ley y Justicia (PiS, en sus siglas en polaco) en el año 2015 y, más concretamente, cuando dos de los principales cargos de la República de Polonia, Presidente y Primer Ministro, son ocupados por políticos de ese partido en mayo y noviembre de ese mismo año. En un período de tres años se han aprobado numerosas reformas legislativas, que han tenido como resultado el debilitamiento del sistema judicial polaco en su conjunto. Cabe destacar las reformas operadas sobre el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios, el Consejo Nacional del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y la Escuela Nacional del Poder Judicial, que han constituido un severo ataque a la separación de poderes y a la independencia del poder judicial como elementos claves del Estado de Derecho<sup>21</sup>. A resultas de esta crítica situación, la Comisión ha emitido cuatro Recomendaciones<sup>22</sup> e intercambiado más de 25 cartas con las autoridades polacas siguiendo ordenadamente las pautas previstas en un marco de acción adoptado por la Unión Europea, regido por el diálogo entre la Unión y el Estado miembro concernido<sup>23</sup>.

Existe una percepción muy extendida en el seno de la Unión Europea y de la comunidad internacional de que las actuaciones emprendidas por parte del gobierno en Hungría y en Polonia están socavando los pilares fundamentales del Estado de Derecho en esos países. Con vistas a superar esta situación de creciente degradación, la Unión Europea ha acudido con muchas reservas al mecanismo del artículo 7 TUE. Respecto del caso polaco, ha actuado en un primer momento en el contexto del «Marco para reforzar el Estado de Derecho en la Unión Europea» entablando un diálogo que ha resultado infructuoso y, posteriormente, se ha iniciado por parte de la Comisión el procedimiento recogido en el artículo 7 TUE<sup>24</sup>. Por su parte, la intervención europea en la crisis húngara ha sido más tardía y la iniciativa ha corrido a cargo del Parlamento Europeo<sup>25</sup>. La precaria respuesta de la Unión Europea a estos desafíos en el

---

<sup>21</sup> Para un estudio pormenorizado de los antecedentes que han motivado la reacción de las autoridades europeas en el caso polaco, *vid.* SCHEPPELE (2015a).

<sup>22</sup> Recomendación de la Comisión Europea de 27 de julio de 2016 sobre el Estado de Derecho en Polonia, 2016/1374 (Primera Recomendación); Recomendación de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 2016, 2016/146 (Segunda Recomendación); Recomendación de la Comisión Europea de 26 de julio de 2017, 2017/1520 (Tercera Recomendación); Recomendación de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2017, 2018/103 (Cuarta Recomendación).

<sup>23</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de marzo de 2014, COM(2014) 158 final. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho.

<sup>24</sup> Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, 20 de diciembre de 2017, COM(2017) 835 final.

<sup>25</sup> Resolución del Parlamento Europeo por la que se propone al Consejo que constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la

marco del precitado mecanismo se ha circunscrito al ámbito preventivo. En otras palabras, únicamente se ha puesto en marcha el apartado primero del artículo 7 TUE y, de hecho, ni siquiera en su totalidad puesto que, a día de hoy, el Consejo no se ha pronunciado sobre la propuesta motivada de la Comisión y del Parlamento europeo, respectivamente, para que constate la existencia de un riesgo serio de una violación grave. En términos jurídicos, apenas se han dado los primeros pasos previstos en los Tratados y, todo ello, a pesar de los flagrantes ataques al Estado de Derecho y los más que constatables efectos perniciosos para la estabilidad y la salud democrática de sus instituciones.

Principalmente, son dos las críticas que pueden dirigirse a la gestión de la crisis por parte de las autoridades europeas. Por un lado, las instituciones europeas han actuado con suma dilación y esta tardanza ha dificultado considerablemente la eficacia de las posibles medidas a adoptar. Por otro, no se ha procedido con la valentía y coherencia necesarias para atajar la crisis. Aludimos a la falta de valentía y coherencia en el sentido de que ni siquiera se ha adoptado completamente el mecanismo preventivo recogido en el apartado primero del artículo 7 TUE. A este respecto, hubiera sido deseable al menos haber intentado en su totalidad la vía del mecanismo preventivo y no haber dado por imposible esta estrategia debido a las importantes repercusiones que conlleva por la nada desdeñable sanción del *naming and shaming* (nombrar y avergonzar) y por el apoyo y respaldo que hubiera supuesto para la oposición en Hungría y Polonia. En cualquier caso, debe reconocerse que las mayorías exigibles para que prospere el mecanismo de prevención y sanción no son sencillas de alcanzar y es una de las principales motivaciones que ha obstaculizado la aplicación del mismo. Ahora bien, aun en el caso de desistir del intento de abordar el conflicto por medio del mecanismo de prevención y sanción, existen otras vías alternativas que no han sido tampoco ejecutadas y de las que nos ocuparemos a continuación.

#### 4. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO

Habiendo asistido en los últimos años a numerosas sugerencias provenientes de diferentes esferas que abogan por muy variadas propuestas, hemos optado por ofrecer aquellas que juzgamos más realistas y prometedoras en

---

Unión, 12 de septiembre de 2018, (2017/2131(INL)). En cuanto se refiere a la reacción diferenciada política y jurídicamente de la Unión Europea ante cada uno de tales Estados miembros, *vid.* SCHEPPELE, (2018d).

consideración a la posibilidad de su realización y la eficacia que tales medidas podrían comportar. Además, nuestra proposición presenta dos rasgos adicionales: son medidas a corto plazo y de índole judicial. Con esto queremos expresar que son medidas que podrían aplicarse en el futuro más inmediato porque no requieren de reforma de los Tratados y que privilegian la vía judicial en detrimento de la táctica de la persuasión política en los términos que ha sido aplicada hasta ahora<sup>26</sup>. Nuestra aproximación al problema es que la Comisión europea debe hacer uso de todos los instrumentos a su disposición y, por tanto, adoptar una estrategia que active varios mecanismos al mismo tiempo. Desde nuestro punto de vista, se debe optar por acudir al mismo tiempo a la vía de las infracciones sistemáticas encuadradas en la acción por incumplimiento y a la suspensión de fondos europeos.

La acción por incumplimiento es un mecanismo procesal ordinario que, con carácter general, está diseñado para remediar violaciones individuales del Derecho de la Unión. Sin embargo, la jurisprudencia europea se pronunciado en varias ocasiones sobre la posibilidad de iniciar esta acción procesal para reprimir violaciones con carácter general y persistentes<sup>27</sup>. Es cierto que se trata de una práctica del Tribunal de Justicia de la Unión sobre la que no existen numerosos casos, pero, aun así, contamos con precedentes que avalan esta estrategia procesal y que, por tanto, nos sitúan en un escenario posibilista más allá de la mera teorización doctrinal<sup>28</sup>. Por el momento, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de la acción por incumplimiento para abordar violaciones concretas y que, si bien han declarado la responsabilidad de Hungría y han sido limitadamente eficaces, resultan claramente insuficientes para desarmar la compleja red que se ha ido tejiendo durante años para consolidar un Estado al margen de los valores comunes de la Unión<sup>29</sup>. Es necesario adoptar una estra-

---

<sup>26</sup> Respecto de las diversas propuestas para resolver la crisis, simplemente precisar que es común observar que muchas de ellas exigirían una reforma de los Tratados. Esto supone una dificultad añadida en tanto que una reforma de los Tratados requiere de nuevo de la unanimidad de los Estados miembros, por lo que aquellos que están en el punto de mira del artículo 7 TUE no serían ajenos a las implicaciones que podría tener su voto positivo a esos cambios y, previsiblemente, bloquearían también estas posibles iniciativas.

<sup>27</sup> Sobre la teoría de las «violaciones generales y persistentes», *vid.* LENAERTS, MASELIS, GUTMAN, (2015, 166-167).

<sup>28</sup> La referencia por excelencia en esta materia es la sentencia Comisión c. Irlanda por la que declara responsable a la República de Irlanda por violaciones de carácter general y persistente en la aplicación de una Directiva sobre tratamiento de residuos en base a las irregularidades comprobadas en la suma de doce violaciones individuales, que alertaban sobre una inaplicación general de la citada Directiva. *Vid.* STJUE de 26 de abril de 2005, asunto Comisión c. Irlanda, C-494/01.

<sup>29</sup> *Vid.*, *inter alia*, STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto Comisión c. Hungría, C-288/12, sobre la adopción de un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años y entraña una diferencia de trato por motivos de edad; STJUE de 8 de abril de 2014, asunto Comisión c. Hungría, C-288/12, relativa a la protección de las perso-

tegia global que permita responder a un problema estructural y es por ello que es imprescindible acudir al recurso de las infracciones sistémicas que posibilitará hacer frente al problema en su conjunto<sup>30</sup>. Sólo una declaración de violación general –que podría articularse como infracción del artículo 2 TUE o del artículo 4.3 TUE (principio de cooperación leal)– permitiría un cumplimiento que atendiera a una reparación global del Estado de Derecho y, por tanto, no se limitaría a subsanar concretas violaciones individuales. Si la intervención del Tribunal de Justicia en aplicación de la estrategia de infracciones sistémicas desembocase en una sentencia condenatoria y no tuviera frutos la labor de obtener el cumplimiento de la resolución judicial en fase voluntaria, se procedería a la fase ejecutiva en los términos previstos en el artículo 260 TFUE. En virtud de este precepto, sería posible imponer una suma a tanto alzado o una multa coercitiva adaptada a las circunstancias y que en estos casos son a todas luces muy gravosas para los intereses de la Unión<sup>31</sup>.

Las sanciones pecuniarias imponibles en el marco de la acción por incumplimiento nos llevan a otras sanciones financieras por una vía alternativa y complementaria como es la suspensión o congelación de fondos<sup>32</sup>. La finalidad esencial es condicionar el reparto de fondos europeos al respeto y cumplimiento del Estado de Derecho. La idea de la condicionalidad no es en absoluto novedosa en esta parcela del Derecho de la Unión y consiste en «la adopción por parte de los gobiernos y los actores privados de un comportamiento prefijado al que se condiciona el acceso a un beneficio prometido por la Unión Europea»<sup>33</sup>. La imposición de este condicionamiento se justifica en que «la observancia de los valores fundamentales constituye una condición previa indispensable para la buena gestión financiera y la eficacia de la financiación de la Unión»<sup>34</sup>. En otras palabras, un Estado miembro que no observe un compor-

---

nas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, al poner fin antes de tiempo al mandato de la autoridad de control de la protección de datos personales.

<sup>30</sup> Para una explicación más detallada sobre los pormenores de la acción por infracciones sistémicas al Estado de Derecho y sus repercusiones en el contexto de la crisis del Estado de Derecho en Europa, *vid.* SCHEPPELE (2016b).

<sup>31</sup> Se ha defendido que a diferencia de los Estados, la Unión carece de mecanismos para recurrir a la fuerza para la imposición de sentencias en caso de desobediencia (artículos 280 y 299 TFUE), de modo que Hungría y Polonia podrían llegar a adoptar la posición extrema de no cumplir con las citadas multas coercitivas o a tanto alzado. Esta apreciación refuerza la pertinencia de indagar sobre mecanismos alternativos que los disuadan de incumplir los principios comunes. *Vid.* Editorial de Verfassungsblog de 1 de septiembre de 2018, <https://verfassungsblog.de/now-let-him-enforce-it/>.

<sup>32</sup> Es posible que la suspensión o congelación de fondos se efectúe en aplicación del artículo 260 TFUE dada la generalidad de los términos en que se expresa la norma. No obstante, en este punto nos referiremos a la suspensión o congelación de fondos como medida autónoma al margen de la acción por incumplimiento. Sobre el particular, *vid.* SCHEPPELE (2017c).

<sup>33</sup> VITA (2016, 116).

<sup>34</sup> Comunicación de la Comisión europea de 14 de febrero de 2018, COM(2018) 98 final.

tamiento ajustado al principio del Estado de Derecho no está en condiciones de garantizar adecuadamente la tarea de gestión, control y ejecución de un presupuesto poniendo seriamente en riesgos las políticas y los intereses de la Unión.

El mejor modo de abordar esta estrategia es apuntando a los fondos estructurales y de inversión europeos e incorporando el requisito del condicionamiento al respeto del Estado de Derecho. La adopción de estas medidas sancionadoras puede articularse en el Derecho de la Unión vigente sin necesidad de proceder previamente a una reforma de los Tratados<sup>35</sup>. En concreto, los amplios términos en que está redactado el artículo 260 apartado segundo TFUE<sup>36</sup> avalarían esta tesis en la medida en que no se especifica como la sanción debe imponerse, por lo que posibilita que la misma, o bien sea satisfecha por el Estado miembro con cargo a la Hacienda Pública nacional, o bien que la Unión Europea proceda a detraer directamente las cantidades que se determinen de aquellas que deberían destinarse a ese Estado<sup>37</sup>. Aun en el caso de que no fuera aceptada esta interpretación, por entender que no resulta amparada por la dicción literal de la norma, se ha defendido que sería suficiente con una mera reforma del Derecho derivado y, por tanto, sorteando la vía de la reforma de los Tratados<sup>38</sup>.

Existe, además, otra base jurídica más clara como es el artículo 142.1 a) del Reglamento 1303/2013 sobre disposiciones comunes relativas a los fondos europeos, que prevé la suspensión del pago de los fondos si «existe una deficiencia grave en el funcionamiento efectivo del sistema de gestión y control del programa operativo, que ha puesto en peligro la contribución de la Unión a dicho programa y con respecto a la cual no se han tomado medidas correctivas». Como indicábamos previamente, un Estado miembro que no se rija por el Estado de Derecho difícilmente puede asegurar una gestión, control y ejecución efectivo de tales fondos, en particular en Estados en los que el poder judi-

---

<sup>35</sup> Algunos autores han dudado de la posibilidad de suspender o congelar el pago de los fondos, *vid.* HALMAI (2018,19).

<sup>36</sup> Artículo 260.2 TFUE: «Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podría imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259».

<sup>37</sup> SCHEPPELE (2016b, 130-131).

<sup>38</sup> *Ibid.*

cial ha sido notoriamente debilitado y se pone en duda su independencia e imparcialidad<sup>39</sup>.

Existen iniciativas en este sentido por parte de la Comisión, que ha presentado en mayo de 2018 una propuesta de Reglamento al Parlamento y al Consejo sobre la protección del Presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros<sup>40</sup>. En estos momentos el Reglamento se encuentra aún en la fase inicial de propuesta, pero, sin duda, apunta en la buena dirección, aunque habrá que estar muy pendientes de cómo se concretan los supuestos que dan lugar a su aplicación y las posibles medidas que se puedan acordar. Sería deseable que se pudiera prever, según el grado de violación y el cumplimiento de las recomendaciones que se señalen, medidas que podrían ir desde la reducción y la suspensión de fondos hasta incluso establecer la posibilidad de sanciones. En suma, Hungría y Polonia son dos de los principales receptores de fondos regionales y de cohesión y, por tanto, las sanciones financieras tienen la virtualidad de provocar un verdadero impacto en los gobiernos recalcitrantes que deberán replantearse su obstinado incumplimiento de los valores comunes<sup>41</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La Unión Europea es una comunidad de Derecho en cuyos valores reside el fundamento mismo de su existencia. El surgimiento de gobiernos tendencialmente autoritarios y de claros tintes populistas que no respetan los valores comunes es una seria amenaza que acecha, no sólo sobre los ciudadanos de la Unión residentes en los Estados infractores, sino que es un riesgo cuyos efectos suponen un claro desafío para el propio funcionamiento del orden jurídico europeo y para el conjunto del proyecto de integración. La Unión se enfrenta en la actualidad a numerosos desafíos de enorme envergadura –entre otros, por citar los más destacados, la inminente primera salida de un Estado miembro de la Unión que podría llegar a producirse sin acuerdo entre la UE y el Reino Unido o los masivos flujos migratorios en el Mediterráneo carentes de un con-

---

<sup>39</sup> Para un razonamiento desarrollado sobre la fundamentación de la suspensión de los fondos, *vid.* SCHEPPELE y KELEMEN (2018).

<sup>40</sup> Propuesta de Reglamento al Parlamento y al Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho de 2 de mayo de 2018, COM(2018) 324 final.

<sup>41</sup> Polonia es el mayor receptor de fondos en términos absolutos (86.000 millones €), mientras Hungría es el mayor receptor en términos relativos tomando como referencia la inversión per cápita, *vid.* <https://cohesiondata.ec.europa.eu/>, citado por SCHEPPELE y PECH (2017c, 44).

senso básico de actuación conjunta entre los países ribereños—. Esta situación actual plagada de difícilísimos retos y de incertidumbre sobre el devenir de la integración europea no nos debería llevar a infravalorar la crisis del Estado de Derecho, que dirige sus ataques contra los cimientos más básicos del proyecto común. Otro factor que pone de manifiesto el riesgo y las series implicaciones de esta crisis es que empiezan a advertirse indicios sobre la posibilidad de que se extienda más allá de un par de Estados miembros. Existe un fenómeno global por el que los partidos políticos que abogan por estas tesis nacionalistas y populistas están obteniendo cada vez mayores apoyos y, desafortunadamente, dicho fenómeno se está extendiendo igualmente en numerosos países europeos.

Las críticas a la gestión de esta crisis han sido un lugar común en los debates sobre la actualidad de la política europea. Es necesario actuar con determinación y creatividad a los efectos de impulsar nuevas iniciativas por parte de las instituciones europeas, y no sólo de la Comisión, que permitan poner fin a las serias y persistentes violaciones de los principios democráticos más básicos. Sólo así será posible reestabilizar los Estados afectados de acuerdo con los parámetros exigibles a cualquier Estado de Derecho. A raíz de estas circunstancias, por un lado, hemos ofrecido una visión crítica de la intervención de las autoridades europeas en esta crisis. Por otro, se han planteado dos posibles propuestas de acción simultánea que presentan la bondad de ser realizables sin necesidad de reformas de los Tratados, aplicables en el corto plazo y de gran impacto sobre los comportamientos renuentes de los Estados en abierta inobservancia del Estado de Derecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- CLOSA, C. (2016), Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations, en Closa, C. y Kochenov, D., *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DE WITTE, B. y TOGGENBURG, D. (2004), Human Rights and Membership of the European Union, en Peers, S. y Ward, A. *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford.
- HALMAI, G. (2018), The possibility and desirability of economic sanction: Rule of law conditionality requirements against illiberal EU Member States, *EUI Working Papers*, LAW 2018/06, Florencia.
- KOCHENOV, D. (2017a), Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU, en *EUI Working Paper LAW 2017/10*, Florencia.

- (2017b), The EU and the Rule of Law – Naiveté or a Grand Design?, en Adams, M.; Hirsch Ballin, E. y Meuwese, A. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KOCHENOV, D.; PECH, L.; SCHEPPELE, K. L. (2018), The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/the-european-commissions-activation-of-article-7-better-late-than-never/>.
- HAPPOLD, M. (2000), Fourteen Against One: the EU Member State's response to Freedom Party participation in the Austrian Government, *International & Comparative Law Quarterly*, núm. 49, vol. 3.
- LENAERTS, K.; MASELIS, I; GUTMAN, K. (2015), *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford.
- PECH, L. (2010), A Union Founded on the Rule of Law»: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law, *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 3.
- SADURSKI, W. (2010), Adding Bite to a Bark: A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider, *Legal Studies Research Paper*, Sidney Law School, núm. 10/01, Sydney.
- SADURSKI, W.; CZARNOTA, ADAM W.; KRYGIER, M. (2016), *Spreading democracy and the Rule of Law?*, Springer, Dordrecht.
- SCHEPPELE, K. L. (2015a), Understanding Hungary's Constitutional Revolution, en Von Bogdandy, A. y Sonnabend, P., *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford.
- (2016b), Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions, en Closa, C. y Kochenov, D. (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge.
- (2017c), Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, Cambridge.
- (2018d), Why Poland and not Hungary, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/why-poland-and-not-hungary/>.
- SCHEPPELE, K. L. Y KELEMEN, D. (2018), How to Stop Funding Autocracy in the EU, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/how-to-stop-funding-autocracy-in-the-eu/>.
- SCHEPPELE, K. L. Y PECH, L. (2017), Poland and the European Commission (Part I, Part II y Part III), *Verfassungsblog*, 2017, <https://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/>.
- VITA, V. (2017), Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, Cambridge.

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

WEILER, J. H. H. (2012), The Schuman Declaration as a Manifesto of Political Messianism, en Dickson, J. y Eleftheriadis, P. (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford.

# **LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA. UNA VALORACIÓN CON MOTIVO DE LA CRISIS POLACA**

ADRIÁN GARCÍA ORTIZ\*  
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Los mecanismos de defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea. 1.1 La vía judicial. 1.2 La vía convencional. 1.2.1 El mecanismo sancionador (art. 7.2 TUE). 1.2.2 El mecanismo preventivo (art. 7.1 TUE). 1.3 La vía política. 2. La crisis del Estado de Derecho en Polonia. 2.1 Las reformas del Tribunal Constitucional. 2.2 Las reformas del Poder Judicial. 3. La reacción de la UE frente a la vulneración del Estado de Derecho en Polonia. 3.1 El Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho. 3.2 Los recursos por incumplimiento. 3.3 El mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

## **1. LOS MECANISMOS DE DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA**

La Unión Europea –UE– se fundamenta, según el art. 2 del Tratado de la Unión Europea –TUE–, en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos

---

\* Investigador predoctoral FPU en Derecho Constitucional.

humanos, cuya vigencia en un Estado europeo constituye un requisito ineludible para su adhesión a la UE (art. 49 TUE). De este catálogo, con el que se pretende *constitucionalizar* la Unión (Häberle, 2004, 14-15), destaca, en especial, el Estado de Derecho, pues constituye el eje sobre el que se ha articulado el constitucionalismo democrático y sobre el que tiene que bascular el proyecto de integración europea<sup>1</sup>. Puesto que la Unión se basa en el Estado de Derecho (von Bogdandy, 2006, 15), una común comprensión y respeto del mismo por parte de todos los Estados miembros –EEMM– deviene imprescindible para el adecuado funcionamiento del principio de confianza mutua y, por ende, del «espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores» (art. 3.2 TUE y 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–).

Dada la indeterminación y mutabilidad del concepto, la Comisión Europea –CE– realizó, en el anexo I del nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho<sup>2</sup>, un esfuerzo por concretar el Estado de Derecho en un catálogo de principios: el principio de legalidad y la exigencia de un proceso legislativo transparente, responsable, pluralista y democrático; la seguridad jurídica y la exigencia de claridad, previsibilidad e interdicción de la modificación retroactiva de las normas; la prohibición de arbitrariedad de los poderes ejecutivos; la tutela judicial efectiva e independiente, incluido el respeto de los derechos fundamentales y una adecuada separación de poderes; y la igualdad ante la ley.

Sesenta años después del Tratado de Roma (1957), la UE ha alcanzado tal grado de integración que toda lesión a alguno de los valores enunciados en el art. 2 TUE por parte de un Estado miembro –EM– produce un impacto no sólo sobre las instituciones y la ciudadanía de ese Estado, sino también sobre los demás EEMM y la propia Unión. Sin embargo, los tratados no han articulado mecanismo alguno de control y seguimiento de la efectividad de dichos valores (Ripol, 2018, 779-780), dando lugar al conocido como *dilema de Copenhague*: la adhesión de un Estado europeo a la UE exige que respete los valores del art. 2 TUE y se comprometa a promoverlos (art. 49 TUE), pero, una vez producida la adhesión, desaparece todo tipo de control (ordi-

---

<sup>1</sup> El Estado de Derecho, serviría, según Weber (2008, 58), como puente de unión de toda Europa: «el principio del Estado de Derecho, en sus elementos fundamentales, se puede considerar como un «patrimonio» del Estado constitucional tanto en los Estados de la Europa Occidental como en los nuevos Estados constitucionales del Centro y del Este europeo».

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho., Código Celex 52014DC0158, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014DC0158&qid=1548405136836>. En adelante, Marco del Estado de Derecho.

nario) a su vigencia y plena eficacia (López Aguilar, 2016, 107). Esta paradoja se agudiza si tenemos en cuenta que no es posible la expulsión, por ningún motivo, de un EM<sup>3</sup>.

Impulsada por la realidad política, la UE ha intentado solventar progresivamente el *dilema de Copenhague* a través de tres vías de distinta naturaleza: judicial, convencional y política. Estos mecanismos no son excluyentes ni interdependientes: como recuerdan von Bogdandy e Ioannidis (2014, 29), un procedimiento diseñado por los Tratados para abordar un problema específico no excluye la aplicación de otros posibles instrumentos que tengan la misma finalidad.

### 1.1 La vía judicial

El recurso por incumplimiento, regulado en los arts. 258 a 260 TFUE, permite efectuar un control sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los EEMM en virtud de los Tratados. El procedimiento consta de una fase administrativa previa en la que la CE, directamente (art. 258 TFUE) o a petición de cualquier EM (art. 259 TFUE), requiere al EM en cuestión para que presente sus observaciones a la imputación efectuada, tras lo que emite un dictamen motivado. Si el Estado no se atuviera al dictamen, la CE o los EEMM requirentes podrían interponer el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, el cual, si constatará el incumplimiento, debería imponer al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, pudiendo exigirle el pago de cantidades a tanto alzado o multas coercitivas en caso de incumplimiento (art. 260 TFUE). Dado que el recurso por incumplimiento sólo procede cuando el EM ha incumplido una obligación impuesta por el Derecho de la Unión, queda limitado a vulneraciones producidas en el marco competencial de la UE. Por ello, el TJUE sólo puede evaluar la lesión a uno de los valores europeos si dicha vulneración supone también un incumplimiento de una disposición de Derecho comunitario. Se trata de un control, por tanto, indirecto y tangencial.

---

<sup>3</sup> En cambio, el art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949, prevé, como sanción última a la infracción de los valores del art. 3, el cese del Estado en el Consejo por decisión del Comité de Ministros. El mecanismo sólo se activó durante la Dictadura de los Coroneles de Grecia (1967-1974), pero este país se retiró antes de ser expulsado.

## 1.2 La vía convencional

### 1.2.1 EL MECANISMO SANCIONADOR (ART. 7.2 TUE)

El art. 7 TUE constituye la respuesta específica diseñada por los Tratados a las vulneraciones de los valores proclamados en el art. 2 TUE. Este precepto diseña dos procedimientos, un mecanismo preventivo (art. 7.1 TUE) y un mecanismo sancionador (art. 7.2 TUE), y ambos presentan las siguientes características: se trata de procedimientos excepcionales, complejos en sus trámites y demandantes de un elevado nivel de consenso entre los EEMM; son procedimientos horizontales y generales, pues no se limitan al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>4</sup>; tienen naturaleza política y no están sometidos a control jurisdiccional; y son independientes, ya que no es necesario entablar el primero para proceder al segundo. Empezaremos nuestro análisis por el mecanismo sancionador, pues fue el primero en incorporarse a los Tratados.

La disolución de la URSS en 1991 y la consiguiente finalización de la Guerra Fría fueron vistas por la entonces Comunidad Económica Europea, que se hallaba inmersa en el proceso de conversión a la UE con el Tratado de Maastricht (1992), como una oportunidad de construir, por fin, un continente europeo unido y políticamente estable. Por ello, el Consejo Europeo de Copenhague (1993) acordó que los países de la Europa Central y Oriental (PECOs) pudieran adherirse a la UE si cumplían determinados requisitos (los denominados *criterios de Copenhague*). La UE, consciente del reto que iba a suponer para el sistema de valores europeos la adhesión de Estados procedentes de la URSS o de la órbita socialista, decidió incorporar, inspirándose en el *Plan Spinelli*<sup>5</sup>, un mecanismo de protección de aquéllos en el Tratado de Ámsterdam (1997). A partir de entonces, el TUE recogería los principios, comunes a los Estados, en que se basa la Unión (libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y

---

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión., Código Celex 52003DC0606, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52003DC0606&qid=1548406069423>.

<sup>5</sup> Vid. arts. 4.4 y 44. Resolution on the draft Treaty establishing the European Union, DO C 77 de 19.3.1984, pp. 33-52.

el Estado de Derecho)<sup>6</sup>, junto a un mecanismo sancionador<sup>7</sup>, cuya regulación se ha mantenido hasta el actual art. 7, apartados 2 a 5, del TUE.

El mecanismo sancionador se inicia por la CE o un tercio de los EEMM<sup>8</sup>, quienes deben contar con la aprobación del PE<sup>9</sup> antes de que el Consejo Europeo, previo requerimiento al EM afectado para que formule las observaciones que estime oportunas, constate, por unanimidad<sup>10</sup>, «la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2». El carácter indeterminado de los conceptos *grave* y *persistente*, identificables según algunos autores con una *deficiencia sistémica* (von Bogdandy e Ioannidis, 2014, 28-29)<sup>11</sup>, y, sobre todo, la exigencia de la unanimidad de los jefes de Estado o de Gobierno de los restantes veintisiete EEMM, dificultan enormemente la conclusión de este procedimiento.

La declaración de la violación puede no tener más consecuencias que una mera llamada de atención o bien el Consejo «podrá decidir», por mayoría cualificada<sup>12</sup>, la suspensión de determinados derechos del Estado, aunque en ningún caso decaerán sus obligaciones (art. 7.3 TUE *in fine*), citándose expresamente, pero no de forma excluyente, el derecho de voto en el Consejo<sup>13</sup>. En todo caso, el Tratado asume que, dado que la violación procede de las autoridades estatales, la sanción debe afectar en la menor medida posible a su ciudadanía (art. 7.3 TUE). Las medidas de suspensión pueden ser modificadas o

<sup>6</sup> Apartado 1 del artículo F del TUE (que se convertiría en el art. 6 con la reenumeración efectuada por el anexo) tras la modificación introducida por el art. 1.8).a) de dicho tratado.

<sup>7</sup> Nuevo artículo F.1 TUE (que, con la reenumeración, sería el art. 7), tras la modificación introducida por el art. 1.9) del Tratado de Ámsterdam.

<sup>8</sup> El EM afectado no se tiene en cuenta para el cálculo de esta tercera parte (art. 354 TFUE).

<sup>9</sup> El Parlamento Europeo –PE– debe pronunciarse por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen (art. 354 TFUE).

<sup>10</sup> En esta votación la abstención de los EEMM presentes o representados no obsta a la adopción de decisiones y, además, el miembro del Consejo Europeo o del Consejo que represente al EM afectado no participa en ninguna de las votaciones contempladas en el art. 7 TUE (art. 354 TFUE).

<sup>11</sup> Según los autores, «el Estado de Derecho resulta amenazado cuando un número significativo de actores sociales dejan de confiar en las instituciones públicas para asegurar, por ejemplo, el cumplimiento efectivo de un contrato o que las empresas respeten las normas tributarias, laborales o medioambientales» (VON BOGDANDY e IOANNIDIS, 2014, 36). Este carácter sistémico, referido a la cantidad y gravedad de los hechos, diferenciaría, según PÉREZ BERNÁRDEZ (2016, 68), el caso polaco del húngaro.

<sup>12</sup> La mayoría cualificada se calcula de conformidad con el art. 238.3.b) TFUE, al que remite el art. 354 TFUE: voto favorable de un mínimo del 72% de los miembros del Consejo que represente a EEMM participantes que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos Estados.

<sup>13</sup> Si la propuesta procede de la CE o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, la mayoría cualificada no se definirá conforme al art. 238.3.b) TFUE, sino conforme al art. 238.3.a) TFUE (*ex* art. 354 TFUE): voto favorable de un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que represente a EEMM participantes que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos Estados, con una posible minoría de bloqueo compuesta al menos por el número mínimo de miembros del Consejo que represente más del 35% de la población de los EEMM participantes, más un miembro.

revocadas, en atención a un cambio de circunstancias, por mayoría cualificada del Consejo <sup>14</sup> (art. 7.4 TUE).

### 1.2.2 EL MECANISMO PREVENTIVO (ART. 7.1 TUE)

A finales de los noventa, el político austríaco Jörg Haider, hijo de militantes nazis y conocido por sus declaraciones insultantes, racistas y cercanas al nazismo <sup>15</sup>, sacudió la política europea. En las elecciones legislativas de octubre de 1999, su partido, el nacionalista, xenófobo y de extrema derecha Partido de la Libertad de Austria (FPÖ), consiguió el 26,9% de los votos y la segunda posición. La posibilidad de que este político accediera al gobierno a través de una coalición de su partido con el Partido Popular de Austria (ÖVP) motivó la rápida reacción de los restantes catorce jefes de Estado y de gobierno de la UE a través de la denominada *Declaración de los XIV*, en la que se amenazó con la ruptura del trato normal en las relaciones bilaterales en caso de que el FPÖ llegara al gobierno austríaco, como efectivamente sucedió. La CE no fue informada de estas medidas y la única presencia de la UE era la procedencia de los firmantes; la posición de Austria en las instituciones comunitarias se mantendría, por tanto, intacta. No obstante, el PE emitió el 3 de febrero de 2000 una resolución <sup>16</sup> en la que se denunciaba que «la integración del FPÖ en una coalición gubernamental legítima a la extrema derecha en Europa», al tiempo que recordaba la existencia del procedimiento del art. 7 TUE. En efecto, no podía hacerse otra cosa que *recordar* el art. 7 TUE, dado que este procedimiento sólo podía activarse en caso de una «violación grave y persistente» de los principios fundamentales de la Unión, violación que, de momento, no se había producido. Era necesario, pues, un mecanismo preventivo o sistema de alerta (Ripol, 2018, 782).

Inspirado por el *informe de los tres sabios* <sup>17</sup>, el art. 1.1) del Tratado de Niza (2001) incorporó un nuevo apartado cuya redacción se mantiene

---

<sup>14</sup> Vid. nota a pie de página 13.

<sup>15</sup> Reuters (2 de febrero de 2000). El pensamiento de Haider. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/diario/2000/02/02/internacional/949446002\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/02/02/internacional/949446002_850215.html).

<sup>16</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el resultado de las elecciones legislativas celebradas en Austria y la propuesta de formar una coalición gubernamental entre el ÖVP (Partido Popular de Austria) y el FPÖ (Partido Liberal de Austria), 3 de febrero de 2000, DO C 309 de 27.10.2000, pp. 87-88.

<sup>17</sup> El 12 de julio de 2000 el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos designó un *comité de sabios* para la redacción de un informe sobre la situación de la democracia austríaca y la evolución del FPÖ. El comité lo componían Martti Ahtisaari, ex presidente de Finlandia; Jochen Abr. Frowein, director del Instituto Max Planck de Derecho Público; y Marcelino Oreja, ex ministro de asuntos exteriores

en esencia en el vigente art. 7.1 TUE<sup>18</sup>. El mecanismo preventivo se inicia mediante una propuesta motivada de un tercio de los EEMM<sup>19</sup>, del PE o de la CE. La decisión última corresponde al Consejo, que, tras la audiencia al Estado de que se trate, puede adoptar cuatro decisiones: «constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2», dirigir recomendaciones al Estado afectado, ambas o ninguna. Tanto para la constatación de la existencia del riesgo como para la emisión de recomendaciones se sigue el mismo procedimiento: previa aprobación del PE<sup>20</sup> y ratificación por el Consejo por mayoría de cuatro quintos de sus miembros<sup>21</sup>. El Consejo, una vez realizada la constatación, debe comprobar de manera periódica si siguen siendo válidos los motivos que llevaron a tal constatación.

### 1.3 La vía política

En las elecciones parlamentarias de abril de 2010, el partido conservador húngaro FIDESZ obtuvo un 68% de los votos y una mayoría de 263 de los 386 escaños. Con este respaldo, Viktor Orbán inició una polémica reforma constitucional<sup>22</sup> que atentaba, según el PE, contra «el ejercicio de la democracia, el Estado de Derecho, el respeto y la protección de los derechos humanos y sociales, el sistema de controles y equilibrios, la igualdad y la no discriminación»<sup>23</sup>. Ante esta crisis, la CE acudió al recurso por incumplimiento<sup>24</sup> y el PE activó,

---

de España. El informe recomendó la retirada de las medidas bilaterales sancionatorias y la introducción en el art. 7 TUE de un nuevo control preventivo.

<sup>18</sup> La redacción vigente del art. 7 es obra del art. 1.9) del Tratado de Lisboa (2007). Debe ponerse de manifiesto que la actual regulación coincide con la prevista en el art. I-59 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004).

<sup>19</sup> El EM afectado no se tiene en cuenta para el cálculo de este tercio (art. 354 TFUE).

<sup>20</sup> Como sucede con el art. 7.2 TUE, el PE debe pronunciarse por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen (art. 354 TFUE).

<sup>21</sup> El EM afectado no se tiene en cuenta para el cálculo de las cuatro quintas partes (art. 354 TFUE).

<sup>22</sup> La nueva Ley Fundamental de Hungría fue aprobada el 18 de abril de 2011 (entró en vigor el 1 de enero de 2012), con el único apoyo de FIDESZ, que superaba los dos tercios necesarios de la cámara. Para un análisis en profundidad del caso húngaro, vid. Bugarič, B. (2014). *Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge*. *LEQS Papers*, núm. 79, 1-39.

<sup>23</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre los recientes acontecimientos políticos en Hungría, DO C E 249 de 30.8.2013, pp. 27-30.

<sup>24</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencias C-286/12, *Comisión Europea/Hungría*, de 6 de noviembre de 2012, ECLI: EU: C:2012:687; y C-288/12, *Comisión/Hungría*, de 8 de abril de 2014, ECLI: EU: C:2014:237.

en septiembre de 2018, el mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE<sup>25</sup>. La dificultad política para aplicar el art. 7 TUE a la crisis húngara (FIDESZ forma parte del Grupo del Partido Popular Europeo en el PE<sup>26</sup>, al que también pertenecía el entonces presidente de la CE), condujo a la CE, en 2014, a la búsqueda de instrumentos más flexibles: el Marco del Estado de Derecho<sup>27</sup>, concebido

---

<sup>25</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0340+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES#BKMD-10>. La audiencia a Hungría exigida por el art. 7.1 TUE se produjo en la reunión del Consejo de 11 de diciembre de 2018. Outcome of the Council Meeting. 3663rd Council meeting. General Affairs. Bruselas, 11 de diciembre de 2018, p. 5, recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/media/37938/st15396-en18vf.pdf>.

<sup>26</sup> El 20 de marzo de 2019 el Partido Popular Europeo suspendió *sine die* los derechos de FIDESZ al voto, a la asistencia a congresos y a la proposición de candidatos para los cargos del partido.

<sup>27</sup> Referencia en nota a pie de página 2. Con posterioridad al Marco la Comisión ha realizado diferentes propuestas relativas a la defensa del Estado de Derecho alternativas al art. 7 TUE. En este sentido, en la actualidad está tramitándose una propuesta de Reglamento sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, Código Celex 52018PC0324, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1548405506528&uri=CELEX:52018PC0324>). Según la propuesta de la CE, si ésta considera que se produce una «deficiencia generalizada del Estado de Derecho» en un EM presentará, previa audiencia al mismo, una propuesta de acto de ejecución cuya adopción final corresponderá al Consejo por mayoría cualificada. Entre las medidas previstas se encuentra la suspensión de pagos y programas o la prohibición de contraer nuevos compromisos jurídicos. Debe advertirse, sin embargo, que el Reglamento no concibe la congelación de fondos como una sanción al EM por su violación del Estado de Derecho, sino como un simple mecanismo de protección del presupuesto de la Unión (art. 1). El PE ha propuesto la incorporación de tres modificaciones sustanciales: incluir entre las «deficiencias generalizadas del Estado de Derecho» la afectación o amenaza a los principios de buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la Unión, crear un grupo de expertos independientes en Derecho constitucional y asuntos financieros y presupuestarios que deberá evaluar anualmente la situación en todos los EEMM, y atribuir la adopción de la decisión final a la CE en vez de al Consejo (Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, recuperado de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=EP:P8\\_TA\(2019\)0349](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=EP:P8_TA(2019)0349)). La adopción final de este instrumento, en la que interviene el Consejo, dependerá de la postura que adopten Polonia y Hungría, contra los que se han iniciado sendos procedimientos del art. 7.1 TUE. Por otra parte, en abril de 2019 la Comisión abrió un proceso de reflexión sobre los instrumentos existentes para la defensa del Estado de Derecho en la Unión y las posibles futuras acciones de mejora, articulado en torno a tres pilares: la mejor promoción, la prevención temprana y la respuesta adaptada. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas., Código Celex 52019DC0163, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0163>. La Comisión hizo públicos los resultados de este debate en julio de 2019: entre otras acciones de fomento y cooperación, propuso la promoción de una cultura común europea del Estado de Derecho a través de un acto anual de diálogo con la sociedad civil y la creación de un ciclo de revisión del Estado de Derecho que incluya un informe anual sobre la situación del Estado de Derecho en cada uno de los EEMM. Comunicación de la Comisión al Parlamento

como un mecanismo pre-art. 7 (Pérez Bernárdez, 2016, 82-83) que permite anticiparse a las condiciones que justifican la activación del art. 7 TUE.

El Marco se puede activar cuando las autoridades del EM en cuestión adopten medidas o toleren situaciones que puedan afectar «sistemática y negativamente» a la integridad, la estabilidad o el buen funcionamiento de las instituciones y los mecanismos de salvaguardia del Estado de Derecho. El Marco consta de tres fases de duración indeterminada: en primer lugar, la evaluación de la CE determinará si existe una situación de amenaza sistémica para el Estado de Derecho, en cuyo caso enviará al Estado afectado un dictamen y le dará la posibilidad de responder. En segundo lugar, la CE emitirá una recomendación si entiende que existen pruebas objetivas de amenaza sistémica y las autoridades estatales no han remediado la situación, concediéndoles un plazo para resolver la amenaza. Finalmente, durante el seguimiento de la recomendación, la CE evaluará la adopción de las indicaciones efectuadas. Esta recomendación, sin embargo, no tiene carácter jurídicamente vinculante para evitar la vulneración del principio de atribución competencial (art. 5.2 TUE)<sup>28</sup>. En caso de que la CE considere que el Estado no ha satisfecho la recomendación en el plazo indicado, «sopesará la posibilidad de activar uno de los mecanismos establecidos en el artículo 7 del TUE». El Marco exige y presupone, conforme al principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), un diálogo constante entre la CE y el EM y la información al PE y al Consejo de los avances producidos. El Marco fue aplicado por primera y única vez a Polonia.

## 2. LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN POLONIA

Las elecciones legislativas y presidenciales polacas de 2015 otorgaron la jefatura del Estado y la presidencia del gobierno al partido conservador Ley y Justicia (PiS, por sus siglas en polaco)<sup>29</sup>, que, por primera vez en

---

Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación., Código Celex 52019DC0343, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM:2019:343:FIN>.

<sup>28</sup> Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea. Dictamen 10296/14, de 27 de mayo de 2014, recuperado de: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf>.

<sup>29</sup> En la primera vuelta (10 de mayo), Andrzej Duda consiguió el 34,76%% de los votos, mientras que en la segunda vuelta (24 de mayo) alcanzó el 51'55%. Las elecciones legislativas del 25 de octubre concedieron al PiS un 37'6% de los votos y 235 de 460 escaños en el *Sejm* (cámara baja del parlamento

la Tercera República, pudo formar gobierno sin necesidad de coalición, lo que explica su voluntad de adoptar unilateralmente una serie de reformas que han acabado erosionando el Estado de Derecho; en particular, las que afectan al Tribunal Constitucional –TC– y a la independencia del poder judicial<sup>30</sup>.

## 2.1 Las reformas del Tribunal Constitucional

Junto a la polémica surgida en torno al nombramiento de los jueces entre la VII y la VIII legislatura<sup>31</sup>, la CE ha criticado la ley de 22 de diciembre de 2015, que incrementa el quórum de magistrados para conocer de un asunto hasta trece de sus quince miembros; aumenta las mayorías necesarias para dictar sentencia en pleno hasta los dos tercios, en contra de la simple mayoría de votos exigida por el art. 190.5 de la Constitución; e impone la tramitación de los asuntos por orden cronológico de llegada, lo que impide al TC acelerar la tramitación de aquéllos que considere prioritarios. Reformas diseñadas, en definitiva, para beneficiar al PiS y colapsar al máximo órgano de control constitucional. El TC anuló esta ley<sup>32</sup>, pero el gobierno se negó a publicar la sentencia porque no había sido dictada respetando el quórum exigido por la propia ley que anulaba, obligando al Tribunal Supremo a contradecirle y declarar que dichas sentencias eran válidas aunque no fueran publicadas en el boletín oficial.

---

polaco), convirtiendo a Beata Szydlo en primera ministra del país (sucedida en diciembre de 2017 por Mateusz Morawiecki).

<sup>30</sup> Son también polémicas las reformas en materia de pluralidad informativa, función pública, el Ministerio Fiscal, la Escuela Nacional de la Judicatura, la policía, el Defensor del Pueblo y la lucha contra el terrorismo.

<sup>31</sup> El 8 de octubre de 2015, el *Sejm* de la VII legislatura designó a las cinco personas que debían ser nombradas jueces del TC: tres correspondían a las vacantes que se producirían al final de la legislatura y dos a las que devendrían en la siguiente. No obstante, el nuevo *Sejm* de la VIII legislatura aprobó una modificación de la Ley del TC que contemplaba la posibilidad de anular los cinco nombramientos efectuados por el *Sejm* saliente y designó a cinco nuevos jueces. Tanto el nombramiento efectuado por el *Sejm* saliente como el realizado por el nuevo fueron sometidos al TC, que declaró (Trybunał Konstytucyjny, sentencias K 34/15, de 3 de diciembre de 2015 y K 35/15, de 9 de diciembre de 2015) que el *Sejm* de la VII legislatura carecía de base jurídica para nombrar a los dos jueces que habrían de suplir las vacantes que se producirían en la siguiente legislatura, aunque admitió la validez de los otros tres jueces y conminó al presidente de la república a tomarles juramento, lo que nunca sucedió. Además, afirmó que, de los cinco nombramientos efectuados por el nuevo *Sejm*, sólo los dos correspondientes a las vacantes de la VIII legislatura estaban efectuados correctamente. El *Sejm* respondió mediante una modificación del procedimiento de nombramiento del presidente del TC y la creación de una nueva presidencia en funciones, cuya titular admitió la toma de posesión de los tres magistrados designados ilegalmente en diciembre de 2015.

<sup>32</sup> Trybunał Konstytucyjny. Sentencia K 47/15, de 9 de marzo de 2016.

## 2.2 Las reformas del Poder Judicial

En 2017 el gobierno polaco llevó a cabo una reforma global del poder judicial que amenazó la independencia judicial del país, a través, fundamentalmente, de tres leyes: la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios<sup>33</sup> habilitó al Ministro de Justicia para cesar, durante los seis meses siguientes a su entrada en vigor y sin necesidad de justificación, a los presidentes y vicepresidentes de tribunales ordinarios<sup>34</sup>. Asimismo, redujo la edad de jubilación de 67 a 65 años para los jueces y de 67 a 60 años para las juezas, delegando en el Ministro de Justicia la facultad de prorrogar los mandatos hasta los 70 años conforme a unos criterios imprecisos. La Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial<sup>35</sup> impuso el cese prematuro de todos los miembros de este órgano, encargado de garantizar la independencia de los jueces y tribunales (art. 186.1 de la Constitución), y otorgó la facultad de nombramiento al *Sejm*, frente al tradicional método de elección por parte de los propios jueces. Finalmente, la Ley del Tribunal Supremo<sup>36</sup> redujo la edad de jubilación de sus jueces de 70 a 65 años, incluyendo a los que estaban ejerciendo el cargo a la fecha de su entrada en vigor, lo que provocaría la jubilación de 27 de sus 72 miembros<sup>37</sup>. Los nuevos integrantes del Tribunal Supremo serían nombrados por el presidente de la república por recomendación del CNPJ en su nueva composición. Los jueces afectados por la reducción de la edad de jubilación podían solicitar una prórroga de su mandato al presidente de la república, quien, de forma discrecional, podía conceder hasta dos prórrogas de tres años cada una.

## 3. LA REACCIÓN DE LA UE FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN POLONIA

Las reformas emprendidas por el PiS evidencian la evolución de Polonia desde una democracia que obedecía a los parámetros europeos hacia una *de-*

---

<sup>33</sup> Ley por la que se modifica la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, aprobada por el Senado el 15 de julio de 2017.

<sup>34</sup> Transcurridos los seis meses, se reconoce la posibilidad de bloqueo por parte del Consejo Nacional del Poder Judicial –CNPJ– y la facultad del Ministro de Justicia de nombrar a los presidentes de tribunal.

<sup>35</sup> Ley por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y otras leyes, aprobada por el Senado el 15 de diciembre de 2017.

<sup>36</sup> Ley del Tribunal Supremo, aprobada por el Senado el 15 de diciembre de 2017.

<sup>37</sup> Entre los afectados por las jubilaciones se encontraba la presidenta primera del Tribunal Supremo, Małgorzata Gersdorf, pues, aunque su mandato expiraba en 2020, cumplió 65 años en noviembre de 2017. El 24 de octubre de 2017 el TC polaco declaró inconstitucionales las disposiciones de la Ley del Tribunal Supremo en virtud de las cuales había sido nombrado el nuevo presidente primero del Tribunal Supremo (Trybunał Konstytucyjny. Sentencia K 3/17, de 24 de octubre de 2017).

*mocracia iliberal o antiliberal* (López Aguilar, 2016, 126)<sup>38</sup> en la que, recurriendo a la democracia como elemento legitimador, un partido ocupa todas las instancias de poder y, desde ellas, modifica los órganos constitucionales para concentrarlo en el mismo. La CE reaccionó, no tempranamente, mediante la puesta en marcha de tres de los mecanismos analizados: el Marco del Estado de Derecho, el recurso por incumplimiento de los arts. 258 a 260 TFUE y el mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE.

### 3.1 El Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho

Tras una primera etapa de contactos officiosos<sup>39</sup>, el 13 de enero de 2016 la CE activó el Marco del Estado de Derecho mediante la solicitud al gobierno polaco de información sobre las leyes de reforma del TC y de los medios de comunicación, que habían entrado en vigor recientemente. Esta primera fase (evaluación de la CE) se prolongaría durante los seis meses siguientes, en los que la CE mantendría reuniones tanto con el gobierno polaco como con otras instituciones, y finalizaría mediante la emisión de una Opinión el 1 de junio, en la que manifestó su preocupación respecto al nombramiento de los jueces del TC y la ejecución de las sentencias correspondientes, la ley de reforma del TC y la efectividad del control constitucional de la nueva legislación adoptada. Como parte de la segunda fase del Marco, la CE adoptó la Recomendación (UE) 2016/1374<sup>40</sup>, que declaró la existencia en Polonia de una situación de amenaza sistémica para el Estado de Derecho (apartado 72), efectuó las recomendaciones oportunas (apartado 74)<sup>41</sup> e invitó al gobierno polaco a resolver los problemas citados en un plazo de tres meses (apartado 76). Tras la emisión de la

---

<sup>38</sup> Para KRZYWOŃ (2018, 377), la democracia iliberal consiste en la puesta en práctica del eslogan populista según el cual la mayoría parlamentaria es el representante exclusivo de la voluntad del pueblo.

<sup>39</sup> El comisario de Mejora de la Legislación, Relaciones Interinstitucionales, Estado de Derecho y Carta de los Derechos Fundamentales, Frans Timmermans, inició los primeros contactos con el gobierno polaco a través del envío, el 23 y 30 de diciembre de 2005, de sendas cartas por las que le solicitaba información acerca de la situación constitucional de Polonia, que fueron respondidas por el gobierno polaco el 7 y 11 de enero de 2016.

<sup>40</sup> Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia, DO L 217 de 12.8.2016, pp. 53-68.

<sup>41</sup> Las recomendaciones se referían a tres ámbitos: el nombramiento de jueces del TC y la no ejecución de sus sentencias de los días 3 y 9 de diciembre de 2015; la no publicación en el boletín oficial y la no ejecución de la sentencia de 9 de marzo de 2016 y de las sentencias dictadas por el TC desde esa fecha; y el funcionamiento efectivo del TC y la efectividad del examen de la constitucionalidad de la nueva legislación, en particular con respecto a la Ley del Tribunal Constitucional, aprobada por el *Sejm* el 22 de julio de 2016.

recomendación, se inició la tercera fase (seguimiento de la recomendación). Pese a la actitud del gobierno polaco, que manifestó su desacuerdo con todos los problemas señalados por la CE y continuó adoptando medidas lesivas para el Estado de Derecho, el órgano colegiado decidió no activar ni el mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE ni el mecanismo sancionador del art. 7.2 TUE. Por el contrario, emitió una segunda recomendación, la Recomendación (UE) 2017/146<sup>42</sup>, a la que seguirían hasta dos recomendaciones más<sup>43</sup>.

### 3.2 Los recursos por incumplimiento

La CE ha interpuesto dos recursos por incumplimiento en relación con la crisis del Estado de Derecho en Polonia<sup>44</sup>: contra la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios<sup>45</sup> y contra la Ley del Tribunal Supremo<sup>46</sup>. El 24 de

---

<sup>42</sup> Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374, DO L 22 de 27.1.2017, pp. 65-81. La CE llegó a la conclusión de que, aunque se habían resuelto algunos de los problemas, subsistían otros importantes y habían surgido nuevas preocupaciones, por lo que se mantenía la situación de amenaza sistémica para el Estado de Derecho (apartado 61). La recomendación concedió un plazo de dos meses para la resolución de los problemas (apartado 68) y, como novedad, recordó que estas recomendaciones no impedirían la activación directa del art. 7 TUE «en caso de que se produzca un deterioro repentino en un Estado miembro que requiera una respuesta más firme de la UE» (apartado 69).

<sup>43</sup> El 16 de mayo de 2017 la CE recibió el apoyo del Consejo en su gestión de la crisis de Polonia y emitió su tercera recomendación: Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146, DO L 228 de 2.9.2017, pp. 19-32. Ante el incumplimiento persistente por parte del gobierno polaco de las advertencias efectuadas por la CE, el 20 de diciembre de 2017 emitió la cuarta recomendación: Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520, DO L 17 de 23.1.2018, pp. 50-64.

<sup>44</sup> Además, la Comisión incoó otro procedimiento de infracción el 3 de abril de 2019 contra el nuevo régimen disciplinario aplicable a los jueces polacos, alegando menoscabo de la independencia judicial. La respuesta de las autoridades polacas a la carta de emplazamiento no satisfizo a la Comisión, que emitió el 17 de julio el oportuno dictamen motivado, concediendo de nuevo a Polonia dos meses para la adopción de las medidas necesarias.

<sup>45</sup> El 28 de julio de 2017, la CE inició la fase administrativa previa mediante el envío al gobierno polaco de una carta de emplazamiento por la que le concedía un mes para presentar sus observaciones. Tras la respuesta insatisfactoria de Polonia del 31 de agosto, la CE emitió, el 12 de septiembre, un dictamen motivado, volviendo a conceder el plazo de un mes para adoptar las medidas necesarias. Las autoridades polacas respondieron el 12 de octubre y, al reafirmarse en su posición, la CE remitió el asunto al TJUE el 15 de marzo de 2018. Las conclusiones del Abogado General Tanchev, que confirman la violación del Derecho de la Unión, se emitieron en junio de 2019. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Tanchev, presentadas el 20 de junio de 2019, asunto C-192/18, ECLI: EU: C:2019:529.

<sup>46</sup> Del mismo modo que en el primer procedimiento, la CE envió a Polonia, el 2 de julio de 2018, una carta de emplazamiento en la que le concedía un mes para la formulación de observaciones, lo que realizó el 2 de agosto. El 14 de agosto la CE emitió el dictamen motivado, volviendo a conceder el plazo

junio de 2019 el TJUE dictó sentencia respecto del segundo recurso, en el que intervino Hungría en calidad de coadyuvante<sup>47</sup>: la aplicación de la reducción de la edad de jubilación a los jueces que se encuentran en ejercicio constituye una violación del principio de inamovilidad de los jueces y, por tanto, de la independencia judicial<sup>48</sup>. No obstante, debe advertirse que la previa estimación por el TJUE de las medidas cautelares solicitadas por la CE<sup>49</sup> ya había obligado al gobierno polaco a retractarse y a presentar, el 21 de noviembre de 2018, una enmienda legislativa que restableció la edad de jubilación de los 70 años –lo que permitió la reincorporación de los jueces cesados– y suprimió las facultades de prórroga del presidente de la república.

### 3.3 El mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE

El 20 de diciembre de 2017, y como corolario al Marco del Estado de Derecho, la CE emitió una Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia<sup>50</sup>. La propuesta de Decisión considera como principales preocupaciones el nuevo sistema de jubilación de los jueces ordinarios y del Tribunal Supremo, el nuevo recurso extraordinario ante éste y el cese y nombramiento de los presidentes de tribunales ordinarios y de los miembros del CNPJ, y recuerda que numerosos agentes europeos e internacionales, entre los que destaca la Comisión de Venecia<sup>51</sup>, han alertado de la ero-

---

de un mes para el restablecimiento de la situación. Dada la respuesta insatisfactoria del gobierno polaco del 14 de septiembre, el 2 de octubre la CE trasladó el asunto al TJUE, que acordó, el 15 de noviembre, la tramitación del procedimiento acelerado (auto de 15 de noviembre de 2018, asunto C-619/18, ECLI: EU: C:2018:910).

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-619/18, *Comisión/Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, de 24 de junio de 2019, ECLI: EU: C:2019:531.

<sup>48</sup> El TJUE consideró que existían serias dudas de que la reducción estuviera inspirada por el objetivo de armonizar la edad general de jubilación de todos los trabajadores de Polonia en lugar de por la voluntad de apartar a un grupo determinado de jueces del Tribunal Supremo (apartados 78 a 86). Del mismo modo, rechazó la facultad del presidente de la república de prorrogar la función jurisdiccional de los jueces una vez alcanzada la nueva edad de jubilación, por su carácter discrecional –su adopción no estaba sometida a ningún criterio objetivo y verificable y no debía estar motivada– y porque no cabía interponer recurso judicial alguno contra la misma (apartado 114).

<sup>49</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auto de 19 de octubre de 2018, asunto C-619/18 R, ECLI: EU: C:2018:852; confirmado por el auto de 17 de diciembre de 2018, asunto C-619/18 R, ECLI: EU: C:2018:1021.

<sup>50</sup> Propuesta de Decisión del Consejo relativo a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, Código Celex 52017PC0835, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1548413474277&uri=CELEX:52017PC0835>.

<sup>51</sup> Opinion no. 833/2015. Opinion on amendments to the act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland. Venecia, 11 de marzo de 2016. Ref.: CDL-AD(2016)001; Opinion no. 860/2016.

sión del Estado de Derecho en Polonia. La propuesta de Decisión se compone de dos artículos: la declaración de la existencia del riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia (art. 1) y una serie de recomendaciones a adoptar por el destinatario en un plazo de tres meses, fundamentalmente centradas en la publicación y ejecución de las sentencias pendientes del TC y la modificación de las principales leyes de reforma del poder judicial (art. 2).

Conforme estipula el art. 7.1 TUE, tras esta propuesta motivada de la CE, el Consejo debe conseguir la aprobación del PE, conceder audiencia a Polonia y aprobar la Decisión por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, lo que puede resultar difícil ante la negativa de países próximos a Polonia, como los del Grupo de Visegrado (Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia). Tras la aprobación del PE<sup>52</sup> y la celebración de la audiencia<sup>53</sup>, el último paso le corresponde ahora al Consejo.

#### 4. CONCLUSIONES

Los instrumentos de los que dispone la UE para la defensa de sus valores más esenciales y, en particular, del Estado de Derecho, se revelan insuficientes. La UE no debe abordar las lesiones a sus valores fundamentales acudiendo a la vía judicial; tanto porque no puede descargar en el TJUE la responsabilidad que incumbe, sobre todo, a la CE, como guardiana de los Tratados, como porque el recurso por incumplimiento está diseñado para vulneraciones de legalidad ordinaria del Derecho de la Unión, lo cual, en esta materia, ocurre sólo tangencialmente. El Marco del Estado de

---

Opinion on the act of the Constitutional Tribunal. Venecia, 14 de octubre de 2016. Ref.: CDL-AD(2016)026; Opinion no. 904/2017. Opinion on the draft act amending the act on the National Council of the Judiciary, on the draft act amending the act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the act on the organisation of ordinary courts. Estrasburgo, 11 de diciembre de 2017. Ref.: CDL-AD(2017)031.

<sup>52</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de marzo de 2018, sobre la decisión de la Comisión de activar el artículo 7, apartado 1, del TUE en relación con la situación en Polonia, recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0055+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>. En esta resolución, el PE acogió con satisfacción la decisión de la CE de activar el art. 7.1 TUE y solicitó al Consejo que emprendiera acciones con arreglo al mismo.

<sup>53</sup> La audiencia se celebró el 28 de junio de 2018 en el Consejo de Asuntos Generales, y fue seguida de otras dos el 18 de septiembre y el 11 de diciembre. Además, la situación del Estado de Derecho en Polonia fue discutida, aunque no con el formato de la audiencia, en las reuniones del 16 de febrero, 9 de abril y 18 de julio de 2019. En esta última se aprobaron también modalidades estandarizadas para la audiencia exigida por el art. 7.1 TUE. Outcome of the Council Meeting. 3710th Council meeting. Generals Affairs. Bruselas, 18 de julio de 2019, pp. 6-7, recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/media/40414/st01137-en19.pdf>.

Derecho ha funcionado correctamente, pero no constituye sino una simple formalización de un debate que siempre ha existido en seno de la Unión. Por su parte, los mecanismos preventivo y sancionador del art. 7 TUE también muestran signos de debilidad: las decisiones se encomiendan al consenso de los EEMM (Consejo y Consejo Europeo), sometidos a intereses de política internacional, y la máxima sanción no es la expulsión, sino una suspensión de derechos. Como señalan von Bogdandy e Ioannidis (2014, 23), ni el recurso por incumplimiento ni el art. 7 TUE son suficientes para abordar una deficiencia sistémica del Estado de Derecho: el primero por específico y el segundo por ineficaz. Pese a ello, el art. 7 TUE se revela, en el actual estado de la Unión, como el mejor instrumento de respuesta ante vulneraciones del Estado de Derecho, siempre y cuando la excepcionalidad que todo mecanismo de esta naturaleza merece no impida su aplicación ante lesiones efectivas de los valores europeos.

En efecto, la excepcionalidad que ha revestido el art. 7 TUE es sintomático de la debilidad política de una Unión en la que las instituciones europeas y, en particular, la CE, aún recelan de asumir un papel propio e independiente de los Estados. Tras la importante incorporación a los Tratados del mecanismo sancionador del art. 7.2 TUE, la UE ha creado posteriormente nuevos instrumentos para evitar, precisamente, su efectiva aplicación: primero, el mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE; después, el Marco del Estado de Derecho.

Si desde un plano teórico el conjunto de mecanismos de defensa de los valores fundamentales europeos es débil e insuficiente, su aplicación práctica al caso polaco ha confirmado los peores pronósticos. Este marco ha sido incapaz de ofrecer una respuesta sólida y efectiva a la crisis polaca: la activación del art. 7.1 TUE es una respuesta débil que llega, además, tarde. La emisión de hasta cuatro recomendaciones de la CE y tres resoluciones del PE<sup>54</sup>, así como de un conjunto de informes desfavorables por parte de instituciones como la Comisión de Venecia, evidencian un largo e inútil camino, amparado en la indiscutible máxima del diálogo, para arribar a una solución insuficiente: la descripción de los hechos realizada en este trabajo demuestran que el debate ac-

---

<sup>54</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de abril de 2016, sobre la situación en Polonia, DO C 58 de 15.2.2018, pp. 148-150; Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre los últimos acontecimientos en Polonia y su incidencia en los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 204 de 13.6.2018, pp. 95-99; Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia, DO C 356 de 4.10.2018, pp. 44-49.

tual no debe situarse entre una activación o no del art. 7.1 TUE, sino entre una activación o no del art. 7.2 TUE.

La crisis polaca confirma que la debilidad de la UE en asuntos extraeconómicos puede lesionar los propios fundamentos del proyecto europeo y, por ende, su propia existencia. En una Unión que proclama un espacio constitucional propio y su articulación a partir de la ciudadanía europea, la actitud mostrada por las instituciones europeas respecto a la erosión de sus valores más fundamentales es inadmisibile. El riesgo de división entre los EEMM o el de desafección de la ciudadanía polaca hacia la UE, aducidos por la CE, no justifican la erosión al Estado de Derecho. La lenta e insuficiente respuesta a la crisis polaca, como también la inactividad de la CE respecto al caso húngaro, sólo se comprenden si se ubican en un contexto de normalización de los ataques a los valores más nucleares de la UE y al propio proyecto europeo. La UE ha situado la excepcionalidad en unos niveles tan elevados que le permite justificar lo que otrora resultaba intolerable: verbigracia, tras las elecciones legislativas austríacas del 15 de octubre de 2017, se formó un gobierno de coalición entre el ÖVP y el antes denostado FPÖ, que había conseguido un 26% de votos y una tercera posición, y cuyo líder, que sería nombrado vicecanciller, había sido un activista neonazi<sup>55</sup>. Ninguno de los EEMM de la UE ni las instituciones europeas alzaron la voz. Mientras tanto, el ascenso al poder de partidos populistas y euroescépticos (en Austria, Hungría, Italia, Letonia o Polonia) está dando lugar a un frente de resistencia contra la Unión que puede impedir todo intento de defender el Estado de Derecho por la vía del art. 7 TUE.

En definitiva, la crisis polaca ha revelado un marco de defensa del Estado de Derecho en la Unión débil y una deficitaria aplicación, por lenta e insuficiente, en el caso de Polonia. La UE debe aplicar la misma contundencia con que sanciona a los EEMM que incumplen las exigencias de déficit a cualquier lesión, aun incipiente, de los valores sobre los que se asienta la Unión, pues son el elemento que otorga coherencia, sentido y propósito a una Unión ciudadana. Es ésta la única manera de recuperar la confianza de la ciudadanía europea en que una UE de valores es, todavía, posible.

---

<sup>55</sup> Planas Bou, C. (15 de octubre de 2017). Heinz-Christian Strache: Un político con pasado neonazi. *El Periódico*. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20171015/un-vicecanciller-con-pasado-neonazi-6354527>. Debe reconocerse, no obstante, que la posición más radical que representaba Jörg Haider fue asumida por la Unión por el Futuro (BZÖ), una escisión del FPÖ que aquél lideró desde su creación en 2005 hasta su muerte en 2008.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- HÄBERLE, P. (2004), Europa como comunidad constitucional en desarrollo, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 11-24.
- KRZYWOŃ, A. (2018), La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema de equilibrio constitucional en dos años, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 359-379.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2016), El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y «dilema de Copenhague», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 101-142.
- PÉREZ BERNÁRDEZ, C. (2016), La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 48-94.
- RIPOL CARULLA, S. (2018), Unión Europea y fortalecimiento y defensa del estado de derecho, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 777-811.
- VON BOGDANDY, A. (2006), Constitutional Principles, en Von Bogdandy, A. & Bast, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 3-52), Hart, Oxford/Portland.
- VON BOGDANDY, A. & IOANNIDIS, M. (2014), La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer., trad. Fernando Rentería, L. y Villarreal, P., *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 19-64.
- WEBER, A. (2008), El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 27-59.

# LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO ELEMENTO DE JUSTICIABILIDAD DEL ESTADO DE DERECHO EN EL ASUNTO *L. M.*

VALENTINA FAGGIANI\*  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Crisis sistémica del Estado de derecho en Polonia c. confianza mutua en el asunto *L. M.* 2. La independencia judicial como elemento constitutivo del Estado de derecho: la interpretación sistemática de la triada *ex arts.* 2 y 19 del TUE y 47 de la Carta. 3. El nuevo rol del TJUE en las crisis sistémicas del Estado de derecho. 4. El intento de los jueces polacos de dialogar con el TJUE. 5. Bibliografía.

## 1. CRISIS SISTÉMICA DEL ESTADO DE DERECHO EN POLONIA C. CONFIANZA MUTUA EN EL ASUNTO *L. M.*

Las violaciones sistémicas se están convirtiendo en el parámetro para evaluar si existen los extremos para superar la presunción *iuris tantum* de respeto de los derechos fundamentales por la ausencia de equivalencia y, por lo tanto, para aplicar una excepción a los principios de confianza y reconocimien-

---

\* Profesora ayudante doctora de derecho constitucional de la Universidad de Granada. Este estudio ha sido realizado en el ámbito del grupo de investigación «Andalucía, la Unión Europea y el Estado social» (SEJ-106), y del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» (DER 2016-77924P).

to mutuos<sup>1</sup>, tanto en el ámbito de la política europea de inmigración (STJUE, *N. S.*)<sup>2</sup>, como de la cooperación judicial en materia penal (STJUE, *Aranyosi y Căldăraru*<sup>3</sup>). Un paso ulterior en esta línea ha sido ofrecido por la sentencia *L. M.*, de 25 de julio de 2018, en la que el TJUE se ha pronunciado expresamente, por primera vez, sobre la crisis polaca del Estado de derecho tras las reformas del sistema judicial introducidas desde el 2015<sup>4</sup>.

En el supuesto de que se trata, el Sr. L. M. ha sido el destinatario de tres órdenes europeas de detención (OED) emitidas por las autoridades judiciales polacas entre 2012 y 2013 para el arresto y la entrega por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotropas. El interesado arrestado en Irlanda en 2017 se opuso, alegando que podría ser expuesto a un riesgo real de flagrante denegación de justicia (art. 6 CEDH). A la misma conclusión llegó también la *High Court*, considerando que en Polonia se había producido una violación del Estado de derecho (art. 2 TUE) por las reformas legislativas del sistema judicial, implementadas en los últimos dos años.

Tales reformas no conseguirían garantizar el derecho del demandado a un juez independiente y, por consiguiente, a un proceso equitativo en Polonia, perjudicando así las bases de la confianza recíproca entre la autoridad de emisión y ejecución, circunstancia ésta que pondría en discusión el funcionamiento del mecanismo de la OED. La gravedad de la situación está confirmada por la propuesta motivada de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, en la que, por primera vez, solicita al Consejo la aplicación del procedimiento *ex art. 7*, par. 1, del TUE, invitándole a constatar si existe el riesgo evidente de violación grave de la *rule of law* in Polonia (art. 2 TUE) y, en su caso, formular a este Estado miembro las recomendaciones necesarias<sup>5</sup>.

En la propuesta motivada la Comisión realiza un análisis detallado del contexto y de la evolución de la situación de crisis en Polonia, contando también con los dictámenes y los estudios de otras organizaciones internacionales, como la Comisión de Venecia<sup>6</sup>. Esta situación, degenerada tras dichas refor-

---

<sup>1</sup> Sobre el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en materia penal, *ex multis*, *vid.*: FAGGIANI, 2016; e *Id.*, 2017.

<sup>2</sup> STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, *N. S. contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, ECLI: EU: C:2011:865.

<sup>3</sup> STJUE, de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI: EU: C:2016:198.

<sup>4</sup> STJUE, de 25 de julio de 2018, *L. M.*, C-216/18 PPU, ECLI: EU: C:2018:586.

<sup>5</sup> Comisión Europea, Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia. Propuesta de decisión del Consejo, Bruselas, 20.12.2017, COM (2017) 835 final 2017/0360 (NLE).

<sup>6</sup> Comisión de Venecia, dictamen n. 833/2015, de 11 de marzo de 2016, sobre las modificaciones de la ley de 25 de junio de 2015 del Tribunal constitucional CDL-AD (2016)001 [«CDL-AD (2016)001»].

mas legislativas (unas secuencias de 13 leyes en dos años), que han afectado al aparato judicial de este Estado, está perjudicando la independencia de la magistratura y la separación de poderes.

Según la *High Court*, la autoridad judicial del Estado de ejecución debería rechazar la entrega, atendiendo al derecho irlandés y al art. 1, par. 3, de la decisión marco 2002/584/JAI, junto con el considerando 10 de esta última, puesto que tales deficiencias sistémicas impiden a Polonia proteger al interesado. Sobre la base de tales consideraciones, el juez del reenvío decidió suspender el juicio y solicitar al TJUE que aclare en el ámbito de un reenvío prejudicial de urgencia si en el supuesto de que se trata tenga que aplicar la segunda fase del test *Aranyosi*<sup>7</sup>, aun cuando en el Estado miembro de emisión existan carencias del sistema judicial que puedan constituir una violación del Estado de derecho, o si más bien la situación legitime la introducción de un nuevo motivo de rechazo sistemático.

En su opinión, en una situación parecida, no es posible exigir garantías al Ministerio Fiscal o a los órganos integrantes del poder judicial, incluidos los jueces de apelación, o relativas al respeto a las decisiones del TC, cuando declare la inconstitucionalidad de una disposición que pueda afectar al procedimiento en cuestión.

## 2. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UE: LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TRIADA *EX ARTS. 2 Y 19 DEL TUE Y 47 DE LA CARTA*

En la sentencia *L. M.*, que incorpora sustancialmente las más detalladas conclusiones del Abogado General<sup>8</sup>, el TJUE no formula<sup>9</sup> un nuevo motivo

---

<sup>7</sup> El test *Aranyosi* se desarrolla en dos fases: en la primera el juez de ejecución deberá evaluar, basándose en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos al funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo, como consecuencia de la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, por la presencia en ese Estado de deficiencias sistémicas o generalizadas. A continuación, si la autoridad judicial de ejecución constata que en el Estado miembro emisor existe un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo debido a deficiencias sistémicas o generalizadas del poder judicial de ese Estado miembro, que pueden comprometer la independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en un segundo momento, esa autoridad judicial deberá comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo.

<sup>8</sup> Conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas el 28 de junio de 2018 en el asunto *Minister for Justice and Equality c. L. M.*, C216/18 PPU, ECLI: EU: C:2018:517.

<sup>9</sup> Al respecto, *vid.*: FAGGIANI, 2019; VON BOGDANDY, BOGDANOWICZ, CANOR, SCHMIDT, TABOROWSKI, 2018; FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, 2018; VAN BALLEGOOIJ y BÁRD, 2018; y SCHEPPELE, 2018. Se-



El mensaje contenido en la sentencia *ASJP*, en la que el TJUE subraya el nexo entre independencia judicial, Estado de derecho y derecho a la tutela judicial efectiva y los efectos de una violación eventual de tales categorías sobre la correcta y uniforme aplicación del derecho de la UE, en realidad, no estaba dirigido a Portugal<sup>12</sup>, cuyas medidas de austeridad, por otra parte, han sido consideradas conformes al derecho de la UE, sino ante todo a Polonia y Hungría.

Este reenvío prejudicial, de hecho, ha ofrecido al TJUE la oportunidad para reiterar que las reformas nacionales tendentes a incidir en la independencia judicial y, más en general, en los sistemas de justicia de los Estados miembros, no están reservadas a la autonomía procesal de los Estados, sino que se encuentran en el ámbito de aplicación del derecho UE y, por lo tanto, están sometidas a la jurisdicción del TJUE.

En dicho pronunciamiento se afirma que los Estados estarían obligados a asegurar el respeto de la *rule of law* a través de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos derivados del derecho de la UE, puesto que *ratione materiae* el art. 19 TUE [...] incluiría «los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión», con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta<sup>13</sup>.

De esta interpretación extensiva se deduce una «nueva esfera del derecho de la UE», caracterizada por un «nexo funcional» y «no sustantivo», puesto que no se hace referencia a la existencia de un sector regulado (total o parcialmente) por el derecho de la UE, sino que es suficiente una norma más general, como en el caso de que se trata, el art. 19 TUE, concerniente a la «función de los tribunales nacionales como parte del poder judicial europeo». Se trata, por lo tanto, de un vínculo más bien «indirecto», «potencial» o «virtual»<sup>14</sup>. En

<sup>12</sup> A este propósito, v. el auto del TJUE de 7 de marzo de 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte y otros*, causa C-128/12, en el que se declara «manifiestamente incompetente» para conocer del reenvío prejudicial interpuesto por el *tribunal do trabalho do Porto* con decisión de 6 de enero 2012.

<sup>13</sup> STJUE, *ASJP*, apartado 29. En este sentido, *vid.* también: BONELLI y CLAES, 2018: p. 623, «*The political objectives of the Court's decision are clear: Luxembourg wants to clarify that the organisation of the national judiciaries is not exclusively a matter for each of the Member States separately, but that Member States are under an obligation, contained in primary EU law and supervised by the Court of Justice, to ensure that their courts and judges are independent "in the fields covered by EU law"*».

<sup>14</sup> Según BONELLI y CLAES, 2018, p. 631, «*This new sphere of EU law seems to be a "functional" rather than a traditional "substantive" one: the key factor for falling under the jurisdiction of the Court is not whether the circumstances of the case touch upon matters regulated by Union law, but the function of national courts as part of the European judiciary. A link with a "substantive rule of EU law" is thus still required, but it can be more indirect; it is sufficient for the relevant court to "potentially" apply or interpret EU law*». Según MIGLIO, 2018, «*L'ambito applicativo della richiamata disposizione del trattato è infatti determinato non dalla connessione più o meno stretta tra la fattispecie e un atto di diritto dell'Unione, bensì da un collegamento virtuale: l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che un organo giurisdizionale sia idoneo a offrire ai singoli tutela giurisdizionale effettiva non dipende dall'oggetto concreto di una determinata controversia, bensì dalla competenza dell'organo a conoscere, in ipotesi, di questioni che*

virtud de esta «nueva esfera» la independencia judicial se convierte en una obligación derivada del art. 19 TUE, consagrada a nivel de Tratados. La reinterpretación del art. 19 TUE pretende legitimar la intervención del TJUE en vía prejudicial en supuestos en los que se afirmara la violación de esta garantía, así como apoyar las iniciativas de la Comisión europea en el marco de la defensa del Estado de derecho, dotándoles de mayor legitimación<sup>15</sup>.

Estos objetivos, que se deducen solo implícitamente en el asunto *ASJP*, son presentes de forma expresa en *L. M.*, enriqueciéndose de ulteriores perfiles de interés. En este pronunciamiento, el TJUE evalúa la justiciabilidad de la cláusula del Estado de derecho, bajo el perfil de la violación de la independencia, en relación con la ejecución de una OED emitida por Polonia, como principal instrumento de la cooperación judicial en materia penal, reiterando que esta garantía no es solo parte del contenido esencial del derecho a un proceso equitativo sino también uno de los elementos constitutivos del Estado de derecho con arreglo precisamente al art. 2 del TUE<sup>16</sup>, siendo instrumental a la cooperación judicial. En este sentido, la Unión es una Unión de derecho en la que los particulares deben poder contestar en sede jurisdiccional la legitimidad de toda decisión o de cualquier otra decisión nacional concerniente a la aplicación de un acto de la Unión que les afecta<sup>17</sup>.

Atendiendo al art. 19 TUE, que concreta el valor del Estado de derecho, tal y como está reconocido en el art. 2 TUE, corresponde a los jueces nacionales y al TJUE garantizar la aplicación plena del derecho de la UE en todos los Estados miembros y la tutela jurisdiccional de los derechos de los particulares que están sujetos a este ordenamiento en virtud de dicho derecho. Siendo la existencia de un control jurisdiccional efectivo una característica intrínseca al Estado de derecho, los Estados tienen que preservar *in primis* la independencia de los órganos jurisdiccionales, reconocida en el art. 47, par. 2, de la Carta, que menciona el acceso al juez «independiente» entre los requisitos del derecho fundamental a la tutela judicial.

De esta forma, se pretende asegurar tanto la cooperación vertical en relación con el correcto funcionamiento del reenvío prejudicial como aquella ho-

---

*chiamano in causa il diritto dell'Unione. È evidente che ciò comporta una considerevole estensione dell'ambito applicativo dell'art. 19, par. 1, TUE».*

<sup>15</sup> Según PECH y PLATON, 2018, reconduciendo la independencia judicial al ámbito de la tutela judicial efectiva se abre la vía a un juicio, a través de un reenvío prejudicial sobre la base de la interpretación del art. 19 TUE. La sentencia, por lo tanto, abre el camino no solo a la activación del procedimiento por incumplimiento, sino también al refuerzo de las garantías del Estado de derecho, encomendado a cada juez (o a las organizaciones sindicales de magistrados) cuya independencia esté en peligro.

<sup>16</sup> TJUE, *L. M.*, cit., apartado 48.

<sup>17</sup> *Ibidem*, apartado 49.

rizontal entre los distintos Estados miembros, como en el caso de la ejecución de una OED. Por un lado, el reenvío prejudicial *ex art. 267 TFUE* puede ser planteado solo por un órgano jurisdiccional independiente<sup>18</sup>. Por otra, no se puede dejar a un lado que las decisiones en materia de OED (tanto de la autoridad de emisión como de ejecución) tienen que ser sometidas a un control judicial con todas las garantías (art. 47 de la Carta).

En este sentido, «para poder participar en el sistema europeo de reconocimiento recíproco (en cualquier sector del derecho: penal, civil y administrativo), los jueces nacionales tienen que reunir todos los criterios que definen una «“autoridad jurisdiccional” según el derecho de la Unión, con la inclusión de su independencia»<sup>19</sup>. Además, a pesar del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, el sentido y el alcance de la noción de «autoridad judicial», atendiendo a la decisión marco 2002/584/GAI, no pueden ser dejados a la discrecionalidad de los Estados miembros, requiriéndose al respecto una interpretación autónoma y uniforme<sup>20</sup>.

Para evaluar la calidad de la «jurisdicción» deberá tenerse en cuenta el fundamento normativo del órgano, su carácter permanente y obligatorio, la naturaleza contradictoria del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de las normas jurídicas y su independencia<sup>21</sup>. Esto significa que cuando «los jueces penales de un Estado miembro ya no [pudieran] garantizar el derecho a un proceso equitativo», «la aplicación del principio de confianza mutua no sería oportuna» y el reconocimiento recíproco no operaría de forma automática<sup>22</sup>. Cuando exista un riesgo concreto de que el procedimiento conducido en el Estado miembro de emisión no se desarrolle atendiendo a los requisitos previstos en el art. 47, par. 2, de la Carta, deja de existir también la obligación de ejecutar la OED (art. 1, par. 2, de la decisión marco 2002/584/GAI), pudiéndose por lo tanto impedir su ejecución<sup>23</sup>.

El esfuerzo del TJUE de demostrar las deficiencias sistémicas de Polonia es sin duda positivo. El nexo independencia judicial-Estado de derecho-tutela judicial efectiva y el intento de aplicarlo de forma directa a la crisis de este País

<sup>18</sup> *Ibidem*, apartado 54.

<sup>19</sup> Conclusiones del Abogado General Bobek en el asunto *Zdziaszek*, C-271/17 PPU, EU: C:2017:612, apartados 86 y nota 16; y Conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 64.

<sup>20</sup> STJUE, de 10 de noviembre 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI: EU: C:2016:858, en particular apartados 31 y 32. En el asunto de que se trata, aunque en esta noción se incluyan no solo a los jueces u órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sino más en general a las autoridades llamadas a participar en la administración de la justicia, se excluían del alcance del concepto de autoridad judicial los servicios de policía de un Estado miembro, teniéndose que distinguir al respecto el poder judicial del ejecutivo.

<sup>21</sup> Conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 64.

<sup>22</sup> *Ibidem*, apartado 65.

<sup>23</sup> *Ibidem*, apartado 66.

representan los aspectos más significativos de este pronunciamiento, constituyendo la base jurídica para legitimar la introducción de un nuevo motivo de rechazo (aunque facultativo) de una OED.

En cambio, no parece suficientemente precisa la definición de independencia judicial (*rectius* de los índices o criterios de los que se puede deducir la existencia de esta garantía)<sup>24</sup>. Ante todo, tanto el TJUE como el Abogado general se limitan a hacer referencia a la noción de independencia judicial en términos de independencia *ad extra*. En este sentido, aunque sea correcto concebir este derecho-garantía en términos de autonomía del órgano jurisdiccional, que está llamado a ejercer sus funciones sin ser sometido a algún vínculo jerárquico o de subordinación o sin recibir órdenes o instrucciones de ninguna fuente, que arriesgaría comprometer el juicio e influenciar su decisión<sup>25</sup>, no se puede dejar a un lado que el juez tiene que ser independiente también *ad intra*, es decir, respecto de las posibles interferencias procedentes de los demás órganos jurisdiccionales y de los órganos de garantía del poder judicial.

En segundo lugar, cuando el Abogado general y el TJUE hacen referencia a los «dos aspectos de la independencia judicial», es decir al perfil interno y externo, parece que confunden y casi superponen este concepto con la noción de imparcialidad, sin tener en cuenta que se trata de dos garantías distintas, aunque complementarias. A pesar de que la imparcialidad se concrete con la equidistancia de las partes de la controversia en relación con el objeto de esta última, requiriéndose a tal fin el respeto de la objetividad y la ausencia de cualquier interés (de carácter personal, familiar, etc.) en la solución de la controversia más allá de la estricta aplicación de la norma jurídica, no se puede dejar a un lado que un juez puede ser independiente pero no imparcial<sup>26</sup>. Una confirmación de este planteamiento se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que distingue de forma clara las dos categorías.

Una confusión-superposición parecida induce al TJUE a no delimitar correctamente también las restantes garantías del ejercicio de la función judi-

---

<sup>24</sup> Es crítico sobre la noción de independencia formulada por el TJUE KOSAR, 2018.

<sup>25</sup> TJUE, *ASJP*, cit., apartado 44; TJUE, *L. M.*, apartado 63; conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 89.

<sup>26</sup> Sobre las garantías de la independencia e imparcialidad se reenvía a GARRIDO CARRILLO, 2014. El autor, que delimita de forma precisa y detallada estas dos categorías, subraya que no hay que confundir la independencia con la imparcialidad judicial, considerando que un juez puede ser independiente pero no imparcial o viceversa un juez puede ser imparcial pero no independiente. Para determinar si un juez es independiente es suficiente tener en cuenta la normativa que en su conjunto regula el estatuto jurídico del juez en un determinado Estado. La imparcialidad, en cambio, requiere analizar el comportamiento de un juez en un determinado proceso.

cial<sup>27</sup>. De hecho, la inamovilidad y el régimen disciplinario, que incluyen la adopción de normas, en las cuales se definen tanto los comportamientos que integran los ilícitos disciplinarios como las sanciones contextuales, y la previsión de un órgano de autogobierno de la magistratura son funcionales a preservar la independencia judicial<sup>28</sup>. Por lo tanto, por una parte, la percepción de una retribución adecuada a la importancia de la función que los órganos judiciales desarrollan pretende más bien proteger la independencia económica; y por otra las normas concernientes a las causas de abstención y de recusación<sup>29</sup> son funcionales a asegurar la imparcialidad.

En lo que concierne a la violación del derecho a un proceso equitativo, el TJUE no se detiene en el umbral de gravedad; en cambio el Abogado general se centra en el concepto de «denegación flagrante» en el sentido de que la violación tiene que ser tan grave de anular la equidad del proceso<sup>30</sup>. La excepcionalidad de tales circunstancias con el consiguiente reenvío de la OED, de hecho, no podría ser integrada por cualquier violación del art. 47, par. 2, de la Carta, más allá de su gravedad, sino que se podría verificar solo cuando exista en el Estado de emisión un riesgo concreto de violación particularmente grave de esta disposición, es decir una denegación flagrante de justicia.

Dicho planteamiento es acorde con lo afirmado por la jurisprudencia del TEDH, según quien la existencia de meras irregularidades o la ausencia de garantías en el proceso de por sí no son suficientes para integrar un supuesto de flagrante denegación de justicia<sup>31</sup>. El TEDH ha declarado solo en cuatro ocasiones que una extradición o una expulsión podrían comportar una viola-

<sup>27</sup> TJUE, *L. M.*, cit., apartado 64.

<sup>28</sup> *Ibidem*, apartado 67.

<sup>29</sup> *Ibidem*, apartado 66; y conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 89.

<sup>30</sup> Conclusiones, *L. M.*, cit., apartados 69-96.

<sup>31</sup> Atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, para impedir la extradición o expulsión del interesado sería necesario que la violación del principio de equidad del proceso (art. 6 CEDH) sea tan grave de comprometer la anulación o incluso la negación total de la esencia de este derecho (TEDH, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit., apartado 260; y TEDH, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., apartado 563), como en el caso de que haya sido pronunciada una condena *in absentia*, sin posibilidad de obtener un reexamen en el mérito de la acusación (TEDH, sentencia de 16 de octubre de 2001, *Einhorn c. Francia*, recurso n. 71555/01, apartados 33 y 34); en el supuesto de un proceso sumario en el que no se respeten los derechos de la defensa (TEDH, sentencia de 8 de noviembre de 2005, *Bader e Kanbor c. Suecia*, recurso n. 13284/04, apartado 47); no sea posible hacer examinar la regularidad de la detención a un juez independiente e imparcial; cuando se rechace de forma deliberada y sistemática permitir a un individuo, en particular a una persona detenida en un país extranjero, comunicarse con un abogado (TEDH, sentencia del 20 de febrero de 2007, *Al-Moayad c. Alemania*, recurso n. 35865/03, apartados 100-108). Y por último, es oportuno también considerar si un individuo deba comparecer ante un tribunal compuesto, aunque solo en parte, por militares, que dependen del poder ejecutivo (TEDH, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, recurso n. 46221/99, apartado 112), y TEDH, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., apartado 562. Al respecto, se reenvía también a: conclusiones *L. M.*, cit., apartado 82.

ción del art. 6 del CEDH, integrando una denegación flagrante de justicia<sup>32</sup>. Dos de estas sentencias, concernientes a los asuntos *Al Nashiri c. Polonia* y *Al Nashiri c. Rumania*, tenían por objeto la violación de la independencia e imparcialidad. Los órganos jurisdiccionales del país de destino eran jueces extraordinarios, competentes en materia de terrorismo, y estaban compuestos exclusivamente por militares.

En particular, en la sentencia *Al Nashiri c. Polonia*<sup>33</sup>, el TEDH declaró la existencia de un riesgo concreto de denegación flagrante de justicia, atendiendo al art. 6, par. 1, CEDH sobre la base de tres elementos. Ante todo, la comisión militar no era ni independiente ni imparcial y no podía ser considerada un «tribunal», puesto que, habiendo sido instituida para enjuiciar a «determinados ciudadanos extranjeros en la guerra contra el terrorismo», no era parte del sistema judicial federal de Estados Unidos y estaba compuesta exclusivamente por militares. En segundo lugar, no se trataba de un tribunal «predeterminado por ley»; y por último existía una alta probabilidad de que fuesen utilizados elementos de prueba obtenidos con la tortura contra el recurrente<sup>34</sup>.

Todas estas consideraciones indujeron al TJUE a extender el test *Aranyosi* al caso *L. M.*, estimando que, cuando el juez del Estado de ejecución estime que en caso de entrega la persona pueda ver violado su derecho fundamental a un juez independiente, que es parte del contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo (art. 47, par. 2, de la Carta), está autorizado a abstenerse, a título excepcional, de dar cumplimiento a la OED, atendiendo al art. 1, par. 3, de la decisión marco 2002/584/GAI.

La independencia judicial se convierte, por lo tanto, en el parámetro atendiendo al cual evaluar la existencia de un riesgo concreto de violación ya no de la prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes (art. 4 de la Carta), como en el caso *Aranyosi*, sino del derecho a un proceso equitativo (art. 47 de la Carta). A tales efectos, la autoridad judicial de la ejecución, en una primera fase, tendrá que evaluar, atendiendo a elementos objetivos, serios, precisos y comprobados concernientes al funcionamiento del sistema judicial en el Estado miembro de emisión, la existencia de un riesgo real de violación del derecho fundamental a un proceso equitativo por la ausencia de independencia ju-

---

<sup>32</sup> Vid. las siguientes sentencias del TEDH: *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, cit.; *Husayn c. Polonia*, cit.; *Al Nashiri c. Polonia*, cit.; y *Al Nashiri c. Rumania*, cit.

<sup>33</sup> En este asunto el recurrente era un ciudadano saudí, que, capturado en los Emiratos árabes unidos y trasladado a un centro de detención secreto en Polonia, había sido posteriormente trasferido en la base militar americana de Guantánamo y procesado ante una comisión militar por haber organizado un atentado suicida contra un buque de guerra americano y participado en un atentado contra una petrolera francesa.

<sup>34</sup> Conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 84, en las que se reenvía a la STEDH, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., apartados 565-569.

dicial en dicho Estado miembro, derivada de la existencia de carencias sistémicas o generalizadas en este último<sup>35</sup>.

Si, tras una evaluación de tales requisitos, se constatará la existencia de dicho riesgo, en un segundo momento, deberá examinar, de forma concreta y precisa, si, en el supuesto de que se trata, existen motivos serios y comprobados para estimar, que, tras la entrega al Estado miembro emisor, la persona pueda ver violado<sup>36</sup> su derecho fundamental a un juez independiente y por lo tanto el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo. De lo contrario, la autoridad judicial de la ejecución tiene que abstenerse de ejecutar dicha OED. Se trataría de una suspensión en un caso concreto.

Esta evaluación sería aún más necesaria si, como en el caso de que se trata, el Estado miembro de emisión ha sido objeto de una propuesta motivada de la Comisión para la aplicación del art. 7, par. 1, TUE, con el objeto de que el Consejo constate la existencia de un riesgo evidente de violación grave por parte de dicho Estado miembro de los valores contenidos en el art. 2 TUE, como el Estado de derecho, especialmente por los atentados a la independencia de los jueces nacionales; y por otro, la autoridad judicial de ejecución considerara, sobre la base de esta propuesta, que dispone de los elementos que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas, en relación con tales valores, desde el punto de vista del poder judicial de dicho Estado.

El juez de la ejecución, de hecho, podría rechazar automáticamente una OED procedente de un Estado miembro, sin tener que realizar ninguna evaluación concreta del riesgo real para el interesado de lesión del contenido de su derecho fundamental a un proceso equitativo, solo en presencia de una decisión del Consejo europeo, que constate, conformemente a los requisitos indicados en el art. 7, par. 2, TUE, una violación grave y persistente en el Estado miembro de emisión de los principios consagrados en el art. 2 TUE, como aquellos inherentes al Estado de derecho, seguida por la suspensión por parte del Consejo de la aplicación de la decisión marco 2002/584/GAI respecto de este Estado miembro (considerando 10 de esta última).

Por lo tanto, mientras no se adopte una decisión del Consejo europeo en este sentido, la autoridad judicial de ejecución podrá abstenerse solo en presencia de circunstancias excepcionales, que deberá constatar atendiendo al test *Aranyosi*, para verificar en qué medida las carencias sistémicas o generalizadas de la independencia de los jueces del Estado de emisión, comprobadas por los elementos a su disposición, puedan tener impacto en los jueces de este

---

<sup>35</sup> TJUE, *Aranyosi*, cit., apartado 89.

<sup>36</sup> *Ibidem*, apartados 92-94.

Estado miembro competentes para conocer de los procedimientos a los que la persona buscada será sometida.

### 3. EL NUEVO ROL DEL TJUE EN LAS CRISIS SISTÉMICAS DEL ESTADO DE DERECHO

El proceso de erosión del Estado de derecho (*rule of law backsliding*) está provocando el debilitamiento de sus elementos estructurales. El esquema se está repitiendo con los mismos cánones en distintos Estados de la UE. Los casos de Hungría y Polonia constituyen el ejemplo paradigmático de una tendencia generalizada, que está contribuyendo a desarrollar un nuevo modelo alternativo, aunque antitético a aquello típico de las democracias constitucionales del segundo posguerras.

En tales Estados, se individualiza no tanto la imposibilidad sino más bien la ausencia de la voluntad de colaborar con las instituciones europeas y con los demás Estados miembros. Una actitud parecida está poniendo a riesgo la construcción europea en su conjunto. Se trata de un proceso circular: si se rompe un anillo de la cadena se rompe también todo el mecanismo. En los sistemas, caracterizados por deficiencias sistémicas, generalmente se crean espacios de impunidad, en los que los poderes públicos se sienten libres de adoptar medidas que violan de forma sistemática los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cuando, por lo tanto, en tales Estados se supera el denominado umbral de tolerancia, es necesaria una intervención de la UE para restablecer la confianza recíproca, la cual constituye la base de la cooperación tanto en materia civil-mercantil como penal y, en general, del desarrollo del ELSJ. Ante el fracaso de los instrumentos políticos con los que cuenta la UE, parece que una respuesta a la crisis sistémica del Estado de derecho pueda proceder precisamente de la cooperación judicial en materia penal tanto vertical como horizontal.

El mecanismo pre-artículo 7 TUE, basado en el diálogo estructurado, ha resultado insuficiente, la propuesta de la Comisión de activar el art. 7, par. 1, TUE, presentada en diciembre de 2017, no ha recibido todavía una respuesta del Consejo, y lo mismo probablemente ocurrirá con aquella del Parlamento europeo contra Hungría<sup>37</sup>. La «opción nuclear» nunca ha sido activada no solo

---

<sup>37</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL)).

porque se trata de un procedimiento muy complejo sino también por las consecuencias que podría producir en el proceso de integración europea.

En esta peligrosa situación, en la que se encuentra la necesidad de adoptar un derecho constitucional europeo de la emergencia, basado sobre un conjunto de estándares comunes, sustantivos y procesales, parece que el TJUE, como principal motor del diálogo judicial, y los jueces nacionales están destinados a ser los guardianes de los derechos fundamentales para la defensa de la democracia. En el reenvío prejudicial relativo al caso *L. M.*, de hecho, es evidente que el TJUE utiliza el nexo independencia-tutela judicial efectiva-Estado de derecho para intervenir directamente en la crisis polaca, denunciando las deficiencias sistémicas de este país. Se trata de un ultimátum a Polonia. La introducción de un nuevo motivo absoluto de rechazo del principio del reconocimiento mutuo en este momento hubiera sido una reacción desproporcionada, que habría bloqueado cualquier tipo de cooperación y diálogo con este país.

La intervención del TJUE en las crisis sistémicas es por lo tanto positiva. En lo que concierne a los efectos de la introducción de límites ulteriores a la confianza recíproca, el rechazo de dar ejecución a la OED en el asunto *L. M.*, mediante la suspensión de la decisión marco «en un caso concreto», aunque tendrá que ser aplicado por los jueces comunes con mucha cautela, no marca necesariamente el declive del reconocimiento mutuo, pudiendo reforzar, en cambio, la tutela de los derechos fundamentales.

Dicha excepción no violaría la igualdad entre los Estados miembros, reconocida en el art. 4, par. 2, TUE<sup>38</sup>. La existencia en Polonia de un riesgo concreto de denegación flagrante de justicia por las recientes reformas del sistema judicial no implica necesariamente que ningún juez polaco sea capaz de conocer un asunto en el respeto al art. 47, par. 2, de la Carta. Esta posición es acorde con lo afirmado también por el TEDH, que en la jurisprudencia sobre el art. 3 CEDH, concerniente a la existencia de un riesgo concreto de denegación flagrante de justicia, considera, en práctica, no solo la situación en el país de destino, sino también las circunstancias particulares del interesado<sup>39</sup> relativas a la persona o al delito para el que está perseguido o del que ha sido condenado para verificar si efectivamente puede ser expuesto a este riesgo<sup>40</sup>. Según la Comisión europea podría subsistir un mayor riesgo en el caso de que la

---

<sup>38</sup> En tal sentido v. Conclusiones, *L. M.*, cit., apartado 107.

<sup>39</sup> *Ibidem*, puntos 109-112, en los que se hace referencia a los siguientes pronunciamientos del TEDH: sentencia de 18 de abril de 2013, *Mo. M. c. Francia*, recurso n. 18372/10, apartados 38 a 43; sentencia de 25 de marzo 2014, *M. G. c. Bulgaria*, recurso n. 59297/12, apartados 87 a 91; y sentencia de 27 de octubre 2011, *Ahorugeze c. Suecia*, recurso n. 37075/09, apartados 125 a 129.

<sup>40</sup> *Ibidem*, apartado 113.

persona objeto de la OED sea un opositor político o pertenezca a un grupo social o étnico que ha sido objeto de discriminación o si el delito tiene naturaleza política o si un determinado gobierno formula determinadas declaraciones públicas concernientes a este delito o a la sanción.

Atendiendo al considerando 12 de la decisión marco 2002/584/GAI es posible rechazar la entrega de una persona cuando existan elementos objetivos para considerar que la OED haya sido emitida para perseguirla penalmente o sancionarla para las opiniones públicas<sup>41</sup>. Correspondería por lo tanto a la persona interesada probar la existencia de tales motivos graves y comprobados de los que se pueda deducir la existencia de un riesgo concreto de que pueda ser expuesta a una denegación flagrante de justicia en el Estado miembro de emisión<sup>42</sup>.

En el supuesto de que se trata, ni el señor L. M. ni su representante han explicado cómo las recientes reformas del sistema judicial polaco perjudicarían su posición, ni cómo las deficiencias de este sistema impedirían que dicho asunto sea enjuiciado por un juez independiente e imparcial. En este sentido la existencia de un problema generalizado de respeto de los derechos del hombre en un determinado país no demuestra de por sí que el interesado en el Estado miembro de emisión sería sometido a un riesgo flagrante de denegación de justicia. Además, el sr. L. M. es acusado de tráfico de estupefacientes y no de un delito de carácter político<sup>43</sup>.

La sentencia *L. M.* nos demuestra que el TJUE está asumiendo funciones de intérprete de los valores europeos, consagrados en el art. 2 TUE. Todo esto refuerza sin duda su rol de juez constitucional de la UE. En este sentido, las nuevas excepciones a la confianza mutua introducidas en vía jurisprudencial no marcan el irreversible declive del reconocimiento mutuo, más bien integran una suerte de derecho constitucional de la emergencia, para la defensa de los valores esenciales del Estado de derecho. Remitiendo a los jueces comunes la tarea de pronunciarse sobre la violación del Estado de derecho/proceso equitativo por las deficiencias del sistema judicial polaco, el TJUE avala un mecanismo jurídico de solución de las crisis sistémicas, alternativo al art. 7 TUE, que constituye un instrumento meramente político y, por otra parte, muy complejo. El requerimiento del TJUE a Polonia para que bloquee la cooperación judicial en materia penal sino de lo contrario podría ser excluida del sistema europeo

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, apartado 114.

<sup>42</sup> *Ibidem*, apartado 115.

<sup>43</sup> Al contrario, PECH y WACHOWIEC, 2019, consideran que: «*In essence, the ECJ has created a test which we find impossible to apply in practice and disconnected from the reality of a judicial system which is in the process of being entirely captured by the executive*».

de cooperación judicial en materia penal puede producir efectos mucho más rápidos y efectivos.

Además, junto al mecanismo del reenvío prejudicial, el TJUE está conociendo también de dos recursos por incumplimiento contra Polonia, interpuestos por la Comisión Europea por violación de la independencia y de la inamovilidad judicial en los que tendrá que pronunciarse sobre la conformidad de las reformas legislativas en materia de justicia al derecho de la UE. En tales recursos, que fueron presentados respectivamente el 15 de marzo de 2018<sup>44</sup> y el 2 de octubre de 2018<sup>45</sup>, se contesta que las medidas que han reducido la edad de jubilación de los jueces violarían el art. 157 del TFUE, la directiva 2006/54/CE<sup>46</sup> relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y las obligaciones derivadas del art. 19, par. 1, del TUE junto al art. 47 de la Carta, especialmente bajo el perfil de la inamovilidad y de la independencia<sup>47</sup>.

En concreto, el artículo 13, apartados 1 a 3, de la ley relativa a la organización de los Tribunales Ordinarios<sup>48</sup> distingue la edad de jubilación de hombres y mujeres y la reduce bajando la edad de jubilación de las mujeres y los hombres que ejercen funciones de jueces de tribunales ordinarios, jueces del Tribunal Supremo y fiscales, y concede al Ministro de Justicia el derecho a decidir sobre la ampliación del período de servicio activo de los jueces.

En la misma línea, la ley de reforma del Tribunal Supremo<sup>49</sup> reduce la edad de jubilación de los jueces del TS de 70 a 65 años, obligando a 27 de los 72 jueces en ejercicio a jubilarse. Dicha modificación se aplicaría a todos los jueces de este órgano jurisdiccional, afectando por lo tanto con carácter retroactivo también a aquellos nombrados antes de la entrada en vigor de dicha ley. También la presidenta primera del Tribunal Supremo, cuyo mandato según la Constitución sería de 6 años, se vería prematuramente suspendida. La posibilidad de solicitar una prórroga de tres años estaría supeditada a una declaración en la que el juez manifieste el deseo de seguir ejerciendo sus funciones y

<sup>44</sup> Recurso, *Comisión/Polonia*, C192/18, 15 de marzo de 2018. Comunicado de la Comisión, 12 de septiembre de 2017, IP/17/3186, y 20 de diciembre 2017, IP/17/5367, asunto C-192/18, *Comisión c. Polonia*.

<sup>45</sup> Recurso por incumplimiento interpuesto el 2 de octubre de 2018, *Comisión Europea c. República de Polonia*, asunto C-619/18. Al respecto, *vid.* también: Comunicado de la Comisión 2 de julio de 2018, IP/18/4341 y 14 de agosto de 2018, IP/18/4987.

<sup>46</sup> OJ L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

<sup>47</sup> SCHMIDT y BOGDANOWICZ, 2018: p. 1061.

<sup>48</sup> Ley de 12 de julio de 2017 por la que se modifica la ley relativa a la organización de los tribunales ordinarios.

*Ustawa z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy — Prawo o ustroju sądów powszechnych.*

<sup>49</sup> Ley del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 2017 por la que se reduce la edad de jubilación, en vigor desde el 3 de abril de 2018.

un certificado que asegure que su estado de salud le permite ocupar su puesto, así como a la autorización del presidente de la República. La prórroga se podría renovar una vez. Se trata de una decisión absolutamente discrecional, que no está sometida a ningún control judicial.

Afortunadamente, poco después de la sentencia *L. M.*, el TJUE ha adoptado medidas cautelares, *inaudita altera parte*. En el auto de 19 de octubre de 2018<sup>50</sup>, confirmado por el de 17 de diciembre de 2018<sup>51</sup>, el Tribunal de Luxemburgo ordenó a Polonia la suspensión inmediata y con efectos retroactivos, hasta que se dicte la sentencia que resuelva dicho asunto, de la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces de su Tribunal Supremo, obligándola a reintegrarlos en sus puestos de trabajo. De momento, parece que Polonia haya encajado, aprobando una ley que restablece a los jueces del Tribunal Supremo que fueron destituidos, suspendiendo las disposiciones controvertidas a la espera que el TJUE resuelva el recurso por infracción<sup>52</sup>. De todas formas, es muy probable que, si el TJUE decidiera dar marcha atrás, también Polonia volvería a modificar dicha ley.

Es evidente que en estos pronunciamientos el TJUE pretende asumir la función de intérprete y garante de los valores europeos, reconocidos en el art. 2 TUE, lo cual contribuye sin duda a reforzar su papel de juez constitucional de la Unión, demostrando que existen mecanismos jurídicos de solución de las deficiencias sistémicas alternativos al art. 7 TUE. De hecho, la aplicación de esta disposición, a pesar de no requerir la existencia de un nexo con el derecho de la UE (porque se supone que están en juego los valores europeos fundamentales y por lo tanto el destino de la UE), constituye un instrumento meramente político y, por otra parte, muy complejo, e ineficaz. La alianza estratégica de

---

<sup>50</sup> TJUE, auto de la vicepresidenta del Tribunal de Justicia, asunto *Comisión/Polonia*, C-619/18 R, ECLI: EU: C:2018:852. Para un comentario a esta decisión, *vid.* SARMIENTO, 2018, según quien, «*The decision of 19 October of the Vice-President of the Court of Justice, ordering the Republic of Poland to suspend the effects of the Judiciary Reform Act and, in particular, to ensure that no sitting judge is removed as a result of the new retirement age, is revolutionary to say the least. The Court has entered a terra incognita, a place where no previous European court had ever entered into, forcing a sovereign Member State to choose between its membership to the club of European integration, or to walk away and follow the path of authoritarian illiberalism. To do this in an Order of interim measures, without hearing the defendant Member State, and two days before a crucial regional and local election in Poland, is quite a gamble on the part of the Luxembourg court. The decision is quite an event and a ground-breaking precedent*».

<sup>51</sup> TJUE, auto de 17 de diciembre de 2018, C-619/18 R, ECLI: EU: C:2018:1021.

<sup>52</sup> *Vid.* Ley de 21 de noviembre de 2018, por la que se modifica la ley de 8 de diciembre de 2017 sobre el Tribunal Supremo. Dicha ley entró en vigor el 1.º de enero de 2019. Atendiendo a lo dispuesto en su artículo 1, quedan derogados los artículos 37, apartados 1 *bis* a 4, y 111, apartados 1 y 1 *bis*, de la ley del Tribunal Supremo. Por otra parte, el artículo 2 de esta ley decreta el reingreso en sus cargos de los jueces del Tribunal Supremo, incluidos los nombrados para el cargo de Presidente Primero del Tribunal Supremo, quienes tuvieron que jubilarse en virtud de esas disposiciones de la Ley del Tribunal Supremo, considerándose que durante este período continuaron desempeñando sus funciones de forma ininterrumpida.

Hungría y Polonia con otros Estados de la UE, sobre todo los del Visegrád, hace imposible alcanzar la mayoría requerida para que el art. 7 TUE pueda producir efectos. Por esto, tanto la exhortación del TJUE a Polonia, en el asunto *L. M.*, a cumplir con el derecho de la UE, puesto que, de lo contrario, podría ser excluida del sistema europeo de cooperación judicial en materia penal, como el requerimiento de suspender las leyes de reforma del sistema judicial polaco, pueden producir efectos muchos más rápidos y eficaces.

#### 4. EL INTENTO DE LOS JUECES POLACOS DE DIALOGAR CON EL TJUE

La intervención del TJUE en la crisis sistémica del Estado de derecho en Polonia le permite reafirmar su rol de garante de los derechos fundamentales en la UE. En este sentido, es evidente el intento de contrarrestar la «captura» de los órganos jurisdiccionales polacos por parte del ejecutivo. Sin embargo, los efectos reales tanto de la sentencia *L. M.* como de los autos del TJUE en el ámbito del recurso por incumplimiento contra las reformas del sistema judicial de Polonia se podrán evaluar solo próximamente.

En lo que concierne al asunto *L. M.*, después de la sentencia del TJUE, las autoridades judiciales irlandesas aplicaron el doble test *Aranyosi* y tras solicitar información adicional a las autoridades judiciales polacas (los Tribunales de Poznan y de Varsovia), las cuales contestaron que siguen siendo independientes tanto del poder ejecutivo como legislativo, decidieron ordenar la entrega del demandante, considerando que no se alcanzaba el umbral de riesgo requerido para rechazar la ejecución de la OED. Evidentemente el rechazo de la ejecución de la OED hubiera representado una dura sanción para Polonia. El Señor Celmar, sin embargo, apeló dicha decisión.

Al mismo tiempo, también los jueces polacos han empezado a reaccionar. El TS justo después de la sentencia en el asunto *L. M.* preguntó al TJUE en vía prejudicial si la nueva legislación polaca es conforme al principio de inamovilidad de los jueces, que forma parte de la tutela judicial efectiva, así como del Estado de derecho y la prohibición de discriminación por razones de edad, tal y como ha sido prevista en la directiva 2000/78 (C-522/18 y C-668/18). Sin embargo, como contra-respuesta, el ejecutivo, a través del Ministerio Fiscal, el 4 de octubre de 2018<sup>53</sup>, pidió al TC que evaluara si el reenvío prejudicial

---

<sup>53</sup> Cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Ministro de Justicia polaco y el Fiscal General, 4 de octubre de 2018 (PK VIII TK 58.2018 K 7/18), en la que se extiende la solicitud del 23 de agosto,

*ex art. 267 TFUE*, presentado por un órgano jurisdiccional nacional sobre cuestiones relacionadas con el sistema, la forma y la organización del poder judicial, así como los procedimientos ante las autoridades judiciales del Estado miembro de la UE, es compatible con la Constitución polaca, considerando que los Tratados constitutivos no han cedido dichas competencias a la UE. Lo lógico sería que el TC planteara al TJUE un reenvío prejudicial; sin embargo esta parece ser una opción lejana, teniendo en cuenta la buena relación entre el TC y el actual ejecutivo.

Por su parte, también los jueces ordinarios han intentado reaccionar, dirigiéndose en vía prejudicial al TJUE. El Tribunal de Lodz, el 3 de septiembre de 2018<sup>54</sup>, preguntó al TJUE si el art. 19, ap. 1, párr. 2, del TUE, debe interpretarse en el sentido de que la obligación para los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión es incompatible con disposiciones que incrementan sustancialmente el riesgo de infracción de las garantías de un procedimiento disciplinario independiente contra los jueces en Polonia mediante: la influencia política en la tramitación de los procedimientos disciplinarios, la aparición del riesgo de que se utilice el sistema de medidas disciplinarias para el control político del tenor de las resoluciones judiciales, así como la posibilidad de utilizar pruebas obtenidas de forma delictiva en procedimientos disciplinarios contra jueces<sup>55</sup>. Estos reenvíos tendrían por objeto la sección especial disciplinaria del TS, la cual goza de un régimen también económico privilegiado, cuya función en definitiva es reprimir a los jueces que se alejan de las directrices del ejecutivo y la composición politizada del Consejo Nacional de la Magistratura<sup>56</sup>. Tras el Tribunal de Lodz también otros jueces acudieron al TJUE. Sin embargo, las autoridades polacas han sometido a estos jueces a procedimientos disciplinarios (C-588/18; C-563/18; y C-623/18)<sup>57</sup> por abuso del art. 267 TFUE<sup>58</sup>. No se puede prever cómo evolu-

---

pidiendo al *Trybunał Konstytucyjny* que pronuncie la inconstitucionalidad del art. 267 TFUE.

<sup>54</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el *Sąd Okręgowy w Łodzi* (Polonia), 3 de septiembre de 2018 –*Miasto Łowicz / Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki*, asunto C-558/18.

<sup>55</sup> Sobre los problemas que plantea la reforma del procedimiento disciplinario, v. 23.1.2018, DOUE, L 17/50, Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión de 20 de diciembre de 2017 por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520.

<sup>56</sup> A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, 2017.

<sup>57</sup> Entre tales casos se encuentran los asuntos C-558/18 y C-563/18, que sin embargo fueron inadmitidos a trámite por el TJUE el 1 de octubre de 2018; los asuntos C-585/18, C-624/18, C-625/18; el asunto C-623/18; y el asunto C-824/18.

<sup>58</sup> Al respecto *vid.*: [www.iustitia.pl/en/2714-polish-disciplinary-prosecutor-michal-lasota-launched-a-case-against-judge-ewa-maciejewska-who-sent-pre-judicial-queries-to-luxembourg](http://www.iustitia.pl/en/2714-polish-disciplinary-prosecutor-michal-lasota-launched-a-case-against-judge-ewa-maciejewska-who-sent-pre-judicial-queries-to-luxembourg).

cionará la situación, aunque es cierto que Polonia hará todo lo posible para no modificar sustancialmente sus reformas. Tras la captura del TC, ahora necesita neutralizar también a los demás órganos integrantes del poder judicial.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ANGELI, A.; DI GREGORIO, A.; SAWICKI, J. (2017), La controversa approvazione del «pacchetto giustizia» nella Polonia di «Diritto e giustizia». Ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo, *DPCE Online*, n. 3, 2017, 802.
- BACHMAIER WINTER, L. (2019), Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action, *ERA Forum*, pp. 1-15.
- VON BOGDANDY, A.; BOGDANOWICZ, P.; CANOR, I.; SCHMIDT, M.; TABOROWSKI, M. (2018), Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU’s Deficiencies Judgment on the European Rule of Law, *Verfassungsblog.de*.
- BONELLI, M.; CLAES, M. (2018), Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, *European Constitutional Law Review*, 14, pp. 622–643.
- FAGGIANI, V. (2016), El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática, *RGDE*, n. 38, pp. 73-107.
- (2017), *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor.
- (2019), Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, pp. 195-228.
- FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, A. (2018), Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case», *Verfassungsblog.de*.
- GARRIDO CARRILLO, F. J. (2014). *Delimitación del concepto de independencia judicial*. En Balaguer Callejón, F.; Arana García, E. (coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, Thomson Reuters-Civitas, pp. 877-904.
- KOSAŘ, D. (2018), The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On, *Verfassungsblog.de*.
- KRAJEWSKI, M. (2018), Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena’s Dilemma, *European papers: a journal on law and integration*, vol. 3, n. 1, pp. 395-407.
- LAZZERINI, N. (2018), Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli ‘anticorpi’ dei trattati?, *Osservatoriosullefonti.it*, XI, n. 1, pp. 1-21.

- MIGLIO, A. (2018), Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, pp. 421-431.
- OVÁDEK, M. (2018), Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog.de*.
- PECH, L.; PLATON, S. (2018), Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses, *EU Law Analysis*.
- SARMIENTO, D. (2018), Interim Revolutions, *VerfBlog*.
- SAWICKI, J. (2019), La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto: la Polonia dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, pp. 11-30.
- (2018), *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Franco Angeli, Milano.
- SCHEPPELE, K. L. (2018), Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) 'Celmer' Decision, *Verfassungsblog.de*.
- SCHMIDT, M.; BOGDANOWICZ, P. (2000), The Infringement Procedure in the EU Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU?, *CMLRev*, 55, pp. 1061-1100.
- VAN BALLEGOOIJ, W.; BÁRD, P. (2018), The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU, *Verfassungsblog.de*.

# THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LEGAL SYSTEMS AS A DECISIVE MATTER FOR CHECKS AND BALANCES

ANA NEVES  
Lisbon University

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. 2. Institutional framework design. 3. The interplay between national and international institutional bodies. 4. Conclusions. 5. Bibliographic references.

## 1. INTRODUCTION

Separation of powers lies at the heart of constitutional identity<sup>1</sup>, of the limitation of powers –through their delimitation and instruments of interaction– and of the protection of fundamental rights. Related organisation issues arise at different levels and contexts of public power (*e.g.*, Chang, Wen-Chen & Yeh, Jiunn-Rong, 2012, 1181-1182). Separation of powers framework is about a formal division of public powers into different bodies and about a substantial or material division even if there is no entire correspondence between them (Barber, 2001, 69-71; 88) or even if the lines between functions are not

---

<sup>1</sup> The idea has its roots in article 16 of Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789: “Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution.” (available in [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/anglais/cst2.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf)).

entirely sharp and precise (Epstein, 2011, 310). In the distribution of powers, the «matching of tasks to those bodies best suited to execute them» (Barber, 2001, 59) is important and «various interconnected factors...affect the competency of institutions in the performance of their tasks» (Barber, 2001, 72), such as the structural features, the composition, the designation procedure, the term of office and the decision-making procedure. The architecture of institutional framework and the interdependence, interactions and interconnections<sup>2</sup> of different powers and institutional public bodies are decisive conditions for them to be faithful to their tasks, to their legitimacy and with respect to individual autonomy as well as to protect people's rights (*e.g.*, Smilov, 2012, 864; Epstein, 2011, 307; and Madison, the Federalist Paper 51)<sup>3</sup>. It is part of constitutional effectiveness (Kokott & Kaspar, 2012, 795-815).

All national constitutions define a framework of separation of powers and checks and balances that reflects different political theories and intends to be adequate to the particular society under consideration (Barber, 2001, 68-69; and Epstein, 2011, 300) and to accommodate evolution. However, there are two major problems: the problem of the institutional design, of the rightness of its features<sup>4</sup>; and the problem of the ability of even «formally correct constitutional provisions» to be effective<sup>5</sup>.

Besides the generally pointed challenges to representative arrangements, to the integrity and expertise of administration and to the protection of «fundamental liberal rights by guaranteeing basic resources for self-development to each and every citizen» (Ackerman, 2000, 725), another important and continuous challenge to checks and balances is the strong influence of «self-interest of individuals and groups» (Epstein, 2011, 300) in the dynamic of elaboration,

---

<sup>2</sup> See also Supreme Court USA, *Youngstown Co v Sawyer* 343 US 579 (1952), 635 – <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/343/579.html> [accessed on 20.10.2018]: «While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity».

<sup>3</sup> AILEEN KAVANAGH (2016, 234) refers:

When setting up institutions, we should structure institutions so that they can play to their institutional strengths. But we also need to consider how to mitigate any of their attendant risks. This is why the separation of powers includes both a division-of-labour and checks-and-balances component. Implementing the separation of powers is a 'two-sided exercise', involving both the identification of the valuable role each institution can play, as well as an appreciation of their attendant risks.

<sup>4</sup> See, for instance, European Commission, On progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism, Brussels, 18.7.2012, COM (2012) 410 final; CARPU, 2014, 16; TOÓTH, 2019.

<sup>5</sup> As BARTOLE (2013, 164) says:

the formal conformity with the principles of the European Constitutional Heritage [could not be] ... at stake but even the mere possibility that formally correct constitutional provisions could be interpreted according to the unacceptable and regrettable ideologies of a political party. (see also BARTOLE, 2017, 606-607).

amendment and interpretation of the national fundamental normative provisions. This influence explains, in part, the difficulty of national legitimate public powers in designing, maintaining or securing an optimal constitution or in achieving constitutional efficacy<sup>6</sup>.

The gaps and shortcomings in the implementation of the rule of law and democracy in national political communities highlight the importance and the insufficiencies of national checks and balances. The relationship between international and national legal orders has become an important tool to the effectiveness of checks and balances at national level; the counterpunctual function of checks and balances can only be completely assured by that interrelationship. Three aspects are contributing to this counterpunctual dimension: *i*) the existence of several references within the international and European law about the institutional requirements of the rule of law; *ii*) the monitoring of their compliance by international or supranational institutions; *iii*) the relationship between national bodies independently of the governments, mainly inside the European Union Law context.

## 2. INSTITUTIONAL FRAMEWORK DESIGN

It is usual to point out that «modern democracies employ a wide range of strategies to achieve the checks and balances that separation of powers is designed to foster»; the countries «rely on different structures or doctrines to achieve the same basic goals» (Martinez, 2012, 574). It is also said that «no strong theory emerges to define these optimal structural features, and it is difficult to draw any inference regarding what will work, or fail, in one country from what works, or fails, in another» (Epstein, 2011, 292); and that it «is a matter of finding ... a balance, of providing enough, but not too much, power to each branch, with due respect to its function and its relation to the other branches» (William J. Wagner, 2003, 958)<sup>7</sup>.

Although there are no abstract solutions, there are minimum requirements that must be assumed as premises, without which we cannot be sure on the reliability and the resilience of the separation of powers and checks and

---

<sup>6</sup> «Heteronomy is, in fact, a fundamental element of the concept of rule of law, ...» (CUOCOLO, 2011, 4).

<sup>7</sup> WAGNER (2003, 958) adds that:  
«[t]he answer to separation-of-powers issues is only exceptionally a matter of right and wrong. Ordinarily, the answer is a matter of finding the mean, i.e., a balance, of providing enough, but not too much, power to each branch, with due respect to its function and its relation to the other branches».

balances design at national level. The complete picture and the reliable framework on guarantees and dimensions of the rule of law and democracy are necessarily multifaceted and pluralistic. It is more than an «interplay between sources of variable geometry» (Cuocolo, 2011, 7) and more than deciding if it is better to choose between a pluralistic conception of constitutionalism and a unitary one or to reconcile them (Maduro, 2012). Apart from any failures or shortcomings, what is important is the exteriority element and the benchmarking dimensions that it integrates.

There is a systematisation and a benchmarking work related to common constitutional norms, values and comprehensions that is being done by different international or supranational bodies<sup>8</sup>. Their composition and strong technical dimension enable and facilitate this work and the dialogue with and among national authorities. In addition, with the expansion of those norms (in any of its dimensions – material, organizational and procedural) the picture is less clear-cut between international and national law less clear<sup>9</sup>. For instance, if we want to be aware of which are or which should be the guarantees of judicial independence, the national constitutional references and their comprehension are not enough (Kokott & Kaspar, 2012, 805-806; Nania, 2019, 11-19). All constitutions have provisions about judicial independence but either they lack the adequate guarantees, or they admit means of organising the judicial power that can affect its independence. Even in countries that do not have institutional attacks on the exercise of the judiciary, many times, the identification of their deficiencies and their resolution come, in first place or only, from outside. For example, the Group of States against Corruption – GRECO, within the Criminal Law Convention on Corruption<sup>10</sup>, since 2015 (in the Fourth Evaluation Round about Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors; and Compliance Report Portugal, 2017), has been recommending to the Portuguese authorities that «the role of the judicial councils as guarantors of the independence of judges and of the judiciary

---

<sup>8</sup> As so, for instance, «the constitutional traditions common to the Member States» could have become «general principles of the Union's law» (article 6.º, n.º 3, of the Treaty on European Union).

<sup>9</sup> HISASHI OWADA (2015, 278) argues that here is:

«a clear trend which shows that states are in fact recognizing the essential relevance of the international legal order to their respective domestic legal orders and in some cases are trying to integrate the two, through developing international law to reflect a greater degree of universality of constitutions to conform to such universal values accepted as common goods of the global community».

<sup>10</sup> The Convention was concluded in Strasbourg, on the 27. I.1999. In accordance with article 4 (monitoring), the Group of States against Corruption (GRECO) shall monitor the implementation of this Convention by the Parties. On 4 May 1998, the Committee of Ministers adopted the Resolution (98) 7 authorising the partial and enlarged agreement establishing the «Group of States against Corruption – GRECO (available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/greco-cecem.pdf>).

[should be]... strengthened, in particular, by providing in law that not less than half their members are judges elected by their peers» (n.º 28); and the same applies to the selection panels of superior courts judges, that is to say, «that at least half the members of the authorities taking decisions on the selection of second instance court and Supreme Court judges are judges elected (or chosen) by their peers» (n.º 32).

### 3. THE INTERPLAY BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL INSTITUTIONAL BODIES

The interplay between national and international institutional bodies performs an important scrutiny and counterpunctual function. We could argue that every tool which monitors, assesses or evaluates the rule of law is a simplified and reductionist measure of social constructs that are complex and should be put in context. However, the counterbalance ability of national powers or institutional bodies to check on each other is not enough<sup>11</sup>. The national constitutional control<sup>12</sup> is not sufficiently dynamic and is part of the controlled system. The reality is that this function has been exercised or ensured partially from outside the states.

At the European level, it is worth highlighting the importance of the Council of Europe and, in particular, the role of the European Court of Human Rights. Its judgments on individual or State applications alleging violations of the civil and political rights set out in the European Convention on Human Rights have relevant impact on national legislation, case-law and administrative practice (*e.g.*, Bogdandy, 2017, 7; Sweet, 2012). This impact will deepen with Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights (in force since 1 August 2018), accordingly to which the Court has competence to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or its protocols<sup>13</sup>. The Committee of Ministers of the Council of Europe –empowered, by

---

<sup>11</sup> The «growing use of indicators in global governance» is an important tool to show that - DAVIS, KINGSBURY, BENEDICT & MERRY (2012, 100).

<sup>12</sup> ARAGÓN (1987, 16): «...el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo...».

<sup>13</sup> On 16 October 2018 the Court received the first request for an advisory opinion from the French Court of Cassation. See Arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053), Assemblée plénière. On 3 December 2018 the panel of the Grand Chamber accepted the request for an advisory opinion and on 4 December a Grand Chamber was constituted, in accordance with Rule 24 § 2 (h) of the Rules of Court, in order to consider it.

Protocol No. 14 (amending the Control System to the Convention), to initiate proceedings in the Court (as a Grand Chamber) against states who do not fulfil their obligations to execute Court judgments– and the work of the Department for the Execution of Judgments of European Court of Human Rights –which assists the States in their execution efforts (see, for instance, Council of Europe, March 2018, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2017; Gerards, 2014)– have been contributing to the execution of ECHR judgments.

Within the Council of Europe, we should equally highlight the above-mentioned GRECO Group; the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its monitoring procedure implemented by the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (AS/Mon/Inf(2013)06rev3, 27 June 2013; Order 508, 1995); and the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission), which is the Council of Europe’s advisory body on constitutional matters that monitors «the implementation of the Council’s legal system aimed at ensuring compliance with [its] fundamental principles and values» (Bartole, 2017, 603/607; Buquicchio & Dürr, 2013; and, for instance, Venice Commission, CDL-AD (2012) 026, Opinion no. 685/2012).

The Organization for Security and Co-operation in Europe, specially through the Office for Democratic Institutions and Human Rights, plays, as well, a relevant role. It assesses and supports reforms based on rule of law principles in the area of criminal, civil and administrative justice, of democratic institutions and human rights issues (Bartole, 2017, 603-604).

In the European Union, there are several mechanisms that have also the above-mentioned counterpoint role. We should refer: *i*) the monitoring of the compliance with the strategy of the conditionality in the process of the accession of a new member state and «in the following time of acquaintance with the main principles», after the accession (Bartole, 2013, 160-161; and, for instance, Report from the Commission to the European Parliament and the Council On Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism, COM(2018) 850 final); *ii*) the mechanism of article 7 TEU, accordingly to which the European Union is given the competence of imposing sanctions against member States that do not respect the fundamental principles of democracy and the rule of law as they are stated in the previous article 6 TEU (see, for instance, Müller, Jan-Werner, 2014; Bonelli, 2017, and Nicolosi, 2015; COM (2017) 835 final); *iii*) the protection of the Union’s budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States (e.g., COM(2018) 324 final 2018/0136 (COD) and, in the Common Provisions

Regulation for seven shared management funds covering the 2021-2027 period, the conditionality related to the compliance with the EU regulation regarding the rule of law, such as the «effective application and implementation of the EU Charter of Fundamental Rights» (COM/2018/375 final – 2018/0196 (COD); Halmai, 2019); *iv*) and the ECJ and the European Union remedies of preliminary ruling and action for failure to fulfil EU obligations.

These last two mechanisms have been playing a central role as a check and balance tool. This could be illustrated, for example, by the action brought by the Commission on 2 October 2018 before the Court of Justice for Poland failure to fulfil EU law obligations related, on the one hand, to the lowering of the retirement age and the application of the new retirement age to the judges appointed to the Supreme Court up until 3 April 2018 and, on the other hand, to the President of the Republic of Poland discretion to extend the active judicial service of Supreme Court judges (case C-619/18)<sup>14</sup>. This action goes beyond the ECJ Judgment of 6 November 2012, C-286/12, *European Commission v. Hungary*, on compulsory retirement of judges, prosecutors and notaries when they reach the age of 62 because the actual parallel conduct of the State (lowering the retirement age of magistrates)<sup>15</sup> is qualified as a violation of the second subparagraph of Article 19(1) of the Treaty on European Union, in conjunction with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and not, as in the first case, a failure to fulfil obligations under the Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework

---

<sup>14</sup> By an order of 15 November 2018, the President of the Court decided that the Case C-619/18 shall be determined under the expedited procedure as referred to in Article 23a of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 133 of the Rules of Procedure of the Court. We should also mention the Order of the Vice-President of the Court of 19 October 2018, C-619/18 R, *Commission v. Poland* –acting upon a request from the Commission and before the submission by Poland of its observations in the interim proceedings– that has ordered Poland to immediately suspend the application of the provisions of national legislation regarding the lowering of the retirement age for Supreme Court judges. By the Court's Order of 17 December 2018, the request for provisional measures was favorably decided.

In another case, the C-192/18, *European Commission v. Republic of Poland*, the same structural problems are at issue. On 20 June 2019, the Advocate General delivered his opinion, namely, proposing that the Court should:

declare that by lowering, under Article 13(1) of the aforementioned law, the age of retirement of judges of the ordinary courts, and in vesting the Minister for Justice with the discretion to extend the active period of such judges, under Article 1(26)(b) and (c) of the same law, the Republic of Poland has breached its obligations under Article 19(1), second subparagraph, TEU.

<sup>15</sup> The Court declared:

that by adopting a national scheme requiring compulsory retirement of judges, prosecutors and notaries when they reach the age of 62 –which gives rise to a difference in treatment on grounds of age which is not proportionate as regards the objectives pursued– Hungary has failed to fulfil its obligations under Articles 2 and 6(1) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

For further reading on this case, VINCZE (2013).

for equal treatment in employment and occupation (e.g., Aranci, 2019, 12). On 24 June 2019, the ECJ delivered the judgment in *Commission v Poland*. It has stressed, namely, that a national court, in order to be able to offer effective judicial protection for individuals in the fields covered by EU law, should be independent. This means, regarding restrictions to the irremovability of judges, that they should not «raise reasonable doubt in the minds of individuals as to the imperviousness of the court concerned to external factors and its neutrality with respect to the interests before it» (para. 79).

With regard to preliminary ruling, we highlight the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* judgment, C-64/16. The Supreme Administrative Court asked the ECJ:

[i]n view of the mandatory requirements of eliminating the excessive budget deficit and of financial assistance regulated by EU rules, must the principle of judicial independence, enshrined in the second subparagraph of Article 19(1)<sup>16</sup> TEU, in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>17</sup> and in the case-law of the Court of Justice, be interpreted as meaning that it precludes the measures to reduce remuneration that are applied to the judiciary in Portugal, where they are imposed unilaterally and on an ongoing basis by other constitutional authorities and bodies, as is the consequence of Article 2 of Law No 75/2014 of 12 September?<sup>18</sup>

For the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, the scope of judicial independence guarantees was at stake due to the salary-reduction in a particular context<sup>19</sup>. The ECJ enhanced the importance of structural feature of independence of national courts as European Union courts (n.º 42). About the *As-*

---

<sup>16</sup> Its § 2 establishes: «Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law.»

<sup>17</sup> Right to an effective remedy and to a fair trial.

<sup>18</sup> Article 2 (Reduction of remuneration)1 provides:

The gross monthly remuneration of the persons referred to in no. 9 [all those who receive remuneration from public funds], of a value of more than € 1 500, whether in the exercise of functions on that date or who begin such exercise, under any title, after that date, in the following terms...

<sup>19</sup> MATTEO BONELLI & MONICA CLAES (2018, 622) point out:

While trying to defend their salaries from austerity measures, a group of Portuguese judges may have accidentally stumbled upon a way to judicially safeguard the rule of law and the independence of the judiciary throughout the European Union.

In case C-64/16, for the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, the EU Law and the ECJ were an instrument to obtain effective protection of their rights.

The same expectation was shared by other judges in Spain (Judgment (Second Chamber) of 7 February 2019, Carlos Escribano Vindel contra Ministerio de Justicia) and other trade union groups in previous cases. See, for instance, the Order of the Court (Sixth Chamber) of 21 October 2014 (request for a preliminary ruling from the Tribunal do Trabalho de Lisboa - Portugal) –*Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins v Via Directa– Companhia de Seguros SA*, Case C-665/13; and the Order of the Court (Sixth Chamber) of 7 March 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte and Others v BPN – Banco Português de Negócios SA*, C-128/12).

*sociação Sindical dos Juizes Portugueses* judgment of 27 February 2018<sup>20</sup> it has been said that the ECJ has opened a door to the conversion of European Union values as standards for the organisation of the national judiciary system (Coli, 2018)<sup>21</sup>. The ECJ has offered national judges, «at least indirectly, the possibility [and the duty<sup>22</sup>] of reacting to possible national measures capable of undermining the judicial function they hold» (Parodi, 2018, 990 [translated from Italian]). This ruling raises the question of whether the national institutional architecture has enough instruments to verify if the condition of independence is truly fulfilled. And the same question arises in the Chamber judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (application no. 26374/18). The Court held that the process by which a judge was appointed to the Court of Appeal had amounted to a flagrant breach of the applicable rules at the material time (article 6 § 1 [right to a tribunal established by law] of the Convention), to the detriment of the confidence that the judiciary in a democratic society must inspire in the public.

A counterpunctual effect or a deterrent effect, on the other hand, comes increasingly from the interrelationship between national authorities within the international and European context. It «furthers knowledge, awareness and understanding of each other's national systems» (Regan, 2018, 134) and it implies a kind of mutual conditioning of many of the national public authorities' decisions. In the European Union Law, besides the general cooperative duty<sup>23</sup>, we should highlight the interrelationship between national authorities which is embedded in the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> The Court ruled (§§ 52-53):

The second subparagraph of Article 19(1) TEU must be interpreted as meaning that the principle of judicial independence does not preclude general salary-reduction measures, such as those at issue in the main proceedings, linked to requirements to eliminate an excessive budget deficit and to an EU financial assistance program, from being applied to the members of the Tribunal de Contas (Court of Auditors, Portugal).

<sup>21</sup> The same could be said in regard to the preliminary questions referred by the Polish Supreme Court to the European Court of Justice about whether or not the forced retirement of most of its senior judges and other infringements of judicial independence are compatible with EU law. See Case nr C522/18 (*D.Ś. v. Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle*); C-537/18 (*Krajowa Rada Sądownictwa*), C-558/18 (*Miasto Łowicz*), C-563/18 (*Prokuratura Okręgowa w Płocku*), C-585/18 (*Krajowa Rada Sądownictwa i in.*), C-623/18 (*Prokuratura Rejonowa w Stubicach*), C-624/18 (CP), C-625/18 (DO). The judges were 65 years old or older and according to the newly amended Act on the Supreme Court shall retire unless they submit a declaration of will to remain on their positions and present a health certificate. In order to remain at their positions, the judges have to obtain the consent of the President of the Republic.

<sup>22</sup> Judicial protection (art. 19 TEU) has become a single meta-norm that has an impact in judicial architecture (ROEBEN, 2019).

<sup>23</sup> Article 4 (3), § 1, TEU: «Pursuant to the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.»

<sup>24</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA) – consolidated version available at <https://eur-lex>.

As stated by the ECJ in the Judgement of 25 July 2018, C-216/18 PPU, the executing judicial authority of a Member State should assess if there is a real risk that the requested person of a European arrest warrant will suffer a breach of his fundamental right to an independent and impartial tribunal and, therefore, of the essence of his fundamental right to a fair trial on account of deficiencies liable to affect the independence of the judiciary in the issuing Member State. In this context, the High Court of Ireland, in the Judgement of *Minister for Justice and Equality v. Celmer* (No 4) [2018] IEHC 484 (08 August 2018), decided to seek supplementary information whether there was a real risk for the respondent of a breach of his fundamental right to an independent tribunal and therefore of the essence of his right to a fair trial. By the Judgment of Ms. Justice Donnelly delivered on the 19th day of November 2018, the High Court of Ireland, in face of evidence before the Court, decided that the relevant threshold preventing surrender has not been reached, «in accordance with the principles laid down by the Court of Justice of the European Union», «a high one under the law of extradition/surrender», related, according to the Court, to the «flagrant denial of justice in the requesting country». The High Court noticed however that if the respondent «were to be convicted and have that conviction upheld on appeal», he could rely on the European Court of Human Rights to decide whether the ECHR standards of right to a fair trial before an independent and impartial judiciary were met by the national court decision (about this judgment, see Bracken, 2018). The case shows that the Member States are not «the only entities entitled to decide over the suspension of the principle of mutual trust»<sup>25</sup> and that there are not enough national antidotes to deal with abuse of power and to ensure effective judicial protection of individual rights.

#### 4. FINAL REMARKS

Although we could say that «[t]here is no sure way to deduce the optimal structure of a constitution» (Epstein, 2011, 300-301), there are international and European counterpoint parameters to national institutional architecture of public power and to constitutional practice that limit and influence legitimacy in the exercise of power at different levels.

The interrelationship between international and European and national legal systems and the former monitoring mechanisms and institutional guaran-

---

[europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002F0584-20090328](http://europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002F0584-20090328).

<sup>25</sup> Differently, DOROCIAK & LEWANDOWSKI (2018, 867).

tees bodies are being increasingly used by individuals to protect their rights<sup>26</sup>. They are also being used by institutional actors to enforce common rule of law principles and values of organisation of society as well as to achieve the objectives of checks and balances mechanisms.

In the above-mentioned discussion, we could also include law making process and the content of law and ask about the contrapuntal effect implied in the fact that European regulations and directives impose another (national) layer of legislative debate and in each case is opened to decentralised challenge.

The interplay at issue is not just a question of compensatory constitutionalism or of recognising the meaning of «total constitution» (Peters, 2006), nor even to defend the universalisation of constitutional options (Epstein, 2018, 405). The point is that these options should be subject to a greater scrutiny and effective counterpoints and these ones come, in modern states, from outside. The role of checks and balances mechanisms has, at least partially, but perennially, moved to the international level and is being ensured by many different institutions or bodies interacting with national authorities.

## 5. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- ACKERMAN, B. (2000), The new separation of powers, *Harvard Law Review*, Volume 113, Number 3, 634-725.
- ARAGÓN, M. (1987), El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 19, 15-52.
- ARANCI, M. (2019), I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polaca, in *European Papers, European Forum*, Volume 4, No 1, pp. 271-283 1-13 (available at [http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2019\\_I\\_001\\_Matteo\\_Aranci.pdf](http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2019_I_001_Matteo_Aranci.pdf)).
- BARBER, N. W. (2001), Prelude of the separation of powers, in *The Cambridge Law Journal*, Volume 60, issue 1, 59-88.
- BARTOLE, S. (2017), Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law, *European Constitutional Law Review*, Volume 13, Issue 4, 601-610.

---

<sup>26</sup> RENÁTA UITZ (2018) points out:

As the saga of CEU demonstrates, the European dialogue on the rule of law has consequences on the ground for ordinary subjects of the law who in and of themselves can do little to defend themselves from the whims of national governments. Until the rule of law is made to take over, such whims will continue to be turned into legal rules and formal legality –rule by law– will continue to reign. The rule of law, however, cannot take over of its own: it needs its guardians to act on its behalf.

- (2013), Conditionality and Living Constitution, in AA. VV., *New Millennium Constitutionalism Paradigms of Reality and Challenges*, G. G. Harutyunyan (ed.), Njar, 157-169.
- BONELLI, M. & CLAES, M. (2018), Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, *European Constitutional Law Review*, Volume 14, Issue 1, 622-643.
- BONELLI, M. (2017), From a Community of law to a Union of Values. Hungary, Poland, and European Constitutionalism, *European Constitutional Law Review*, Volume 13, Issue 4, 793-816.
- BRACKEN, C. (2018), Episode 5 of the Celmer Saga – The Irish High Court Holds Back, *Verfassungsblog on Constitutional matters* (available at <https://verfassungsblog.de/episode-5-of-the-celmer-saga-the-irish-high-court-holds-back/>).
- BUQUICCHIO, G. AND DÜRR, S. R. (2013), Volkov vs. Ukraine and the Venice Commission's Approach to Structural Independence of the Judiciary, in AA. VV. *New Millennium Constitutionalism Paradigms of Reality and Challenges*, G. G. Harutyunyan (ed.), Njar, 323-337.
- CARP, R. (2014), The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State: The Role of the Cooperation and Verification Mechanism, *Utrecht Law Review*, Volume 10, issue 1, 1-16 (available at <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.252/>).
- CHANG, W. / YEH, J. (2012), Internationalization of constitutional law, in AA. VV., *Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1165-1184.
- COLI, M. (2018), The Associação Sindical dos Juízes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?, *Rivista di Diritti Comparati* (available at <http://www.diritticomparati.it/associaac%CC%A7a%C-C%83o-sindical-dos-juizes-portugueses-judgment-role-court-justice-protection-eu-values/>).
- CUOCOLO, L. (2011), Constitutional Law faced with Globalization's Regulators, *The Journal of Regulation*, isolated articles, 1-12 (available at [http://thejournalofregulation.com/en/article/i-128-constitutional-law-faced-with-globalizations/#\\_ftnref27](http://thejournalofregulation.com/en/article/i-128-constitutional-law-faced-with-globalizations/#_ftnref27)).
- DAVIS, K. E. / KINGSBURY, B. and MERRY, S. E. (2012), Indicators as a Technology of Global Governance, *Law & Society Review*, Volume 46, Number 1, 71-104 (available at <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/10/41475254.pdf>).
- DOROCIĄK, M. AND LEWANDOWSKI, W. (2018), A Check Move for the Principle of Mutual Trust from Dublin: The Celmer Case, *European Papers*, Vol. 3, No 2, 857-873 (available at [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu) – last accessed on 31.01.2019).
- EPSTEIN, R. A. (2011), Can we design an optimal constitution? of structural ambiguity and rights clarity, *Social Philosophy & Policy*, Volume 28, Number 1, 290-324.

- (2018), The Wrong Rights, or: The Inescapable Weaknesses of Modern Liberal Constitutionalism, *University of Chicago Law Review*, Volume 85, Issue 2, 403-423.
- GERARDS, J. (2014), The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of 'shared responsibility', in AA. VV., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, J. H. Gerards & J. W. A. Fleuren (eds.), Intersentia, Antwerp, 13-94.
- HALMAI, G. (2019), The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality, *Hague Journal on the Rule of Law*, volume 11, Issue 1, 171-188.
- HISASHI, O. (2015), Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders, *Asian Journal of International Law*, Volume 5, Issue 2, 246-278.
- KAVANAGH, A. (2016), The Constitutional Separation of Powers, in AA. VV., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds.), Oxford University Press, Oxford, 221-239.
- KOKOTT, J. and KASPAR, M. (2012), Ensuring constitutional efficacy, *Comparative Constitutional Law*, The Oxford Handbook, Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), Oxford University Press, Oxford, 795-815.
- MADISON, J. (1788), Federalist Paper 51, The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments, *Independent Journal* (available at <https://www.constitution.org/fed/federa51.htm>).
- MADURO, M. P. (2012), Three Claims of Constitutional Pluralism, in AA. VV., *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.), Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA, 67-85.
- MARTINEZ, J. S. (2012), Horizontal structuring, in AA. VV., *Comparative Constitutional Law*, The Oxford Handbook, Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), Oxford University Press, Oxford, 547-575.
- MÜLLER, J. (2014), The EU as a militant democracy, or: are there limits to Constitutional mutations within EU member States?, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm. 165, 141-162.
- NANIA, F. (2019), Garanzie formali ed indipendenza sostanziale delle corti nell'esperienza britannica, *Rivista di Diritti Comparato*, n. 1, 3-30.
- NICOLOSI, S. F. (2015), The contribution of the Court of Justice to the codification of the founding values of the European Union, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 51, 613-643.
- PARODI, M. (2018), Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses, *European Papers*, Vol. 3, No 2, 985-992 (available at [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu)).
- PETERS, A. (2006), Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, Volume 19, Issue 3, 579-610.

- REGAN, E. (2018), A question of trust. The principles of mutual trust and mutual recognition have long been integral to EU law, *The Bar Review, Journal of the Bar of Ireland*, Volume 23, Number 5, 131-135 (available at [https://www.lawlibrary.ie/getattachment/News/bar-review/TheBarReview\\_Nov2018\\_web.pdf.aspx](https://www.lawlibrary.ie/getattachment/News/bar-review/TheBarReview_Nov2018_web.pdf.aspx)).
- ROEBEN, V. (2019), Judicial Protection as the Meta-Norm in the EU Judicial Architecture, *Hague Journal on the Rule of Law*, <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00085-3>.
- SMILOV, D. (2012), The judiciary: the least dangerous branch?, in AA. VV., *Comparative Constitutional Law, The Oxford Handbook*, Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds.), Oxford University Press, Oxford, 859-873.
- TÓTH, G. A. (2019), Constitutional Markers of Authoritarianism, *Hague Journal on the Rule of Law*, Volume 11, issue 1, 37-61.
- UITZ, R. (2018), What Being Left Behind by the Rule of Law Feels Like, *VerfBlog*, Part I (<https://verfassungsblog.de/what-being-left-behind-by-the-rule-of-law-feels-like-part-i/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20181030-085459-0>) and Part II, 2018/10/31 (<https://verfassungsblog.de/what-being-left-behind-by-the-rule-of-law-feels-like-part-ii/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20181102-111040-0>).
- VINCZE, A. (2013), The ECJ as the Guardian of the Hungarian Constitution: Case C-286/12, *Commission v. Hungary, European Public Law*, Volume 19, Issue 3, 489-500.
- WAGNER, W. J. (2003), Balancing as Art: Justice White and the Separation of Powers, *The Catholic University Law Review*, Volume 52, 957-972.

## Case law

### EUROPEAN COURT OF JUSTICE

- Judgment of 24 June 2019, (Grand Chamber), *European Commission v Republic of Poland*, C-619/18.
- Judgment of 7 February 2019, (Second Chamber), *Carlos Escribano Vindel contra Ministerio de Justicia*, C-49/18.
- Order of 17 December 2018, GC, *Commission v. Poland*, C619/18 R.
- Order of the Vice-President of the Court of 19 October 2018, *Commission v. Poland*, C619/18 R.
- Judgment of 25 July 2018, LM, (Grand Chamber), *Request for a preliminary ruling from High Court (Ireland)*, C-216/18 PPU.
- Action brought on 15 March 2018, *European Commission v Republic of Poland*, C-192/18.
- Judgment of 27 February 2018, GC, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, C64/16.
- Order of 21 October 2014, (Sixth Chamber), *request for a preliminary ruling from the Tribunal do Trabalho de Lisboa –Portugal– Sindicato Nacional dos*

Profissionais de Seguros e Afins v Via Directa – Companhia de Seguros SA, Case C-665/13.

- Order of 7 March 2013, (Sixth Chamber), Sindicato dos Bancários do Norte and Others v BPN – Banco Português de Negócios SA, C-128/12.
- Judgment of 6 November 2012, (First Chamber), European Commission v Hungary, C-286/12.

## OTHER COURTS

- European Court of Human Rights, case of Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland, no. 26374/18, 12 March 2019 – [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-191701%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-191701%22]}).
- High Court of Ireland, Judgement of Minister for Justice and Equality v. Celmer (No 5) [2018] IEHC 639 (19 November 2018) - <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/1792EDC8D00027238025834A0048BB42>.
- High Court of Ireland, Judgement of Minister for Justice and Equality v. Celmer (No 4) [2018] IEHC 484 (08 August 2018) - [http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Irlanda-1agosto2018-High\\_Court.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Irlanda-1agosto2018-High_Court.pdf).
- Supreme Court of United States of America, Youngstown Co v Sawyer 343 US 579 (1952), 635 – <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/343/579.html>.
- Cour de cassation (française), Assemblée plénière, Arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) – [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/638\\_5\\_40365.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html).

## DOCUMENTS

- Council of Europe (2018), Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2017, March, available at <https://rm.coe.int/annual-report-2017/16807af92b>.
- Council of Europe (2013), AS/Mon/Inf(2013)06rev3, 27 June 2013, amon-docinf06r3\_2013, Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee) The monitoring procedure of the Parliamentary Assembly, available at [http://assembly.coe.int/committee/MON/Role\\_E.pdf](http://assembly.coe.int/committee/MON/Role_E.pdf).
- Conseil of Europe (1998), Resolution (98) 7, of Committee of Ministers, authorising the partial and enlarged agreement establishing the «Group of States against Corruption – GRECO», available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/greco-cecem.pdf>.
- Conseil of Europe (1995), Order 508 (1995), Parliamentary Assembly, Honouring of obligations and commitments by member states of the Council of Europe,

- available at <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9035&lang=EN>.
- European Commission (2018), COM(2018) 324 final, 2018/0136 (COD), Proposal for a regulation of the Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0324:FIN:EN:PDF>.
  - European Commission (2018), COM (2018) 850 final, 13.11.2018, Report from the Commission to the European Parliament and the Council On Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism {SWD(2018) 550 final}, available at [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/progress-report-bulgaria-com-2018-850\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/progress-report-bulgaria-com-2018-850_en.pdf).
  - European Commission (2017), COM(2017) 835 final, 2017/0360 (APP), 20.12.2017, Reasoned proposal in accordance with article 7 (1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A0835%3AFIN>.
  - European Commission (2012), On progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism, Brussels, 18.7.2012, COM (2012) 410 final, available at <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0410:FIN:en:PDF>.
  - European Parliament (2017), Resolution of 17 May 2017 on the situation in Hungary (2017/2656(RSP)), available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0216+0+DOC+XML+V0//EN>.
  - European Commission for Democracy Through Law (2012), CDL-AD (2012) 026, Opinion no. 685/2012, 17 December 2012, Opinion on the compatibility with constitutional principles and the rule of law of actions taken by the Government and the Parliament of Romania in respect of other State institutions and on the Government emergency ordinance on amendment to the law no.47/1992 regarding the organization and functioning of the Constitutional court and on the Government emergency ordinance on amending and completing the law no. 3/2000 regarding the organization of a referendum, available at <https://www.ccr.ro/uploads/opinion.pdf>.
  - GRECO (2017), Fourth Evaluation Round Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Compliance Report Portugal, adopted by GRECO at its 78th Plenary Meeting (Strasbourg, 4-8 December 2017), available at <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680790833>.
  - GRECO (2015), Evaluation Report Portugal, adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November – 4 December 2015), available at <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7c10>.

# **LAS MINORÍAS «SUPERPROTEGIDAS» EN EUROPA: UNA ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS LINGÜÍSTICAS EN LAS CONSTITUCIONES ITALIANA Y ESPAÑOLA**

ANA TOMÁS LÓPEZ  
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección de las minorías étnicas y nacionales en las principales Constituciones europeas: una especial consideración a las minorías lingüísticas. 3. Italia. 3.1 Las minorías «superprotegidas». 4. España. 4.1 Las minorías lingüísticas. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende ahondar sobre los retos y desafíos que plantean las minorías lingüísticas presentes en el Viejo Continente, donde encontramos una gran disparidad de modelos de protección en pleno siglo xxi.

Con el objeto de comenzar este trabajo mostrando una brevísima panorámica general, a modo de introducción, analizaremos sucintamente los diversos modelos recogidos en las Constituciones de Austria, Irlanda, Bélgica, Finlandia, Suecia, Suiza, Alemania, Francia, o en los Países del Este de Europa. Posteriormente, nos centraremos en el análisis jurídico del particular modelo de minorías «sobrepotejadas» que ofrecen las Constituciones italiana y espa-

ñola, como dos ejemplos claramente paradigmáticos. Para ello, realizaremos un recorrido histórico hasta llegar al momento actual.

Respecto a la primera, evidenciaremos cómo las minorías lingüísticas son las únicas expresamente calificadas como tales en el texto constitucional italiano. En concreto, en su artículo 6, donde afirma expresamente que «La República protegerá mediante normas adecuadas a las minorías lingüísticas» (Ciaurro, 2010, 321). Así reconoce su dimensión como grupo, sus derechos culturales, usos y costumbres; con lo cual los padres de la Constitución italiana entendieron que la garantía de tal derecho debía ser colectiva y no individual.

Inherente a este criterio, surge el controvertido tema de las minorías «superprotegidas», en clara alusión a un sistema de garantías dirigido a unas determinadas minorías lingüísticas localizadas en algunas regiones, como son la minoría alemana del Alto Adigio, la francófona del Valle de Aosta, la ladina en el Tirol del Sur y la de Trento (Alber & Zwilling, 2016). En ellas, la lengua materna o de origen es un rasgo diferenciador y promotor de determinados derechos específicos que garantizan los gobiernos regionales a través de sus respectivos estatutos de autonomía. Intervienen a nivel legislativo con normas programáticas que no disfrutaban otras minorías lingüísticas presentes en las restantes regiones (Pegoraro, 2002, 121).

Por su parte, la problemática de las minorías lingüísticas en España constituye uno de los fenómenos más antiguos. Durante siglos (en concreto desde la Edad Media, período en el que comienza la formación de las lenguas romances en la península ibérica) ha sido fuente de numerosos conflictos, no solo entre las diversas minorías lingüísticas presentes en el territorio, sino incluso entre los poderes políticos instituidos en las sucesivas épocas históricas, que en numerosas ocasiones han utilizado como instrumento de poder.

En la época actual, la constitucionalización del bilingüismo y, por ende, el reconocimiento de las minorías lingüísticas en España se produce mediante una fórmula singular, que se caracteriza por el reconocimiento de un supuesto derecho «institucional». Del cual, sus potenciales titulares no serían los individuos en particular, sino las entidades públicas regionales, a quienes se les confiere el derecho a proclamar la cooficialidad de las lenguas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, a través de un acto de voluntad popular que se formaliza mediante su inclusión en los respectivos estatutos de autonomía. El resultado de este proceso viene a ser la práctica y total equiparación de las lenguas estatal y autonómica; aunque eso sí, circunscrita al ámbito espacial de la Comunidad Autónoma (Milian Massana, 1984, 134).

En este sentido, la Constitución española ha potenciado el fenómeno lingüístico, estableciendo en el artículo 3.3 la necesidad de respetar y proteger la

riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España como parte fundamental de su patrimonio cultural, generando numerosas controversias y polémicas, entre otros, en el ámbito de la enseñanza pública.

De esta forma, el balance que podemos hacer en los setenta y cuarenta años de vigencia de las Constituciones italiana y española está plagado de incertidumbres, teñidas de numerosos «claroscuros» (Poggeschi, 2009); pues nos encontramos ante una cuestión fuente de conflictos y francamente controvertida que ha dado y dará mucho que hablar en las próximas décadas, por los numerosos retos que plantea. Por ello, y por su trascendencia, consideramos que son susceptibles de ser analizados a través del presente trabajo, siguiendo la metodología del Derecho constitucional público y comparado.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES EUROPEAS: UNA ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS MINORÍAS LINGÜÍSTICAS

En el plano teórico, resulta innegable reconocer la relevancia de las Constituciones nacionales como uno de los principales instrumentos de protección y garantía de los derechos de las minorías étnicas y nacionales. Sin embargo, aquellas Constituciones que contienen disposiciones específicas y directas relacionadas con la materia encarnan una parte ínfima en la práctica. Adicionalmente, en su mayoría, se limitan a prohibir cualquier tipo de discriminación en relación a la lengua, la raza o la religión, sobre la base del principio de igualdad.

Si nos centramos específicamente en la protección de las minorías lingüísticas, algunas Constituciones europeas regulan el uso de la lengua minoritaria, respecto a la oficial. Sin ir más lejos, las Constituciones de Irlanda, Austria o Luxemburgo.

En la primera de ellas, se establece que el irlandés, como lengua nacional, constituye la primera lengua oficial (artículo 8) y el inglés, la segunda. Sin embargo, podrá disponerse el uso exclusivo de una o la otra, tanto en la totalidad del territorio nacional, como en una parte del mismo, aplicando la fórmula del acto legislativo. Eso sí, con una finalidad oficial.

El segundo caso también es especialmente representativo, pues la Constitución austriaca se limita a garantizar tan solo los derechos lingüísticos de las minorías. En su artículo 8 reconoce el alemán como lengua oficial de la República, sin perjuicio de los derechos garantizados por la legislación federal a las minorías lingüísticas (Baumgartner, 1995, 173; Tichy, 1987, 11). Igualmente,

y en base al artículo 29 de la Constitución de Luxemburgo, la ley regulará el uso de la lengua en materia administrativa y judicial.

De forma paralela, no son pocas las Constituciones europeas que se han visto fuertemente influenciadas por su historia constitucional a la hora de regular los derechos de las minorías lingüísticas presentes en sus territorios. Es el caso de las Constituciones belga y española.

En concreto, la Constitución belga nace con el objeto de dar respuesta a una serie de conflictos económicos, sociales, religiosos y lingüísticos o, lo que es lo mismo, hechos conexos con la realidad actual de sus minorías étnicas y nacionales (Di Suni, 2002, 127). En su mayoría relacionados con cuestiones fronterizas –por ejemplo con Holanda–, o de carácter interno –como ha sido en los casos de Valonia y Flandes–. Como respuesta, la Carta Magna dispone en su artículo 3 que el uso de la lengua es facultativo. Esto significa que solo puede ser regulado por ley, a través de los actos dispuestos por las autoridades públicas o por el poder judicial. En concreto, son las leyes y los decretos los instrumentos que garantizan los derechos y las libertades ideológicas y filosóficas de las minorías, según reza en su artículo 11. Actualmente coexisten tres comunidades: francesa, flamenca y alemana.

Por su parte, en la Constitución española, el castellano representa la lengua oficial del Estado (artículo 3 CE). Siguiendo esta premisa, todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a utilizarla. El resto de lenguas o dialectos existentes en el país tan solo son reconocidos en las Comunidades Autónomas en las que son utilizados, sobre la base de los derechos y obligaciones reconocidos en sus respectivos estatutos de autonomía. Adicionalmente, el párrafo tercero del mencionado artículo, subraya que la riqueza de las diversas lenguas coexistentes en el territorio nacional representa un patrimonio cultural que ha de ser objeto de respeto y de protección especial.

Lo mismo ocurre en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, donde no existe una referencia expresa a las minorías; pese a que, en 1994, se propuso el artículo 20-*bis*. A través del mismo el Estado protegería la identidad de las minorías étnicas culturales y lingüísticas. No obstante, la propuesta fue rechazada. El argumento fue la falta de consistencia de las minorías lingüísticas en Alemania, por la ausencia de conflictos y por su escasa presencia, en concreto únicamente en dos *Länder*. De este modo, el problema fue considerado de escaso calado federal. El resultado fue que, oficialmente, tan solo se reconocieron dos comunidades lingüísticas minoritarias: una minoría danesa en Schleswig-Holstein, –sobre la que se alcanzaron acuerdos específicos entre Alemania y Dinamarca, culminados con la Decla-

ración de Bonn de 1955–; y otra minoría de origen eslavo, cuya lengua es el *serbian*, instalada en Brandeburgo, al sudeste de Berlín, en el territorio de la ex República Democrática Alemana. Por ello, las normas específicas sobre minorías se encuentran recogidas tan solo en las Constituciones de los dos *Länder* interesados: la de Schleswig-Holstein y la de Brandeburgo. La primera de ellas fue reformada en 1990. Prevé, en su artículo 5, la libertad de reconocimiento de una minoría nacional, al margen de las obligaciones generales del ciudadano. La identidad cultural y la participación política de las minorías y grupos nacionales están protegidas por el *Land*, los municipios y las comarcas. Por su parte, la segunda, aprobada en 1992, garantiza el derecho de la población serbia a la protección, mantenimiento y promoción de su identidad nacional y de sus orígenes. Del mismo modo, son los *Land*, los municipios y las comarcas los que garantizan el desarrollo de estos derechos, especialmente a la identidad cultural y una participación política efectiva de la población serbia.

De forma paralela, encontramos en el marco europeo Constituciones donde se reconoce la cooficialidad de varias lenguas. Es el caso de Suiza y Finlandia.

La Constitución de Suiza fue revisada en 1999. Consolida la libertad lingüística en su artículo 18, formalizando un principio que ya recogía previamente el ordenamiento helvético (Koller y Biagni, 2002, 611). De forma específica, establece como lenguas nacionales el alemán, el francés, el italiano y el romance (artículo 4). Si bien solo se configuran como oficiales las tres primeras (artículo 70); mientras que el romance tan solo se considera lengua oficial para las comunicaciones con las personas de esa misma lengua. En materia del uso del idioma, en Suiza se aplican básicamente dos principios: la libertad lingüística y la territorialidad (Palici Di Suni, 2002, 124). El segundo constituye un límite al primero, junto al principio de proporcionalidad. De esta forma, los cantones tienen la prerrogativa de establecer su propia lengua oficial, a la cual han renunciado con el objeto de preservar la armonía entre las comunidades lingüísticas y su tradicional distribución territorial, respetando al mismo tiempo a las minorías lingüísticas locales (Giuglia, 2001, 257; Knapp, 1992, 3). También prevé medidas específicas para la protección y el desarrollo del italiano y del romance. De la misma forma, los cantones poseen competencias en materia cultural (artículo 69), fomentando el apoyo de la Confederación para el desarrollo de actividades de interés nacional que promuevan la diversidad cultural y lingüística.

De forma paralela, la representación de las minorías se encuentra asegurada también en los órganos federales. El Consejo de Estado está forma-

do por dos titulares por cada cantón y los mismos cantones constituyen las circunscripciones electorales del Consejo Nacional. El propio sistema electoral proporcional previsto en la Constitución garantiza la representación de los cantones y de aquellos partidos locales que encarnan los intereses de las minorías.

Por su parte, la nueva Constitución finlandesa constituye uno de los modelos proteccionistas más avanzados en la actualidad, en muchos sentidos, como veremos a continuación. Entró en vigor el 1 de enero de 2000. Regula el uso de las dos lenguas oficiales: el finlandés y el sueco e introduce disposiciones especiales a favor de la población y de la lengua *sami*, manteniendo los derechos ya conquistados por esta minoría étnica y lingüística en la Ley Constitucional de 1919. Tal como establece en la sección 17, todos los ciudadanos tienen derecho a utilizar cualquiera de las dos lenguas oficiales en sus relaciones con la administración pública. De forma paralela, las autoridades deberán garantizar un tratamiento paritario de ambas en los ámbitos educativo, social y cultural. En lo que respecta a las lenguas minoritarias, tanto los *sami* (como población indígena), como los gitanos y otros grupos étnicos minoritarios tienen garantizado constitucionalmente el derecho a mantener y promover el uso de su lengua y su cultura. Asimismo, por ley, se asegura la práctica de la lengua de signos para personas sordomudas que necesitan de un intérprete o de traducción con motivo de su discapacidad sensorial.

Plenamente garantista es, asimismo, la Constitución de Suecia al establecer en su Capítulo Primero (artículo 2.4) la obligación de promover «la posibilidad de que las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas puedan mantener y desarrollar su propia vida cultural y social». A lo cual añade en el Segundo Capítulo que «ninguna ley o cualquier acto normativo puede conllevar la discriminación de cualquier ciudadano con motivo de su pertenencia, por raza, color de la piel u origen étnico, a una minoría» (artículo 15).

Para finalizar, hay un hecho que llama poderosamente nuestra atención y es que son numerosas las Constituciones de los Países del Este de Europa las que introducen las novedades más significativas en el Viejo Continente, en materia de protección de las minorías étnicas y nacionales. Las cuales tratan de dar respuesta, asimismo, a la problemática relacionada con las minorías lingüísticas. Es el caso de la Constitución de Estonia que recoge en su artículo 6 que la lengua oficial es el estón (también conocido como estonio o estoniano). Pese a su juventud, algunas de ellas llegan a constituir un claro ejemplo para el conjunto de Europa, introduciendo amplias cláusulas igualitarias y de reconocimiento de los derechos lingüísticos de las minorías, de forma mucho más

amplia incluso que los países fundadores de la Unión Europea. Una de ellas es la Constitución de Macedonia que, junto a la afirmación de la oficialidad de la lengua macedonia, reconoce el derecho a la cooficialidad para aquellas lenguas que sean utilizadas por, al menos, el veinte por ciento de la población y mantengan una relación y comunicación con la administración pública en igual proporción. Lo mismo sucede con las Constituciones de la República de Yugoslavia, Serbia y Montenegro.

Sin embargo, en el otro extremo, y como ya hemos avanzado, algunos países fundadores de la Unión todavía siguen mostrando sendas reticencias a la hora de ofrecer reconocimiento jurídico a las minorías étnicas y nacionales que co-habitan en sus territorios, por considerar que menoscaba el principio de igualdad e invisibilidad de sus pueblos. Unos de los ejemplos más paradigmáticos y ambiguos en el marco del Derecho comparado lo encontramos en Francia. Pese a que en su seno coexisten destacadas minorías lingüísticas, como son los bretones o los occitanos.

Así pues, en la Ley constitucional 92/54, de 25 de junio de 1992, se reconoce al idioma francés como lengua oficial de la nación. En aplicación de esta disposición fue aprobada la Ley *Toubon*, de 4 de agosto de 1994, que fue declarada parcialmente inconstitucional por el Consejo Constitucional, a través de la Decisión n.º 94-345<sup>1</sup>. Posteriormente, se han realizado vanos esfuerzos para la superación de esta rígida concepción igualitaria en la Constitución francesa. Los *Acuerdos de Matignon*, de 1998, constituyeron la primera iniciativa que prevé la transferencia progresiva de competencias a las asambleas provinciales descentralizadas para la Nueva Caledonia, lo cual ha dado lugar a lo que se ha denominado la «discriminación territorial positiva». Tampoco ha tenido mayor fortuna la revisión de algunos artículos de la Constitución. Por ejemplo el número 2, cuyos contenidos resultan bastante controvertidos. Dicha propuesta, que tuvo lugar en 1999, pretendía añadir nuevas previsiones al artículo 2 de la Constitución, según el cual «La República reconoce y pone en valor la lengua y la cultura regionales». Tal reforma era necesaria en base a la Decisión n.º 99-412, de 15 de junio de 1999, con la que el Consejo Constitucional subrayaba que tras la ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias tendría que haber un proceso de revisión de la Constitución, al cual se negó el Presidente Chirac, por entender que atentaba a los principios fundamentales de la República. Finalmente, se solucionó implementando diversas disposiciones administrativas y reglamentarias. Posterior-

---

<sup>1</sup> La Decisión n.º 94-345, de 29 de julio de 1994 fue publicada en la *Revista de Derecho Público*, 1994, p. 1673 y ss.

mente, en 2001, con el decreto de 31 de julio de 2001, se creó el Consejo Académico de las lenguas regionales, introduciéndose la enseñanza bilingüe en las escuelas.

Sea como fuere y, como hemos podido comprobar, Europa todavía constituye un mosaico de ordenamientos ciertamente variopinto y, en general, poco garantista de los derechos de las minorías lingüísticas. Un reto que suscitará numerosos interrogantes en el futuro, todavía difíciles de desentrañar.

### 3. ITALIA

#### 3.1 Las minorías «superprotegidas»

La Constitución italiana es bastante parca en materia de protección de minorías lingüísticas a nivel nacional. Se limita a su mero enunciado en el artículo 6: «La República protegerá mediante normas adecuadas a las minorías lingüísticas» (Ciaurro, 2010). No obstante, sobre la base de este principio constitucional, a partir de los años cincuenta algunas instituciones -como la Asamblea constituyente-, desarrollarían algunas iniciativas tendentes al proteccionismo de ciertas minorías lingüísticas (Anzon, 2011). Lo cual daría lugar a que lo que algunos expertos han acuñado con el término de «minorías superprotegidas». Nos referimos específicamente a valdenses, griegos, albaneses y catalanes. Un concepto que, no obstante, precisa de ciertas matizaciones; pues tan solo hace referencia (inicialmente) a la minoría alemana del Alto Adigio y a la francófona del Valle de Aosta. A las cuales se les otorgaría una protección especial -de rango constitucional-, aunque con distintas especificidades. Más tarde, se ampliará este estatus -con alguna que otra reserva- a los eslovenos de la provincia de Trieste y Gorizia y, adicionalmente, a la comunidad ladina en el Tirol del Sur y sucesivamente a la de Trento, sobre la base de su particular estatus de «minoría dentro de otra minoría» (Chiocchetti, 2008). Con carácter general, estos modelos de protección especiales entraron en vigor en 1948, coincidiendo con la de la Constitución republicana (Cisilino, 2001, 2).

Ello produjo como resultado la creación de dos tipos de minorías, claramente diferenciadas entre sí. Por un lado, aquellas sujetas a los dictados del artículo 6 de la Carta Magna. Por otro, aquellas otras que gozan de un sistema de protección propio y específico, regulado a través de su propio estatuto de autonomía. Todas las demás lenguas minoritarias, incluyendo el ladino y el walser hablados, fuera de las regiones autónomas mencionadas, solo gozan, en

el mejor de los casos, de una parcial y casi siempre muy limitada protección a nivel regional. Ello creaba un marco de protección jurídica claramente discriminatorio, dejando al margen a aquellas minorías lingüísticas no «superprotegidas». Entre ellas, las comunidades lingüísticas friulana, occitana, franco-provenzal, sarda, albanesa, croata, griega y catalana; así como otras minorías germanoparlantes presentes en el resto del arco alpino, como son los eslovenos de la provincia de Udine o los ladinos de Bellunese.

Cincuenta y dos años después entró en vigor la Constitución italiana y se aprobó la Ley 482/1999, de 15 de diciembre, para el establecimiento de «Normas en materia de tutela de las minorías lingüísticas históricas», que regula exclusivamente (como su propio nombre indica) la protección de las lenguas minoritarias históricas (Stradella, 2009; Poggeschi, 2009). No obstante, estas iniciativas legislativas solo solucionarían «parcialmente» esta controvertida situación (Haller, 2002), porque la ley no incluyó a las lenguas regionales italianas, eufemísticamente denominadas (en algunos casos) «dialectos», al no tener algunas de ellas reconocimiento oficial. Otro problema adicional, intrínseco a la ley, fue el retraso en su aplicación (Cisilino, 2004). Este marco regulatorio se completaría con la Ley 38/2001, de 23 de febrero de 2001, que contiene el Reglamento para la minoría eslovena de Friuli Venecia Giulia. Su objetivo es garantizar la uniformidad de las medidas para la protección de las minorías en cada una de las provincias de esa región, algunas de las cuales gozan de un régimen de protección especial, derivado de los acuerdos internacionales estipulados tras la Segunda Guerra Mundial<sup>2</sup>. Por otro lado, en la mayoría de las regiones donde se aplican normas de protección de las lenguas minoritarias, se estableció el alcance de las responsabilidades asignadas por la Constitución. Posteriormente y basándose en el artículo 123 de la Constitución (reformado por la Ley 1/1999), muchas regiones han introducido en sus estatutos de autonomía disposiciones para la protección de las minorías lingüísticas presentes en sus territorios (Panzeri, 2016). De esta forma, algunos recogen normas específicas para la protección de las minorías lingüísticas (Toniatti, 2014)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Nos referimos, en concreto, al artículo 8 del Tratado de Osimo, firmado con la ex Yugoslavia y ratificado por Ley 73/1977, de 14 de marzo de 1977, que estipuló las medidas de protección de la minoría eslovena, contenidas en el Estatuto especial anexo al Memorando de Londres, del 5 de octubre de 1954.

<sup>3</sup> Por ejemplo, los estatutos del Valle de Aosta (Ley 4/1948, de 26 de febrero de 1948, y Trentino-Alto Adigio / Südtirol (Decreto 670/1972, de 31 de agosto de 1972, representan dos modelos diferentes de protección de las minorías lingüísticas (absoluta o de bilingüismo total en el Valle de Aosta, o separatismo lingüístico en la región de Trentino-Alto Adigio). Contienen además algunas disposiciones especiales para otros grupos lingüísticos minoritarios. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto de la Región de Friuli Venezia Giulia establece que «la igualdad de derechos y de trato debe reconocerse a todos los ciudadanos, indepen-

Pese a todo, este marco regulatorio arroja más sombras que luces. Nos referimos específicamente a la Ley 482/1999, de la cual se derivan importantes problemas endógenos y exógenos (Piergigli, 2017, 181), pese a representar un importante avance en materia de protección de las minorías lingüísticas. Sobre los primeros, señalamos la «parcialidad» de la ley, en el sentido de que está orientada más bien hacia los derechos individuales de los hablantes que hacia los derechos colectivos de las minorías. En segundo lugar, funciona de manera burocratizada y centralizada, a través de proyectos que son aprobados y evaluados por una comisión central (*Comitato Tecnico Consultivo*). En tercer lugar, la financiación prevista ha sido claramente insuficiente (Coluzzi, 2004). Por su parte, los problemas exógenos se derivan de la propia idiosincrasia del país y de factores puramente sociológicos o históricos (Piergigli, 2015). Destaca, inicialmente, la existencia de fuertes prejuicios hacia los dialectos y las lenguas minoritarias por parte de la sociedad italiana (y sorprendentemente también de algunas minorías lingüísticas) como resultado de una política lingüística nacionalista muy centralizada, defendida desde la unificación de Italia en 1871; así como por la defensa enconada de los intereses de un determinado grupo minoritario por encima de los colectivos. Otro factor es el fuerte centralismo del Estado italiano –también en materia lingüística–, que ha primado la lengua oficial (el italiano) frente a otras minoritarias (Pizzoruso, 1976, 546); pese a que en octubre de 2001 se celebró un referéndum para reformar la Constitución, una reforma que favoreció el notable incremento de poder de las regiones italianas (Bonsaver, 1996).

Para finalizar, y en fechas más recientes, es importante mencionar el proyecto de Ley Constitucional aprobado en segunda resolución, el 12 de abril de 2016 y rechazado por el referéndum popular del 4 de diciembre del mismo año. El cual introducía nuevas referencias jurídicas a las «minorías lingüísticas», que hubiesen sido susceptibles de ser incluidas en la Parte Segunda de la Constitución. A primera vista, los cambios podrían haberse realizado sin dificultad. Lo cual habría sido interpretado como un gesto de apertura y mayor sensibilidad del legislador constitucional hacia la mejora del marco de protección jurídico de las minorías lingüísticas en Italia. Pero, tras una interpretación más exhaustiva *a posteriori*, lo cierto es que si esta ley hubiese sido aprobada por referéndum constitucional, posiblemente habría suscitado una intensa labor de interpretación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional italiana (Piergigli, 2017, 194). En cualquier caso, el rechazo de la reforma constitucional ha dejado de nuevo inalterado el *statu quo* del régimen jurídico de las minorías lingüísticas en Italia.

---

dientemente del grupo lingüístico al que pertenezcan, con la protección de sus respectivas características étnicas y culturales».

## 4. ESPAÑA

### 4.1 Las minorías lingüísticas

Históricamente, la Constitución española de 1978 consagra definitivamente el derecho a la autonomía, recogido por primera vez en la Constitución republicana de 1931 (artículos 4, 49 y 50) y, por ende, determinados derechos de las minorías lingüísticas, en clara superación del oscurantismo que dominó durante la etapa franquista cuando se prohibieron todas las lenguas vernáculas con una considerable implantación social en algunas zonas del territorio español (Pons i Parera, 2013). Este hecho estuvo influenciado por otros ordenamientos europeos, con el objeto de dar respuesta a las pretensiones autonomistas de las regiones denominadas históricas: Cataluña, Galicia y País Vasco. Las cuáles se han caracterizado siempre por su particular evolución histórica, junto a unos rasgos culturales, sociales y lingüísticos diferenciados del resto de las regiones y del conjunto de la población española (Poggeschi, 2001, 84).

Actualmente, la constitucionalización del bilingüismo se produce mediante una fórmula singular, que se caracteriza por el reconocimiento de un supuesto derecho «institucional». Sus potenciales titulares no son los individuos en particular, sino las entidades públicas regionales. A ellas se les confiere el derecho a proclamar la cooficialidad de las lenguas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, por medio de un acto de voluntad popular formalizado mediante su inclusión en los respectivos estatutos de autonomía. Como resultado, se produce la práctica y total equiparación de las lenguas estatal y autonómica, si bien circunscrita al ámbito espacial de la región. Es por ello por lo que muchos autores les confieren el estatus de «minorías superprotegidas», en clara alusión al concepto aplicado a las minorías lingüísticas en Italia, argumentado en el anterior epígrafe.

No obstante, nuestra Carta Magna no ofrece en realidad un tratamiento constitucional específico sobre minorías lingüísticas. Tampoco en el Título Primero -donde se regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas-, se reconoce expresamente un derecho fundamental de los ciudadanos a utilizar la lengua territorial. Esto se traduce en una clara omisión de facultades subjetivas para el uso del propio idioma. Esta laguna ha sido compensada por la imposición establecida en el artículo 3.1 del Título Primero, que atribuye a todos los españoles el «deber» de conocer el castellano y el «derecho» a usarlo como lengua oficial del Estado. Al tiempo que permite la cooficialidad de otras lenguas, cuyo reconocimiento esté establecido en los estatutos de autonomía de las regiones que así lo decidan. Este principio actúa como factor

delimitador del alcance de los derechos lingüísticos, al dejar de garantizarlos fuera del espacio social e institucional de la Comunidad Autónoma. De esta forma, el constituyente desplaza la problemática del bilingüismo fuera del marco jurídico de los derechos fundamentales recogidos en el Título Primero, privando (en cierto modo) de un auténtico Derecho público subjetivo a las minorías lingüísticas. Un Derecho capaz de generar obligaciones jurídicamente exigibles de forma análoga. De esta forma, se limita a circunscribirlo al idioma oficial –el castellano– por expresa mención constitucional. Como contrapeso, por un lado, establece un sistema de cooficialidad (artículo 3.2) que ampara y legitima un régimen jurídico que garantiza la plena igualdad de las lenguas de aquellas minorías que se encuentran territorialmente delimitadas, otorgando un marcado carácter estructural al principio del plurilingüismo. Por otro, –y pese a la ausencia de una proclamación formal de los «derechos fundamentales lingüísticos» de las minorías–, prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación en sus artículos 14 y 9.2 CE.

En este sentido, y para garantizar la plena operatividad del derecho a la igualdad (formal y material) la Constitución española crea un sistema de distribución competencial entre el Estado y nuestras diecisiete Comunidades Autónomas en su Título VIII. De esta forma, establece diferentes categorías de competencias: exclusivas del Estado, exclusivas de las Comunidades Autónomas, concurrentes y compartidas, las cuales están recogidas en los artículos 148 y 149 CE. De forma específica, es en el artículo 148.1.º17 CE donde nuestra norma fundamental les atribuye competencia exclusiva en materia de fomento de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma. Asimismo, en el artículo 3.3 CE señala la necesidad de aplicar técnicas positivas, que fomenten y protejan «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España».

Este mecanismo se ha visto reforzado utilizando tres vías. Por un lado, con la ratificación de España de los principales instrumentos supranacionales (Ruiz Viquez, 2014), en los que sí existe una referencia específica a la desigualdad lingüística, lo cual ha configurado paralelamente un derecho de naturaleza constitucional a la no discriminación en esta materia. Por otro, tras la aprobación de algunas leyes en varias Comunidades Autónomas con el fin de normalizar las lenguas autóctonas. Y, en tercer lugar, por la propia jurisprudencia constitucional.

En resumen, podemos afirmar que llevar a la práctica este ambicioso propósito no ha sido fácil a lo largo de la historia constitucional española. La problemática de las minorías lingüísticas ha sido fuente de numerosos conflictos en España durante siglos. Específicamente, desde la Edad Media, período en el que comienza la formación de las lenguas romances en la península ibérica y, previsiblemente, lo seguirá siendo durante las próximas décadas.

## 5. CONCLUSIONES

Los derechos lingüísticos en el continente europeo han estado fuertemente influenciados por la propia historia constitucional del país, construida para dar respuesta a una serie de conflictos económicos, sociales, religiosos y lingüísticos o, lo que es lo mismo, hechos conexos con la realidad actual de las minorías étnicas y nacionales. Estos se han relacionado bien con cuestiones fronterizas, bien con cuestiones internas.

Si bien, en teoría, la protección de las numerosas lenguas minoritarias en Europa debería seguir figurando entre las prioridades de sus diversos gobiernos, (en especial los de la Unión Europea), en la práctica no es así; ya que la diversidad lingüística sigue siendo una cuestión compleja. La marginación de comunidades lingüísticas desfavorecidas, –sin ir más lejos las de habla romani–, han de abordarse de manera adecuada.

Por ende, en la práctica, en Europa no existe una armonización en la legislación sobre minorías lingüísticas. De esta forma, algunas Constituciones europeas ofrecen un marco de protección claramente discriminatorio, pues deja al margen a aquellas minorías lingüísticas no «superprotegidas». Es el caso de Italia o España. Entre ellas, y en el caso italiano, a las comunidades lingüísticas friulana, occitana, franco-provenzal, sarda, albanesa, croata, griega y catalana; así como otras minorías germanoparlantes presentes en el resto del arco alpino, como los ladinos de Bellunese y los eslovenos de la provincia de Udine.

Tanto en Italia, como en España, la lengua materna o de origen es un rasgo diferenciador y promotor de determinados derechos específicos que garantizan los gobiernos regionales a través de sus respectivos estatutos de autonomía. Intervienen a nivel legislativo, con normas programáticas que no disfrutan otras minorías lingüísticas (no «superprotegidas») presentes en las restantes regiones.

Por todo ello, y a modo de conclusión final, podemos afirmar que el balance final es decepcionante. Ni las propias Constituciones, ni determinadas leyes específicas, han sido capaces de crear un marco normativo general que garantice de forma homogénea los derechos de las minorías étnicas y nacionales en Italia y en España, –de forma específica–, y en Europa, –con carácter general–, teniendo este un carácter más bien localista y/o regional. Futuros retos y cuestiones que es oportuno abordar, con motivo del setenta y cuarenta aniversario de las Constituciones italiana y española, respectivamente.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBER, E. Y ZWILLING, C. (2016), South Tyrol. *Autonomy Arrangements in the World*, enero, recuperado de <http://www.world-autonomies.info>.
- ANZON DEMMIG, A. (2011), La Corte apre a 'nuove minoranze'?, *Revista AIC*, 3, 1-5.
- BAUMGARTNER, G. (1995), *6 x Österreich. Geschichte und aktuelle Situation der Volksgruppen*, Drava, Klagenfurt- Celovec.
- BONSAVER, G. (1996), Dialects, Culture and Politics: the Northern League(s), *Journal of the Institute of Romance Studies*, Supplement 1, 97-107.
- CHIOCCHETTI, F. (2008), Prospettive per una legge organica di tutela delle lingue minori in Provincia di Trento, *Revista de llengua i dret*, 49, 97-123.
- CIAURRO, L. (2010), La tutela delle minoranze linguistiche fra lingua ufficiale e idiomi locali, *Rassegna Parlamentare*, 52 (2), 321-34.
- CISILINO, W. (2001), La legge di tutela della minoranza lingüística friulana della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, *Ce fastu?*, LXXVI, 2.
- (2004), L'evoluzione della legislazione linguistica nella repubblica italiana: Analisi del caso friulano, *Revista de llengua i Dret*, 42, diciembre, 173-201.
- COLUZZI, P. (2004), Regional and Minority Languages in Italy. A General Introduction on the Present Situation and a Comparison of two case studies: Language Planning for Milanese (Western Lombard) and Friulian, *Working Papers*, 14, Ciemen (Escarré International Centre for Ethnic Minorities and Nations), 16-17.
- GIUGLIA, G. (2001), *L'organizzazione dei poteri e il federalismo in Svizzera, secondo la nuova Costituzione*, Editorial Giapichelli, Torino.
- HALLER, H. (2002), *La festa delle lingue: la letteratura dialettale in Italia*, Editoriale Carocci, Roma.
- KOLLER, H. y BIAGNI, G. (2002-2003), La Nueva Constitución Federal suiza: Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados, *Revista de la UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11, 2.º semestre 2002 – 1er trimestre 2003, 611-634.
- MILIAN MASSANA, A. (1984), La regulación constitucional del multilingüismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 134 y ss.
- KNAPP, B. (1992), I Cantoni: Protezione ed espressione delle minoranze, Olivetti Rason, N. y Pegoraro, L. (Dir.), *L'ordinamento federale svizzero*, Editoriale Giapichelli, Torino.
- PALICI DI SUNI, E. (2002), *Le minoranze nei Paesi Europei. Intorno alle minoranze* (2.ª Ed.), Editoriale Giapichelli, Torino.
- CASSELLA, F. y COMBA, M. (Coords.) (2001), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Editoriale Cedam, Padova.
- PANZERI, L. (2016), *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Editoriale Giuffré, Milano.

- PEGORARO, L. (2006), A Justiça Constitucional no quadro do Constitucionalismo contemporâneo, en VV. AA: *Constitucionalismo e Estado*, Ed. Forense, Río de Janeiro, pp. 431-451.
- PIERGIGLI, V. (2017), La Costituzione italiana delle minoranze linguistiche tra principi consolidati, riforme mancate e prossime sfide, *REAF*, 26, octubre, 165-206.
- (2015), Le minoranze linguistiche storiche nell’ordinamento italiano: quale futuro di fronte alle politiche per l’immigrazione e l’internazionalizzazione?, *Federalismi.it*, 8, 1-34.
- PIZZORUSSO, A. (1976), Minoranze etnico-linguistiche, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Editoriale Giuffrè, Milano, pp. 527-558.
- POGGESCHI, G. (2002), *Le nazioni linguistiche della Spagna autonómica. Universalità della lingua castigliana e vitalità delle lingue regionali*, Editoriale Cedam, Padova.
- (2009), Le forme di Stato nei diritti linguistici: un’analisi comparata, en Milián i Massana (Coord.), A., *El plurilingüisme a la Constitució espanyola* (1.ª Ed.), Col·lecció Institut d’Estudis Autònoms, 65, Generalitat de Catalunya. Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, pp. 39- 46.
- (2001), Linguistic rights in Spain, en Trifunovska, S. (Ed), *Minority rights in Europe. European Minorities and Languages*, The Hague, Asser Press, 85-101.
- PONS I PARERA, E. (2013), Transición española y pluralismo lingüístico en España, *Espaço Jurídico*, 14 (3), 93-112.
- RUIZ VIEYTEZ, E. J. (2014), España y el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica, *Revista Española de Derecho Internacional*, 66 (1), 55-80.
- STRADELLA, E. (2009), La tutela delle minoranze linguistiche storiche tra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1150-1170.
- TICHY, H. (1995), *Die rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Unterrichts in den Volksgruppensprachen*, Editoriale Ethnos, Viena.
- TONIATTI, R. (2014), Il Trentino quale laboratorio del diritto delle diversità: Le “piccole minoranze” come minoranze garantite, en Woelk, J.; Penasa, S. y Guella, F. (Eds.), *Minoranze linguistiche e pubblica amministrazione. Il problema dei piccoli numeri: modello trentino e esperienze comparate*, Editoriale Cedam, Padova, pp. 295-320.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, aprovechando las efemérides del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, esta obra publicada en cinco volúmenes recoge los trabajos de constitucionalistas europeos de distintas generaciones que abordan los desafíos que se presentan para nuestras sociedades democráticas.

El volumen I se dedica al balance y perspectivas en la Europa constitucional, con trabajos sobre la reforma de los ordenamientos constitucionales y sobre Europa en su dimensión constitucional. El volumen II se ocupa de estudiar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y su tutela. El volumen III revisa el estado de las instituciones políticas democráticas, en particular de los sistemas parlamentarios europeos, la participación y representación políticas, y los sistemas electorales y de partidos. El volumen IV afronta el tema de las fuentes del Derecho, los cambios en la Justicia constitucional y los desafíos para la organización territorial. Por último, el volumen V, dedicado a los retos del constitucionalismo en el siglo XXI, desarrolla cuestiones de frontera para el Derecho constitucional de gran actualidad como son las relaciones con la economía y el Estado social, la revolución tecnológica y el cambio climático, la seguridad y la legalidad sancionadora, y el fenómeno religioso. Una visión completa de los grandes temas que antes como ahora preocupan y dan sentido a la investigación de los constitucionalistas en un espacio compartido como es Europa.



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

italospagnolo  
SEMINARIO

 **FUNDACIÓN CAJAMURCIA**