RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Seminario "*Retos del Derecho Constitucional del siglo XXI*"

Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza (Jaén)

Mayo 2001

Dirección: Profesores Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Nicolás Pérez Sola, de la Universidad de Jaén

SUMARIO:

DERECHOS FUNDAMENTALES Y FORMAS DE ESTADO: REFLEXIONES COMPARADAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI
Silvio Gambino. Universidad de Calabria
EL DERECHO REGULATIVO.
Antonio J. Porras Nadales. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)
EL PROCESO "EUROPEIZACIÓN" DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: UN NUEVO RETO METODOLÓGICO PARA EL SIGLO XXI
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz. Universidad de Jaén
LAS FUNCIONES SUBSIDIARIAS DE LA COMPARACIÓN EN EL ESTUDIO DE LOS ORDENAMIENTOS FEDERALES Y DEL GOBIERNO LOCAL
Lucio Pegoraro. Universidad de Bolonia
REFLEXIONES DE UN CONSTITUCIONALISTA SOBRE EL FUTURO DEL ESTADO AUTONÓMICO.
Manuel José Terol Becerra. Universidad de Huelva.
LA NECESIDAD DE UN NUEVO SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA.
Manuel Medina Guerrero. Universidad de Sevilla
FORMA DE ESTADO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS NORMAS REGIONALES EN ITALIA.
Giovanni Moschella. Universidad de Messina.
LA UNION EUROPEA Y LAS REGIONES EN ITALIA
Guerino D'Ignazio. Universidad de Calabria
LA EXTRANJERÍA COMO RETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI.
Nicolás Pérez Sola. Universidad de Jaén
LA INCIDENCIA DE LOS VALORES EN EL CONCEPTO Y MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: EXAMEN DEL VALOR JUSTICIA
Jorge Lozano Miralles. Universidad de Jaén
PERFILES HISTORICOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Roberto Scarciglia. Universidad de Trieste
EL MEDIO AMBIENTE COMO VALOR CONSTITUCIONAL
Nino Olivetti Rason y Sergio Gerotto (Universidad de Padua)

DERECHOS FUNDAMENTALES Y FORMAS DE ESTADO: REFLEXIONES COMPARADAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI [1]

Silvio Gambino
Universidad de Calabria

1. Algunas cuestiones previas sobre las recientes reformas (constitucionales y legislativas)

En una primera aproximación, podríamos abordar el tema limitándonos a un mero examen de las posiciones institucionales y políticas en materia de reforma del Titulo V de la Constitución, y más ampliamente al tratamiento de la filosofía institucional y del estado de unas reformas (Ley 59/97 sobre federalismo administrativo, Texto Unico de Entes Locales aprobado por el decreto-ley 267/2000), que afectan tanto a las competencias (legislativas y administrativas) como a la organización y el ejercicio de las mismas (por lo que respecta a las autonomías locales menores).

En primera instancia, la interrogante se situaría en torno a la definición del *terminus a quo*, a partir del cual se plantea la investigación y la reflexión[2]. Como se sabe, la elección de la fecha a partir de la cual el país ha abierto el debate acerca de su forma de Estado, con la formulación de alternativas sobre la distribución territorial del poder, se justifica por los acontecimientos que han afectado (cuestionándolo de forma radical) a un sistema político del que cabe afirmar que ha desarrollado todos los principios y formas institucionales y políticas de un centralismo: la concentración al nivel institucional central constituye probablemente el único (o uno de los pocos) punto de análisis unánime; salvo la división entre quienes afirman que los partidos de masas están obsoletos en su papel de determinación de la política nacional, y quienes, con más prudencia, creen que se está llevando a cabo un «proceso de realineación» del sistema de partidos, que durará aún mucho tiempo, pero cuyos resultados deberán permitir controlar a un «sistema político» que en lo fundamental es incapaz de dotarse de reglas y de organizarse.

Pero no hay que olvidar una segunda hipótesis, cuya discusión es necesaria para eludir el riesgo de no entender las soluciones adoptadas sobre la marcha por el legislador y las fuerzas políticas a la hora de diseñar instituciones democráticas y eficientes para el país. Para llevar a cabo los objetivos fijados por el constituyente (es decir, para asegurar los valores y principios establecidos en el *pacto constitucional* entre católicos, marxistas y laicos) la Constitución ratifica, como se sabe, una serie de principios y valores constitucionales que, para el legislador futuro, se aparecen cómo

[1] Traducción de Lourdes Santisteban Regules, Facoltà di Scienze Politiche, Universidad de Calabria (Italia).

[2] Para una reflexión acerca de la "frustrada reforma" constitucional en Italia cfr. también, entre otros, S.Gambino, G. D'Ignazio, A. Mazzitelli, "La riforma costitucionale en Italia: chiavi di analisi di un insuccesso prevedibile", en *Civitas Europa,* 1999.

límites insuperables del poder de reforma constitucional. Se trata, *in primis,* del principio de primacía de la persona humana y del principio, estrechamente ligado a éste, de la igualdad formal y sustancial de los sujetos, con un especial *favor* concedido a los "sujetos débiles".

Tales principios tienen su instrumento formal de garantía en la recepción por la Constitución de los "derechos sociales", junto al artículo 5 de la Constitución referido a la unidad e indivisibilidad de la República, y el reconocimiento y promoción de las autonomías locales.

Estas consideraciones, a modo de introducción, nos llevan a insistir en la necesidad de una definición del ámbito de debate; ya que, en caso contrario, podría incluso sugerirse una cierta inutilidad del mismo, al menos en relación con la reforma constitucional en materia de forma de Estado (tal y como se plantea, con una división entre formas de regionalismo débil, propuestas de regionalismo fuerte, y/o de federalismo).

En otras palabras, hay que comenzar subrayando que la Constitución no admite ni permite negociar la discusión acerca de los principios supremos del sistema constitucional, "*cuyo mantenimiento es esencial para la conservación de la propia identidad del sistema constitucional vigente, por lo que la supresión de estos principios determinaría, al mismo tiempo, la destrucción total de la Constitución y su sustitución por un sistema constitucional completamente distinto*" (M. Luciani). Por lo tanto, debemos considerar esta última hipótesis a modo de límite, para evitar una discusión estéril.

La Corte Constitucional por su parte, ha confirmado reiteradamente la existencia de tales límites implícitos en la reforma de la Constitución. Lo ha hecho de forma clara en su sentencia 1146/1988, donde afirma que "la Constitución italiana contiene ciertos principios fundamentales que no pueden ser afectados o modificados en su contenido esencial, ni siquiera mediante leyes de reforma constitucional u otras leyes constitucionales". Lo ha confirmado recientemente en su sentencia 496/2000, en relación con el problema de la hipotética derogación de los procedimientos de reforma constitucional suscitado a partir de la iniciativa legislativa de la Región del Veneto, aprobada el 8 de octubre de 1998, que se refería al "Referéndum de consulta en virtud de la presentación de una propuesta de ley constitucional para la atribución de formas y condiciones especiales de autonomía a la Región del Veneto".

Para la Corte, a partir del marco constitucional y en relación con la citada ley regional, según la Constitución "no es difícil darse cuenta de que ésta, por el papel que pretende asignar a la población regional en un procedimiento cuyo objetivo y finalidad política inmanente es la reforma del sistema constitucional, compromete el sentido del proyecto constitucional en lo que respecta a las relaciones entre la institución del *referéndum* y la Constitución. Sobre todo, es evidente que allí donde el pueblo, en el proceso de reforma, puede intervenir como última instancia de decisión y en su totalidad, es evocado por la ley regional en virtud de su parcialidad como una fracción autónoma situada en una parte del territorio nacional, *... cuando se*

refiere a su reforma, es cómo si no existiera un sólo pueblo, que constituye en sí mismo la unidad política de la nación, sino más de uno [3], y como si el cuerpo electoral regional en especial tuviera la ocasión de pronunciarse doblemente acerca de la cuestión de la reforma: en un primer momento previo como una parte separada del todo en fase de consulta, y en una segunda fase eventual y sucesiva como componente del cuerpo electoral nacional y unitario, dentro del proceso de decisión constitucional. Se podría afirmar que en el *referéndum* de consulta, el cuerpo electoral actúa como expresión de autonomía política y no como instancia de innovación constitucional. De hecho, la autonomía, incluso entendida en su más amplia acepción, no puede ser invocada para sostener y dar forma jurídica a cuestiones referendarias que impliquen decisiones fundamentales al nivel constitucional. Por lo tanto, no está permitido instar al cuerpo electoral regional a llevar a cabo reformas constitucionales, debido a que el procedimiento y régimen de la reforma, junto con el concepto de unidad e indivisibilidad de la República (art. 5 Const. y art. 117, I apartado), no dejan ningún espacio a consultas populares regionales que pretendan manifestaciones de autonomía."

Tras la reciente reforma constitucional aprobada por ley constitucional 1 de 1999 tamben se suscitan serias dudas en torno a las formas y contenidos de la autonomía regional, junto con el reforzamiento de los sistemas de distribución territorial del poder y el debate sobre su traducción en formas políticas capaces de devolver un papel central al gobierno en sus funciones (más o menos amplias) a nivel territorial.

En el estado actual de la disciplina constitucional y legislativa, son pocos los elementos normativos de desarrollo de tal reforma, salvo la "Propuesta de Estatuto de la Región del Veneto" del 31 de Octubre de 2000, cuyo art. 13 en especial ("por el cual el Consejo, la Junta y el Presidente de la Región…tienen el deber de dirigir y concertar con el Estado un acuerdo acerca de la extensión de la autonomía legislativa, administrativa y financiera…"), evoca escenarios anarco-federalistas, imponiendo al sistema normativo la búsqueda en la experiencia comparada y en la misma perspectiva *de iure condendo*, de soluciones adecuadas para asegurar formas de gobierno regional democráticas, responsables y eficientes, en las cuales, como tambien sucede en el sistema infra-regional, deben tenerse en cuenta formas de tutela adecuadas para las minorías; así como el conflictivo papel del consejo regional en la nueva forma de gobierno regional, prevista en líneas generales por el legislador de la reforma constitucional, pero destinada, como se sabe, a ser aplicada por el "constituyente" regional en sede estatutaria.

Sin embargo, tal aproximación implicaría el riesgo de eclipsar los problemas más significativos de nuestro regionalismo, pudiéndose incluso pasar por alto las razones fundamentales de las crisis que, con escasas excepciones, lo han venido afectando en los últimos treinta años (pues en

[3] Cursiva nuestra.

los veinte años posterores a la aprobación de la Constitución, como se sabe, las regiones italianas se mantuvieron en un estado de "congelación") y que todavía hoy en día lo afectan ("las regiones sin regionalismo" de las que hablan Pastore y Cammelli). Aunque hay cierta confusión en el debate político, que pasa de auténticas omisiones en la determinación de los ámbitos de federalismo disponibles (el llamado federalismo administrativo) a la reivindicación de formas de autodeterminación más orientadas a estimular las ansias de secesión de algunos líderes políticos o de alguna "*vendée*" territorial, hasta afrontar seriamente los problemas de las relaciones institucionales entre roles y responsabilidad del centro, y grados de autonomía realizables por las esferas regionales, no in abstracto sino de forma efectiva.

En otras palabras, sería estéril un análisis que no afrontara de forma preliminar el marco de relaciones entre regionalismo y sistema político, señalando las hipótesis de trabajo de las que surgen las propuestas de valorización del regionalismo y la serie de soluciones de tipo federal; además de tener en cuenta el actual marco institucional, no sólo en lo que respecta a la legislación sobre asignación de competencias administrativas (Ley 59/97), sino también en términos de aplicación de la ley constitucional de reforma en materia de "elección directa de los presidentes de las juntas regionales"

Por lo tanto, el punto de partida fundamental del debate en la reflexión sobre nuestro tema objeto de análisis, sería el de las relaciones entre: unidad política de la Nación, formas de la distribución territorial del poder (incluso asimétricas) de tipo regional o federal, y "derechos de ciudadanía". De hecho, sólo a partir de una aproximación similar, podremos asegurar que al análisis y valoración de las soluciones diseñadas y puestas en marcha no va a degenerar en la perspectiva de un mero regionalismo (más o menos latamente) funcionalista, sino que debe entroncar, inspirarse y fundamentarse armónicamente en la unidad e indivisibilidad de la República a la cual, como también se ha recordado, el sistema constitucional le atribuye la función de tutela de la persona y de superación de todos los obstáculos (económicos y sociales) que impidan su pleno desarrollo y su efectiva participación en la organización política, económica y social del país. Un problema, éste último, que pone de relieve "el deber" asignado a la República de no hacer discriminaciones entre los ciudadanos de diferentes regiones, especialmente entre las meridionales, las centrales y las septentrionales (se trata, como se sabe, de regiones económica e institucionalmente débiles), debiendo ser partes activas -tanto el centro como cada región- en la consecución de esta "misión" constitucional.

Sólo desde un enfoque similar, y a partir de la asunción de tal perspectiva como límite sustancial y formal, el proyecto de cambio de la forma de Estado en Italia estaría en condiciones jurídicas (y políticas) de continuar por una vía de "lealtad" y de constitucionalidad, sin arriesgarse a formas de ruptura de la Constitución o, peor aún, formas de autodeterminación/secesión, de cuyos trágicos resultados es testigo y víctima la cercana *ex*-Yugoslavia.

2. Derechos sociales y forma de Estado (regional y/o federal).

En el constitucionalismo europeo, las líneas evolutivas de afirmación[4] de la crisis del Estado social, llevan a concretar cómo, a partir de Weimar y en adelante, se manifiesta una nueva concepción del concepto de igualdad: no ya la igualdad procedente de la tradición clásica, que considera intolerables las discriminaciones por razones de sexo, religión o raza, sino un concepto de igualdad que considera intolerables las diferencias económicas y sociales, y por lo tanto también las diferencias basadas en la renta[5]. Desde esta nueva óptica, la igualdad sólo es tal si los derechos sociales[6] son iguales y efectivos. Por lo tanto, los derechos sociales, junto con los derechos clásicos de libertad, son concebidos como "condiciones constitutivas" e indefectibles del principio constitucional de igualdad (art. 3 Const.) y, al mismo tiempo, del valor de la persona (art. 2 Const.).

Tal concepto de igualdad, que tiene en cuenta las diferencias personales de riqueza, pero convierte en intolerables las diferencias en el plano económico-social, constituye el hilo conductor del constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial, y en especial del italiano, tanto por lo que se refiere a los principios fundamentales de la Constitución, como por la inclusión en la Constitución de nuevas tutelas basadas en este principio, que enriquecen la tipología de los derechos fundamentales recogidos y protegidos constitucionalmente (desde las clásicas libertades negativas, derechos sociales, a las políticas y económicas) [7].

A partir de la afirmación constitucional del principio de igualdad formal y sustancial, los constituyentes italianos han configurado a los derechos

---

[4] Para una bibliografía esencial sobre la cuestión cfr., al menos, L. Ferrajoli, "Stato sociale e Stato di diritto", en *Politica del diritto,* 1982, 1; N. Bobbio, "Sui diritti sociali", en *Cenquant'anni di Reppublica italiana* (bajo la dirección de G. Neppi Modona), Turín, 1997, p. 122; S. Gambino, "Diritti fondamentali e costituzioni", en *Archivio di diritto costituzionale,* 1997, n. 4; S. Bonofiglio, "Lo Stato sociale en trasformazione: un problema attuale", en *Il Politico,* 1993, 4; P.G. Grasso, "Stato di diritto e Stato sociale nell'attuale ordinamento italiano", en *Il Politico,* 1961, 1; AA.VV. (bajo la dirección de A. Cantaro y M. Degni), *Il principio federativo. Federalismo e Stato sociale*, Molfetta, 1995; AA.VV. (I.S.R.-C.N.R.), *Regionalismo, federalismo e welfare state,* Milan, 1997; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale,* Padua, 1996; G.Corso, "I diritti sociale nella Costituzione italiana", en *Riv. Trim. dir. pub.,* 1981; F. Modugno, "La tutela dei 'nuovi diritti'", en AA.VV., *Nuovi diritti dell'età tecnologica,* Milan, 1991; M. Luciani, "Salute. I) Diritto alla salute – Dir. cost.", en *Enc. Giur.,* XXVII, Roma, 1991; A. Baldasarre, "Diritti sociali", en *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, "Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadeno e pubblica amministrazione", en *Riv. crit. dir. priv.,* 1985; M. Luciani, "Sui dirittisociali", en *Democrazia e diritto*, 1994, 4 y 1995, 1; A. Anzon, "L'altra 'faccia' del diritto alla salute", en *Giur cost.*, 1979; AA.VV. (dir. L. Chieffi), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padua, 1999. En la literatura española, entre otros, cfr., recientemente. M.A. García Herrera y G. Maestro Buelga, "Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas" en M. A. García Herrera, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997.

[5] El la vasta bibliografía, sobre la cuestión cfr., por lo menos A. Cerri, "Uguaglianza (principio costituzionale di)", en *Enciclopedia Giuridica Treccani.*

[6] Cfr. R. Greco, "Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale", en *Questione Giustizia,* 1994, n. 2-3; A. Di Giovine y M. Dogliani, "Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?", en *Questione Giustizia,* 1993.

[7] Cfr. E. Cheli, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana", en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto,* Milan, 1995.

sociales como un soporte indiscutible, al margen de condicionamientos de tipo económico o político, obligando así a los poderes públicos, y sobre todo al legislador nacional -aunque también a los regionales-, a desarrollar unos valores y principios que la propia Constitución asume como indefectibles. En esta concepción encuentran su plena explicación tanto el principio de pluralismo como las autonomías regionales y locales, recogidos como principios constitucionales (art. 5 Const.) y como disciplina constitucional de las competencias (Tit. V Const.). Las diferencias entre las clásicas libertades del Estado liberal y los nuevos derechos hechos posibles por la intervención de los poderes públicos, reside esencialmente en que, mientras los primeros tutelan una esfera del individuo en la que éste puede actuar libremente, los segundos -los derechos sociales- se orientan a obtener una intervención de las autoridades públicas "para satisfacer cualquier exigencia primaria de los ciudadanos" [8]; y por lo tanto, encuentran su propia justificación teórica en el "diferente concepto de liberación de determinadas formas de privación", teniendo como objetivo la realización de la igualdad, "o más precisamente una síntesis entre libertad e igualdad, o en una palabra, la libertad igual" [9].

La doctrina constitucional se refiere inicialmente a los derechos sociales como normas dirigidas a destinatarios especiales, y más en concreto como derechos condicionados o imperfectos, porque se basan en normas que presuponen el ejercicio de una discrecionalidad legislativa[10]; si bien otra prestigiosa doctrina asume desde el principio que tal discrecionalidad del legislador concierne no tanto al *si* y al *qué,* o sea, al contenido sustancial del derecho, sino al *cómo*, y en todo caso, como bien dice Mortati, "no de forma que se comprima el contenido mínimo necesario para que no parezca una ilusión la satisfacción del interés protegido"[11].

La doctrina constitucional italiana desde los años 70, a partir de esta primera aproximación doctrinal que, como se observa, valora el aspecto programático de las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales así como la naturaleza, más que constitucional, legal, de su regulación, propone algunas tipologías más flexibles entre las que destaca especialmente la que distingue entre derechos sociales "condicionados" (arts. 34, 32, 38 III apartado, 46) y derechos sociales "incondicionados" (arts. 36 I, II y III, 32 II, 37, 29, 30, 4): los primeros suponen una intervención del legislador, del poder político, sobre el *cuando*, sobre el *cómo* y sobre el *si*. Sin embargo, los otros tienen una estructura y una naturaleza tales que no se necesitan ulteriores intervenciones para su realización.

La lista de derechos sociales, como vemos, tiene una inusual amplitud y sistemática, así como su respectiva tutela es la típica de los derechos constitucionales, y no de los legales; si bien una prestigiosa doctrina señaló cómo, bien mirado, las formas jurisdiccionales de la correspondiente tutela

---

[8] Cfr. M. Mazziotti, "Diritti sociali", en *Enciclopedia del diritto,* p. 805.
[9] Cfr. A. Baldasarre, "Diritti sociali", en *Enciclopedia Giuridica,* p. 6.
[10] Cfr. V. Crisafulli, *la Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Turín, 1970; G. Lombardi, *Poteri privati e diritti fondamentali,* Turín, 1970.
[11] Cfr. C. Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", en *Foro italiano,* 1970, V, p. 257.

no son las establecidas para los derechos subjetivos (con la fuerza propia de la tutela resarcitoria ante actos lesivos de los mismos), sino la de los intereses legítimos, desde el momento en que entre el correspondiente ejercicio y la previsión legal actúa un *hacer* administrativo que arrastra a la administración pública con su supremacía especial[12].

Por lo tanto, la Constitución italiana, aunque carezca de una cláusula general sobre los derechos sociales (como la del Art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn), es rica en disposiciones constitucionales que afectan a la sustancia de los derechos sociales, pese a que se tenga la impresión de "que la categoría del derecho social sea inadecuada para expresar la riqueza de las indicaciones aportadas por los títulos I y II de la Constitución"[13] sobre las relaciones ético-sociales y las relaciones económicas respectivamente.

En la Constitución italiana, junto al principio ya recordado de igualdad sustancial, el principio personalista (art. 2) se presenta como un concepto unificador tanto de los clásicos derechos de libertad como de los sociales, para asegurar plenamente las mismas libertades clásicas. Los derechos sociales, "nacidos en Italia como derechos de pocos y de muchos, pero no como derechos de todos" y, como observa G. Corso, orientados a superar las condiciones de desigualdad que operan sobre la totalidad del principio personalista, se convierten, sobre todo a partir de los años 60-70 (en un contexto social caracterizado por el crecimiento económico), en derechos de todos con la universalización de los servicios de protección social[14].

Pero si de la definición teórico-constitucional del Estado social y, más especialmente, del encuadramiento de los derechos sociales como derechos inviolables del sujeto, pasamos ahora a verificar su grado de efectividad, es obligado reconocer el fuerte contraste entre su creación como derechos universales y absolutos, y su relativo y deprimente grado de eficacia. Son diversas las interpretaciones propuestas para explicar tal situación; que van desde los condicionamientos económicos a los políticos, de las posibilidades del sistema judicial a las del sistema político. En cualquier caso, la evidente contradicción existente entre la indiscutibilidad y universalidad del enunciado constitucional y el bajo nivel de eficacia de tales derechos, constituye un dato real. Sin embargo, el argumento central que de alguna manera los engloba a todos, procede del dato de que los derechos sociales (educación, sanidad, seguridad social, etc.) son costosos, y el Estado (en Italia como en otras partes) se enfrenta a serios problemas financieros, que en algunas situaciones incluso se aparecen como una explícita *"rebelión fiscal"*[15].

---

[12] Cfr. A. Pace, "La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici 'comuni'", en AA.VV., *Scritti en onore di P. barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà,* Padua, 1993.

[13] Cfr. G. Corso, "I diritti sociali …cit., p. 757.

[14] Acerca del punto cfr., al menos, U. Allegretti, "Globalizzazione e sovranità nazionale", en *Democrazia e diritto,* 1998; G. Zagrebelsky, "I diritti fondamentale oggi", en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1992, I; L. Carlassare, "Forma di Stato e diritti fondamentali", en *Quaderni costituzionali*, 1995, 1.

[15] Cfr. entre otros, sobre esta cuestión, AA.VV. (bajo la dirección de A. Baldassarre y A. Cervati), *Critica dello Stato sociale,* Bari, 1982.

Tras esta reflexión, hay que preguntarse si el debate *sobre reformas constitucionales* en Italia debe hacer o no alguna referencia a tales principios, o si, por el contrario, las regiones constituyen un mero ámbito constitucional de la estructura territorial, con unas competencias legislativas que son ajenas a las formas institucionales de los aparatos territoriales de poder (regionales o federales).

En relación con esta cuestión, tan relevante para los resultados de nuestra reflexión, aparece tambien la del coste de los derechos y la adecuación de los recursos regionales necesarios para hacer frente a los mismos; algo que, como se sabe desde hace tiempo, ha llevado a la más prestigiosa doctrina (desde Zagrebelsky a G. Lombardi) a subrayar que el coste de los derechos constituye un falso problema, desde el momento en que representa un elemento característico de todos los derechos constitucionales, incluidos los clásicos de libertad. "No son -como se hace ver- las características estructurales las que separan a los derechos de libertad de los derechos sociales, sino sus modalidades de tutela las que hacen que los mecanismos de garantía sean diferentes… ambos son derechos individuales (como pueden ser, según las declaraciones, derechos colectivos), y tanto a unos como a otros se les puede reconocer un alcance que afecta no sólo a las relaciones con la esfera pública, sino también al nivel de relaciones entre privados[16].

Las consideraciones anteriores nos llevan a observar –respecto al tema de esta reflexión- que las instituciones regionales y las autonomías locales (o como se denominen, de forma diversa, en otros modelos constitucionales, europeos o no) no constituyen, desde el punto de vista del sistema constitucional, el terreno adecuado para una investigación sobre los aspectos relativos a las modalidades seguidas (o por seguir) para hacer efectivos los derechos sociales, en la medida en que a las regiones y autonomías locales menores no se les ha asignado competencia alguna en materia de derechos, que siguen siendo una competencia de las instituciones nacionales, tutelada por las correspondientes jurisdicciones.

Un minucioso estudio de las filosofías institucionales relativas al debate constituyente en materia de derechos fundamentales y forma de Estado, nos lleva a entender cómo el constituyente italiano, en la distribución de poderes y responsabilidades entre centro y periferia, ha asignado al Estado, en sus instancias centrales, la función de garantía de los derechos negativos (jurisdicción, legislación, policía, etc.), mientras que en lo que respecta a los derechos positivos (o derechos sociales), el constituyente asigna a las regiones (art. 117 Const.) competencias eminentemente prácticas, capaces de asegurar al mismo tiempo prestaciones legislativas y administrativas respetando los principios y disposiciones constitucionales relativas a tales derechos, así como las formas de participación de los destinatarios de la actividad administrativa. Una anticipación *ante litteram*, ésta última, del principio de subsidiariedad vertical que encontrará una

[16] Cfr. G. Lombardi, "Diritti di libertà e diritti sociali", en *Politica del diritto,*1999, 1, p. 13.

realización más completa en la normativa comunitaria y, por lo que respecta a Italia durante los años 90, en la legislación del llamado "federalismo administrativo" y el debate sobre la reforma constitucional.

Todas las opciones seguidas por el legislador italiano en desarrollo del modelo constitucional nos permiten constatar, siguiendo el juicio unánime de los expertos en la materia, una evidente y dilatada "congelación" de la Constitución en algunos de sus ámbitos esenciales (Regiones, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Magistratura, etc.). De hecho, durante casi 25 años desde la previsión constitucional, las regiones -aunque incluidas en el Titulo V de la Constitución como una división esencial y necesaria del sistema republicano- no se constituyeron; y cuando lo hicieron a comienzos de los años 70, y de forma más completa a partir de 1977, las previsiones constitucionales resultaron considerablemente degradadas, sobre todo en lo referente a la interpretación de las competencias regionales atribuidas, reduciendo, según la doctrina más conocida, la potestad legislativa a una mera potestad administrativa de ejecución[17].

En la práctica, las regiones se convierten en poco más que entes territoriales de descentralización administrativa; tanto la legislación como, sobre todo, la jurisprudencia constitucional, confirman plenamente el escenario institucional de un "regionalismo sin regiones". M. S. Giannini recurrirá a la metáfora del caballito de mar para definir el *monstrum* de la peculiar forma de realización constitucional de las regiones en Italia.

Al mismo tiempo, el estudio de la regionalización política -tanto la de origen institucional como la doctrinal- subraya ampliamente cómo, incluso en fases muy distintas en el tiempo, "todas las nociones de región -en base a las cuales se había justificado a veces la reforma regional- han fracasado en su intento, y se enfrentan a una crisis cuya salida es difícil imaginar [18].

De este modo se deduce que la evolución de la experiencia constitucional italiana tras la II Guerra Mundial constituye una experiencia singular, sobre todo porque se basa en instituciones nacionales (partidos, sindicatos, grandes complejos productivos, medios de comunicación de masas), que pese a lo previsto en el sistema constitucional en materia de descentralización (regiones y autonomías locales), evocan en su actividad el mito de la unidad nacional, provocando una centralización administrativo-financiera en la esfera central y una devaluación de las autonomías regionales y locales; con la consiguiente negativa a transferir poderes desde el centro a la periferia y, al mismo tiempo, una centralización de las propias organizaciones políticas (partidos, sindicatos), que actualmente sin embargo se encuentran en crisis.

Por lo tanto, si el regionalismo en Italia constituye sustancialmente un fracaso, ya sea porque se ha aplicado con retraso respecto a las previsiones del constituyente, o porque ha seguido una lógica de fuerte dependencia del

---

[17] Cfr. mi "Lo Stato regionale e delle autonomie locali en Italia: scelte costituzionali e realtà politica", en AA. VV. (III Jornadas de Pamplona sobre el Estado Autonómico), dir. A. Pérez Calvo, *Estado, Nación y Soberanía (problemas actuales en Europa)*, Madrid, 1999.

[18] Cfr. L. Paladin, "La riforma regionale", en *Attualità e attuazione della Costituzione,* Bari, 1979.

centro, no podemos más que deducir unas primeras conclusiones acerca de la inexistencia de un peculiar Estado regional italiano y de su incapacidad para proponerse -como podría haber sucedido en el marco constitucional- en cuanto centro activo de referencia para una política institucional de reivindicación de competencias positivas en el campo de los derechos sociales (al menos, en los ámbitos definidos por la distribución constitucional de competencias establecida en el art. 117 de la Constitución), y para la correspondiente organización de las mismas a nivel regional, de forma que se potenciara el principio de participación en el ámbito político (la elección de los administradores regionales-locales) o en el administrativo (según las pautas de reforma del procedimiento administrativo, que ha establecido por primera vez en el país perspectivas de democratización de la administración pública).

Así pues persiste la idea de que, en lo que se refiere a los problemas propuestos en abstracto y planteados en concreto sobre las relaciones entre autonomismo, regionalismo y eficacia de los derechos sociales, no cabe sino responder, al menos desde la óptica italiana, en el sentido de pérdida de una oportunidad, ya que las regiones no han aprovechado la ocasión para aproximar la función pública al ciudadano, ni para convertir el ejercicio de las competencias constitucionales atribuidas a la esfera regional en un instrumento de mayor eficacia, participación y control efectivo los derechos sociales.

Un razonamiento idéntico podría hacerse igualmente en lo que se refiere a los llamados derechos de “tercera generación”, como por ejemplo el derecho a un medio ambiente saludable, la defensa territorial y personal frente a la contaminación, etc., donde siempre es más evidente la tensión entre expectativas sociales (o intereses difusos) y el ejercicio adecuado y responsable de las competencias en materia ambiental y urbanística por las regiones y entes locales.

Parece pues que el tema de los derechos fundamentales en el Estado regional no ofrece una perspectiva de especial trascendencia teórica; y ello, cómo hemos visto, sencillamente porque la esfera regional no ha permitido evidenciar, al menos en la práctica, ninguna línea de desarrollo de las competencias regionales capaz de influir sobre la eficacia de los derechos sociales; excepto- cómo veremos a continuación- en aspectos referidos a las relaciones administrativas, con un conjunto de nuevos derechos recogidos por la más reciente legislación de reforma administrativa (derechos de participación en el procedimiento administrativo y de acceso a las actas y documentos administrativos).

De esta forma, en el debate doctrinal italiano el tema de los derechos sociales se limita a las funciones llevadas a cabo, para su garantía y eficacia, por parte del juez ordinario y sobre todo, del constitucional. La intervención del juez constitucional en el ámbito de los derechos sociales se ha requerido, la mayor parte de las veces, en relación con la violación del principio de igualdad y, por lo tanto, ante comportamientos omisivos por parte del legislador.

Tras un periodo inicial de cautela, la orientación del juez constitucional se ha decantado en el sentido de reconocer un rango plenamente constitucional a los derechos sociales, estableciéndose por parte de la Corte Constitucional una serie de criterios orientadores a los que el propio juez debe adecuar su actuación; que se refieren al reconocimiento de un principio de proporcionalidad en las reformas legislativas relativas a derechos de prestación (Sentencias 173 de 1986 y 205 de 1995), al principio de constitucionalidad provisional de una regulación ya establecida (Sentencia 826 de 1988), al principio de ejecución parcialmente inconstitucional de un derecho social (Sentencia 215 de 1987), y finalmente a la necesidad de evaluación de los límites financieros establecidos en el presupuesto y la necesaria consideración de la discrecionalidad del legislador sobre la definición del *quantum* de las prestaciones sociales, que la Corte debe evaluar en todo caso conforme a un parámetro de equidad (Sentencias 180 de 1982 y 455 de 1990, en tema de prestaciones sanitarias)[19]. Como puede comprobarse, el esfuerzo de la Corte Constitucional por dar efectividad a los derechos sociales, aunque acompañado del reconocimiento de la necesaria proporcionalidad en las opciones legislativas, lleva a asegurar la plena efectividad de tales derechos sociales, reconociéndolos como "derechos perfectos" y asegurando además una protección inmediata en aquellos supuestos en que no se haya producido aún una intervención protectora por parte del legislador.

El instrumento elegido por los jueces constitucionales para asegurar tal eficacia viene dado por el recurso a tipologías innovativas de sentencias constitucionales, como especialmente las sentencias llamadas "adicionales (de prestación y de principio)", mediante las cuales el juez constitucional, en ausencia de una disciplina legislativa, asegura la protección de tales derechos sociales, como ha sucedido particularmente en materia de asistencia y seguridad social, donde la Corte ha aplicado preferentemente el art. 38 de la Constitución, al declarar la ilegitimidad constitucional de leyes que impedían injustamente la extensión a todas las categorías de sujetos de la posibilidad de utilizar los servicios de asistencia y seguridad social, reconocidos por el legislador sólo para reducidas categorías de sujetos. Por lo tanto, para la Corte, también los derechos sociales y *a fortiori* los de prestación positiva legislativamente condicionados, asumen, al igual que el resto de derechos fundamentales, el rango de "derechos inviolables e inalienables de la persona, en cuanto expresiones de valores o principios constitucionales supremos"[20]: justamente en supuestos de tutela de la salud (Sentencias 1011 de 1998, 249 y 184 de 1986 y 88 de 1979), derecho a la vivienda (Sentencias 19 de 1994, 404 y 217 de 1988) y derecho al trabajo (Sentencia 108 de 1994, y 232 de 1989).

En pocas palabras, a partir de una investigación sistemática, de la que sólo extraemos aquí las conclusiones, cabe afirmar que la jurisprudencia de la Corte constitucional pone de manifiesto cómo a los derechos sociales se

[19] Cfr. C. Colapietro, "La giurisprudenza costituzionale …cit.
[20] Cfr. F. Modugno, "I 'nuovi diritti' … cit., p. 66.

les asegura una protección constitucional plenamente equiparable a la de los derechos fundamentales: Por lo tanto, también los derechos sociales en cuanto tales son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intrasmisibles e inviolables (A. Baldassarre). Esto no significa sin embargo que la inmediata operatividad de tales derechos, en cuanto derechos de los sujetos a prestaciones públicas (y también de quienes solicitan "prestaciones positivas para cuya obtención son necesarias leyes y concretos institutos administrativos que las hagan realizables"), no pueda y deba "ser analizada caso por caso, sin confundir lo que es posible en virtud de la sola eficacia normativa de la Constitución con lo que es históricamente posible", una vez que las leyes o reglamentos hayan asegurado una cierta disciplina en la materia[21].

La técnica del equilibrio entre intereses constitucionalmente protegidos (entre los que destaca el propio límite del equilibrio financiero, en el sentido del art. 81 de la Constitución) a la que la Corte tiene que recurrir para asegurar la eficacia de los derechos sociales, no está evidentemente exenta de incertidumbres y equívocos, resintiéndose tal jurisprudencia "de las condiciones político-económicas del momento"[22]. Esta técnica, cómo bien se observa por la doctrina, cuando se aplica a los derechos fundamentales y más en general al derecho constitucional, "corre el riesgo de comprometer el significado de la Constitución: en términos de prevalencia jerárquica del sistema de las fuentes, en términos de decisión o acuerdo fundamental político-institucional, en términos de garantía estable para los individuos o desde cualquier ámbito vinculado a un determinado sistema social que se ha dotado de una ley fundamental escrita"[23].

Las conclusiones que pueden extraerse de esta reconstrucción de las técnicas utilizadas, así como de la evolución seguida por la Corte constitucional en su tarea de asegurar la eficacia de los derechos sociales, nos llevan a puntualizar cómo el uso de una serie de criterios orientadores por parte de los jueces constitucionales convierte, de alguna manera, en mutante e inestable el grado de eficacia que se asegura a tales derechos. De hecho, las técnicas del equilibrio entre intereses igualmente dignos de tutela, llevan al juez constitucional a tener que efectuar una continua comparación entre diversos principios y valores constitucionales, en base al argumento de que el principio de ponderación o equilibro entre fines constitucionales representa el parámetro en base al cual tienen que determinarse los límites y contenidos de los derechos fundamentales, y a través del cual se resuelven los conflictos que puedan surgir entre objetivos constitucionalmente próximos. Una perspectiva, ésta última, que lleva a concebir a la Corte constitucional como legislador negativo, y cuyas ambigüedades preocupan todavía tanto a la doctrina dominante en Italia, y más en general a la doctrina constitucional, cuando se plantea la cuestión de *quis costodiet custodes*.

---

[21] Cfr. A. Pace, *op. cit.,* p. 61 ss.
[22] Cfr. R. Greco, "Diritti sociali … cit, p. 261.
[23] Cfr. R. Ben, *Diritti e argomenti,* Milan, 1993, p. 154.

Puede proponerse una última consideración antes de terminar con este segundo punto y enfrentarnos al análisis de la concreta experiencia italiana sobre el regionalismo y los resultados de los recientes proyectos de reforma (constitucionales y legislativos). A la vista de la evolución registrada por el Estado contemporáneo, debemos preguntarnos si, frente a su complejo contexto de crisis, esta construcción doctrinal y jurisprudencial en materia de tutela de derechos sociales (que hemos propuesto como escenario adecuado para enfrentar la cuestión), aunque razonable y "pacífica"[24], es capaz de asegurar una irreversibilidad del estatuto constitucional de tales derechos; o si más bien, como asume parte del pensamiento político y sociológico, en realidad no habría que pensar en tales derechos más bien como meras "oportunidades" ejercitables en condiciones de compatibilidad con las exigencias del sistema económico y fiscal. Hasta ahora, ante el problema de la "reversibilidad" del Estado social se ha respondido de forma distinta, debido a los diferentes enfoques culturales y científicos del problema.

En una orientación moderadamente optimista por parte de algunos sectores (sobre todo jueces y constitucionalistas) se asigna al Tribunal Constitucional la función de defensa frente a cualquier retroceso del Estado social hacia formas de tipo liberal tradicional, señalándose que "espera la Corte subrayar que no todo puede ser regulado por el mercado, y que es distinto afirmar un derecho social como derecho fundamental de la persona, que afirmar el derecho de cada cual a adquirir en el mercado, según sus posibilidades, cuotas de prestaciones sociales (sanidad, educación, pensiones, etc.)…, ya que este tipo de *welfare* individual, propuesto como conquista de libertad, se transformaría inevitablemente en una especie de "democracia censitaria"[25].

A esta orientación, que en el fondo es optimista sobre las *chances* y futuras perspectivas del Estado social, se le objeta -en una actitud a la que seguramente no le falta realismo ni pesimismo- que "es difícil negar, por lo menos a nivel teórico, que las críticas más serias dirigidas contra el Estado social vienen causadas por su incapacidad para producir igualdad pese al excepcional volumen de recursos que formalmente destina a este fin"[26].

En este sentido se argumenta que ante a la consideración de que "los derechos sociales, tal como han sido concebidos y afirmados en el *welfare state* keynesiano y beveridgeano, tienen que considerarse más bien como *conditional opportunities*"[27], se enfrentaría la necesidad de un encuadramiento teórico más adecuado de los derechos sociales, que llevaría a constatar que sólo "un 'beneficio de ciudadanía' correspondiente a todos los ciudadanos, independientemente de sus condiciones económicas y de su ocupación, podría aproximarse a la figura del derecho social en sentido más

[24] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Turin, 1992, en el que se profundizan los problemas planteados por la 'transformación de la soberanía' en la evolución desde el modelo estatal originario, como "Estado de derecho" al contemporáneo, como 'Estado constitucional'.
[25] Cfr. R. Greco, "Diritti sociali …cit., p. 276 .
[26] CFR. AA. VV. (dir. D. Zolo), *La cittadenanza,* Bari, 1994, p. 29 ss.
[27] *Ibidem,* p. 29.

riguroso, en la medida en que algunos autores señalan los riesgos latentes de tipo asistencial y paternalista de este instituto, mientras otros ponen en duda su eficacia redistributiva"[28].

Ante tan pesimista degradación de los derechos sociales, desde la perspectiva de su naturaleza de meros 'servicios sociales' discrecionalmente ofrecidos por el sistema político-institucional en base a exigencias de integración social, se replica correctamente que, dada la perfección en las técnicas de garantía de los derechos sociales, no puede negarse su reconocimiento explícito como derechos: "más en general, la calificación constitucional de estas expectativas como 'derechos' equivale, junto a la obligación constitucional del legislador de completar las lagunas de garantía mediante intervenciones normativas y políticas de gasto orientadas a su satisfacción, a la estipulación de otras tantas directrices dotadas de una relevancia decisiva para la autoridad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y, sobre todo, de los tribunales supremos"[29].

Es decir, el tema de la efectividad de los derechos vuelve a asignarse -teniendo necesariamente en cuenta la 'ductibilidad' del derecho- a aquellos actores institucionales que, ante la ausencia, el incumplimiento o violación por parte del legislador ordinario (o regional), asumen la responsabilidad de mantener viva la Constitución, y con ella los principios que la conforman, entre los cuales los derechos sociales constituyen precisamente una de las más significativas modalidades de búsqueda de un proyecto constitucional de equiparación entre los sujetos y de tutela de la persona por parte de los poderes públicos.

Sin duda queda abierta la cuestión del carácter universal o no de los derechos sociales, que habrá que retomar desde la óptica de los problemas del constitucionalismo del nuevo siglo, con especial atención al tema de la distribución territorial de las competencias y a las modalidades de violación del principio de igualdad.

3. Estado regional, Estado federal y *welfare state*

Antes de terminar con algunas reflexiones acerca de las relaciones entre regionalismo y derechos sociales, tanto en general como en el caso italiano, conviene situar de entrada tal experiencia en el contexto general de la evolución experimentada por el constitucionalismo contemporáneo a partir de la descentralización político-territorial del poder. Desde esta perspectiva hay que tener en cuenta que el regionalismo y las autonomías políticas territoriales constituyen una respuesta a la profunda necesidad de cambio en los procedimientos institucionales y en la organización de las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos, tanto en lo que respecta a la participación política como, más en general, a la administración pública (y la gestión de los servicios públicos).

---

[28] *Ibidem,* p. 31.

[29] Cfr. L. Ferrajoli, "Dai diritti del cittadeno ai diritti della persona", en AA.VV. (dir. D. Zolo), *La cittadenanza … cit.*, p. 279.

Los análisis (recientes o antiguos) acerca de la heterogeneidad de las actuales crisis del Estado contemporáneo, tanto al nivel institucional como político-social, insisten como es sabido en las dificultades experimentadas por el *central government* ante el desbordamiento de demandas sobre el *'welfare state'*, sobre todo allí donde -como en Italia- se ha registrado un intenso proceso de expansión en las burocracias estatales y paraestatales, que han politizado en gran medida la propia acción administrativa.

La tendencia general a la descentralización política en los modelos más o menos avanzados de regionalización y la formación de ulteriores niveles de gobierno local, ponen así de manifiesto una respuesta institucional orientada hacia la reestructuración de los aparatos administrativos centrales, con una organización administrativa territorial más flexible y una mayor racionalización del sistema administrativo (tanto a nivel central como local). Lo que resulta indispensable, por otra parte, en una etapa donde son más evidentes las interacciones y/o interdependencias económico-políticas de cada Estado-nación con otros sistemas económico-nacionales que han madurado en su desarrollo económico. En ese sentido, parece que el objetivo que se pretende sería atenuar los efectos de una excesiva centralización de funciones y aparatos, así como de la excesiva separación en la distribución de poderes entre los diferentes niveles de gobierno.

Así, puede entenderse que la trascendencia del tema de la descentralización política y la consiguiente relevancia atribuida a los poderes locales, tanto en los sistemas constitucionales como en las relaciones político-institucionales, constituyen una especie de reforma 'desde abajo', que frecuentemente opera para compensar la falta de reformas en el sistema constitucional y administrativo. En la actual fase de 'reforma del Estado' centralizado, la superación de aquellos enfoques exclusivamente jurídico-dogmáticos en torno a las nociones de federalismo-regionalismo-descentralización, permite afirmar que no existe un modelo de descentralización política (o regionalización) ideal o definido, válido para todos los estados.

De hecho, parece que hay que huir nuevamente de la idea mítica -tan trascendente como frecuentemente elevada al rango de verdad absoluta en el debate político y cultural- de una cierta equivalencia entre federalismo y mayor funcionalidad de los poderes públicos, implicando una mayor democratización del sistema político. Como si actualmente la democracia, aparte de las libertades, debiera tambien presuponer necesariamente el federalismo, que se elevaría por esta razón al rango de "opción obligada".

Sin embargo, no estaría de más repasar -en una perspectiva global del tema que nos ocupa- las tendencias del regionalismo y el federalismo contemporáneos, desde el enfoque dominante de las modalidades de distribución territorial de competencias, y de la autonomía política constitucionalmente reconocida para el ejercicio de las mismas. Sin embargo, la investigación histórica y tipológica de los modelos estatales de descentralización política parece poner en duda la posibilidad de usar las

categorías tipológicas habituales en la doctrina comparada, debido a su escasa capacidad hermenéutica ante las variantes nacionales de los modelos de estado analizados (Estado federal, Estado regional, etc.)[30].

Desde la perspectiva del derecho constitucional comparado, hay que insistir en las conexiones existentes entre modelos de descentralización política (federalismo/regionalismo competitivo *versus* federalismo/regionalismo cooperativo) y principios fundamentales establecidos por los estados constitucionales contemporáneos, en particular por el italiano.

El dato que emerge de este análisis va a ser el relativo a la relación entre el fenómeno de la descentralización política, y los problemas constitucionales planteados en torno a la compatibilidad entre el ejercicio de poderes y funciones públicas a diferentes niveles territoriales y los principios constitucionales básicos del Estado contemporáneo, en su plasmación a través del principio de igualdad formal y sustancial (art. 3 Const.) y del principio personalista (art. 2 Const.), entendidos como principios fundamentales de todo el sistema (la República), y al mismo tiempo como límite para el ejercicio de sus poderes, tanto por parte de las autonomías territoriales (art. 5 Const.) como de las formaciones políticas y sociales[31].

El pricipio de igualdad -como se ha señalado recientemente por la experiencia constitucional española[32]-, aparte de ser un derecho fundamental de los ciudadanos, constituye "un principio de articulación del Estado autonómico, sin cuyo respeto no sería posible la existencia del Estado constitucional". Es decir, una vez asumida la importancia de tal principio como constitutivo del Estado democrático, se trata de comprender qué parte de lo esencial de tal derecho es disponible a partir de las exigencias constitucionales establecidas por el principio de autonomía política (así como las respectivas exigencias de diferenciación) y por la titularidad regional -sólidamente estructurada- del poder para dotarse de una orientación político-legislativo propia, siempre dentro del respeto a los principios de unidad nacional y a la normativa básica establecida mediante ley estatal.

En especial, la experiencia española parece evidenciar desde esta perspectiva cómo la asimetría en la distribución territorial de las competencias -tanto en el tiempo como en el espacio-, entre las Comunidades Autónomas (desigualdad material), implica una perspectiva similar desde el punto de vista de la igualdad formal, creando "diferentes posiciones jurídicas entre los ciudadanos ante la ley". Tampoco parecen suficientes para moderar tal perspectiva las orientaciones del Tribunal Constitucional español cuando, por ejemplo, confirma que "el régimen jurídico del sistema tributario es considerado como un sistema, lo que le confiere un dato inevitable de homogeneidad. De ahí deriva la unidad del

[30] Sobre la cuestión cfr., también AA.VV. (dir. S. Gambino), *Stati nazionali e poteri locali,* Rímini, 1998.
[31] Sobre la cuestión cfr. en general G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Turín, 1992.
[32] Cfr. Joaquín García Morillo, "Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: il caso spagnolo", en AA.VV. (dir. S. Gambino), *Stati nazionali e poteri locali,* Rímini, 1998, p. 103.

sistema tributario en todo el sistema nacional como exigencia indispensable de igualdad de todos los españoles" (STC 19/1987).

Así, los principios de autonomía política e igualdad se aparecen necesariamente como opuestos, y tannto más cuando mayor es la asimetría de las competencias entre Comunidades Autónomas, favoreciendo de esta forma un tipo de federalismo competitivo.

Las exigencias planteadas por el derecho constitucional y, más en especial por el carácter fundamental (inviolable e inderogable) de los derechos fundamentales (y entre éstos, de los derechos sociales, de acuerdo con la doctrina constitucional dominante y las orientaciones de la jurisprudencia constitucional), llevan a subrayar desde esta perspectiva que la diversidad (asimetría competencial) en un Estado constitucional se enfrenta al límite de la igualdad, y por lo tanto ninguna diversidad puede justificar la restricción (si no el auténtico sacrificio) de la igualdad "en lo que tiene de substancial".

Lo que significa, en otras palabras, que el derecho a la diferencia, típico del modelo autonómico, en base al cual la posición jurídica de los sujetos puede ser diversa en distintas Comunidades Autónomas, no puede extenderse al ámbito de los derechos y de deberes constitucionales. En tal ámbito "la igualdad tiene que ser absoluta; no puede existir diferencia en la satisfacción de los derechos fundamentales o en el cumplimiento de los deberes constitucionales"[33].

Pero hay otros puntos de vista que merecen igualmente ser tenidos en cuenta para afrontar el binomio derechos sociales/federalismo. Uno de ellos surge de la propia visión de los derechos sociales y de su eficacia, lo que nos lleva directamente a plantear (en Italia, pero más en general, en los 'estados sociales' contemporáneos) si la forma federal del Estado como modelo de organización territorial del poder resulta ser suficientemente estable, eficiente y sólida para su garantía y eficacia[34]; en particular si tenemos en cuenta que, históricamente, la afirmación del *welfare state* ha evidenciado en la centralización estatal una mejor garantía para la estabilidad y la universalización de las prestaciones sociales (sanidad, educación, seguridad social, asistencia).

La respuesta que ofrece la doctrina constitucional se torna en preocupación, e incluso en explícito escepticismo, cuando el problema se refiere a la conveniencia o no del federalismo para proteger el *welfare state*; sin embargo no hay tantas dudas cuando el problema se refiere más directamente a la opción federalista en términos de impulso a la racionalización/modernización administrativa y, más en general, como modalidad o técnica de acercamiento de la función pública a sus destinatarios legales, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad.

---

[33] *Ibidem,* p. 119.

[34] Sobre la cuestión cfr. en especial el análisis de L. M. Diez Picazo, "Diritti sociali e federalismo", en *Politica del diritto*, 1999, 1, y del mismo "Federalismo, regionalismo e welfare state", en *Il Mulino*, 1996, n. 368, p. 1120 ss. Así como "Federalismo, regionalismo e welfare state: profili comparati", en AA.VV., *Regionalismo, Federalismo e welfare state*, Roma, 1997.

Volveremos sobre este punto, aunque sea de pasada, al hacer referencia a las soluciones propuestas en el reciente y fracasado intento de reforma constitucional en Italia.

Podemos concluir esta aproximación general al tema aludiendo a las referencias comparadas ya experimentadas, insistiendo en la importancia de los aspectos constitucionales frente a los administrativos (a menudo caracterizados por fórmulas funcionalistas). Así, el análisis de las relaciones entre forma de Estado (federal y/o regional) y derechos sociales pone de manifiesto, sobre todo, los problemas constitucionales relativos a la igualdad de condiciones de vida de los ciudadanos, que configuran el estatuto de la ciudadanía (según la fórmula de origen anglosajón ya aceptada en la investigación constitucional).

Incluso en modelos constitucionales distintos, cuando afectan a la disciplina de los derechos sociales (cláusulas generales, como en el caso alemán, o las respectivas tutelas recogidas en la constitución, como en los casos italiano y español), las experiencias constitucionales aludidas en este contexto -si bien referidas a formas de Estado tipológicamente diferenciadas (en su naturaleza y grado)- sustraen a los diferentes niveles territoriales (*länder*, comunidades autónomas, regiones, etc.) la sustancia de los derechos fundamentales (en cuanto elementos constitutivos fundamentales del estatuto de la ciudadanía), así como la relativa a la garantía de las "condiciones básicas que garantizan la igualdad" de todos los ciudadanos, oponiendo, de tal forma, límites constitucionales frente a cualquier desigualdad de hecho provocada por la pertenencia territorial.

A tales principios responden las disposiciones constitucionales de la LFB (art.72) cuando confirman la competencia de la Federación siempre que sea necesario"crear" condiciones de vida equivalentes en el territorio federal, así como el art. 149.1.1 de la Constitución española, que reconoce como competencia estatal la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

El sistema constitucional italiano no se preocupa de regular de una forma homogénea esta materia, debido a la naturaleza de su forma de Estado que, a pesar de una constitucionalización del principio autonómico (art. 5 Const.), atribuye a las regiones competencias legislativas y administrativas en materias delimitadas y "dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado, siempre que no vayan contra el interés nacional o con el de otras regiones" (art.117 Const.). Tales principios -en un Estado con una Constitución rígida- no pueden hacer otra cosa que limitar la potestad legislativa (exclusiva o concurrente) en su ejercicio concreto. De ahí que no parezca necesario recoger en la Constitución, mediante otras disposiciones, la inderogabilidad de los principios fundamentales del sistema constitucional, que se sustraen, cómo se ha recordado, al propio poder de reforma constitucional.

El análisis de la jurisprudencia constitucional confirma plenamente tal argumento[35]. La orientación de la corte es clara, y se consolida a lo largo del tiempo. Ya a partir de principios de los años 70 (al pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de una ley de la Región de Sicilia), había tenido la ocasión de declarar que "el principio de igualdad ratificado por el art. 3 Const. permite al legislador ordinario dictar normas diferenciadas para regular situaciones consideradas objetiva y racionalmente diversas"[36]. Tal jurisprudencia se amplía para afirmar la proyección del principio de igualdad también a asociaciones, grupos y personas jurídicas. En esta dirección, con la sentencia n. 87 de 1992, se amplía la referencia del principio de igualdad también en relación con la normativa estatal que afecta a las regiones, considerando así censurables las leyes que, sin base constitucional, introduzcan diferencias entre las regiones[37].

Obviamente la igualdad puede convivir con formas de organización estatal que prevean asimetrías y diferencias en las formas de distribución territorial de sus competencias, siempre que permanezcan intactos los principios constitucionales y las disposiciones constitucionales en materia de derechos. Este es precisamente el caso de la previsión constitucional en Italia de regiones de estatuto especial, que cómo se recuerda, se aprueban mediante ley constitucional, junto con las regiones de estatuto ordinario. Ello plantea tambien en Italia el tema fundamental de la prohibición de cualquier discriminación entre sujetos nacida de su pertenencia territorial, que se compensa, como se recordará, con la disposición constitucional de tutela de las minorías lingüísticas (art. 6 Const.).

Una reciente sentencia de la corte constitucional[38] puede clarificar mejor este análisis sobre las cuestiones relativas a las relaciones entre ámbitos de competencias materiales atribuidas a las regiones (en el caso de supuestos referidos a la competencia, tanto exclusiva como concurrente, en materia económica, de las provincias autónomas conforme a lo previsto en el Estatuto especial para el Trentino-Alto Adigio) y a la intervención pública en el ámbito económico destinada a asegurar (en concreto a través de "actos positivos" dirigidos a favorecer la empresa femenina) la efectividad de un

---

[35] Sentencias de la corte números 11 de 1969; 2 de 1072; 243 de 1974; 243 de 1985; 192 de 1987; 31 de 1983; 219 de 1984; 114 de 1985; 165 de 1986; 210 y 433 de 1987; 532, 633, 1000 y 1133 de 1988; 234, 447, 623, 829, 924 y 1066 de 1988; 372 de 1989; 49 de 1991; 75 de 1992; 3 de 1991. En la doctrina, cfr. S. Bartole "En tema di rapporti fra legislazione regionale e principio di eguaglianza", en *Giurisprudenza costituzionale,* 1967, p. 670; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* Milano 1976, p. 67; F. Sorrenteno, "Considerazioni su riserva di legge, pricipio di eguaglianza ed autonomia regionale nella giurisprudenzia costituzionale", en AA.VV. (dir. M. Occhiocupo), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale,* Bolonia, 1978, p. 471; A. D'Atena, "Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordenamento", en *Giurisprudenza costituzionale,* 1978, I, p. 1255.

[36] Cfr. sentencia de la corte n. 57 de 1967, sobre la cual cfr. también la Nota bajo la dirección de S. Bartole "En tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza", en *Giur. Cost.,* 1967, p. 669.

[37] En la doctrina cfr. al menos L. Paladin, "Un caso estremo di applicazione del principio di eguaglianza", en *Giur cost.,* 1965, p. 620 y A. Reposo, "Eguaglianza costituzionale e persone giuridiche", en *Riv. Trim. di dir. pub.,* 1973, p. 360.

[38] Cfr. sent. 109 de 1993, en *Giur cost.,* 1993, p. 873 ss., con notas de A. Anzon, "L'additiva 'di principio' nei giudizi en via principal" y de M. Aenis, "L'eccezione e la sua regola".

principio constitucional, el establecido por el art. 3 Const., que se refiere precisamente a la superación de la discriminación sexual.

La sentencia nos parece importante y especialmente esclarecedora en relación con el presente estudio, en lo que se refiere al papel del Estado y de las regiones en el tema de la efectividad de los derechos. Para la corte no debe existir ninguna duda acerca de la conformidad con la Constitución de la ley estatal (ley n. 215 de 1992, de regulación de los "Iniciativas para la empresa femenina"), ya que tal ley contiene una inconstitucionalidad sólo parcial "al no prever un mecanismo de cooperación entre Estado, Región y Provincia Autónoma en relación con el ejercicio del poder del Ministro de Industria, Comercio y Artesanado, en lo que atañe a la concesión de ayudas a las empresas dirigidas por mujeres", cuando estas últimas actúen en un ámbito material competencia de las regiones y de las provincias autónomas. Una sentencia, cómo se ve, de inconstitucional parcial de la ley, en la cual, sin embargo, el Tribunal ha actuado reforzando en su fundamentación el problema central de la función básica estatal de tutela de los sujetos débiles, en este caso concreto en la regulación de 'iniciativas' orientadas a superar el riesgo de que diferencias de carácter natural o biológico se transformen arbitrariamente en discriminaciones sociales.

De este modo la adopción de un trato a favorable a las mujeres (empresarias) se justifica por la corte constitucional sobre la base de la justicia de la opción legislativa en favor de ciertos sujetos, las mujeres, que en el pasado han sido discriminadas social y culturalmente, y que todavía hoy corren el riesgo de sufrir análogas discriminaciones. Como dice la corte (sentencia 109 de 1993), se trata más exactamente "de intervenciones de carácter positivo dirigidas a colmar o, de alguna forma, atenuar la evidente desventaja de las mujeres, que por las discriminaciones acumuladas a lo largo de la historia y por la preponderancia de determinados comportamientos sociales y modelos culturales, ha favorecido a las personas de sexo masculino en la conquista de los puestos de empresario o de dirigente empresarial".

El problema que tratamos es explícitamente afrontado y resuelto por la corte cuando, en la sentencia aludida, señala que el ejercicio del poder estatal de concesión de ayudas a empresas dirigidas por mujeres se justifica en la *"necesidad de asegurar condiciones de uniformidad en todo el territorio nacional"*[39] implicando la puesta en práctica de un valor constitucional fundamental, como la realización de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el campo empresarial.

Así, tratándose de medidas ("iniciativas") dirigidas a superar condiciones de desigualdad entre sujetos (discriminaciones sexuales), éstas "implican la adopción de disposiciones jurídicas diferenciadas a favor de categorías sociales en desventaja, aunque se derogue parcialmente el principio general de paridad formal de tratamiento, establecido en el art. 3 Const.". Tales diferencias exigen que *"su puesta en práctica no pueda sufrir*

[39] La cursiva es nuestra.

cambios o derogaciones según las diversas áreas geográficas y políticas del país"[40] . De hecho, si se hubiera puesto en peligro la aplicación uniforme en todo el territorio nacional, sería evidente el riesgo de que tales 'iniciativas' se transformasen en factores añadidos de disparidad de tratamiento, injustificables por el imperativo constitucional de reequilibrar situaciones de desventaja social vinculadas a la condición personal de mujer (sent. 109 de 1993).

La orientación jurisprudencial aludida en relación con las llamadas iniciativas en relación con el principio de igualdad y de autonomía, confirma una jurisprudencia constante en que la corte excluye o limita competencias regionales (tanto ordinarias como especiales) cada vez que éstas afecten a intereses o derechos fundamentales (Sentencia 40 de 1993)[41].

La técnica jurisdiccional adoptada es la de la sentencia llamada aditiva "de principio" en los procedimientos directos. Según tal orientación jurisprudencial, la aplicación de valores constitucionales primarios, como en este caso el denominado "paridad social ", corresponde al Estado, si bien su concreto ejercicio -sobre todo en regiones especiales-, al interferir en el desarrollo de competencias regionales, debe ir acompañado de instrumentos de colaboración adecuados entre autoridades estatales y regionales.

Esto confirma lo visto anteriormente, cuando se plantea el problema de quién es, en el 'Estado regional', el que garantiza la efectividad de los derechos sociales. También se plantearían problemas constitucionales similares en un modelo de Estado federal o de Estado regionalista fuerte, cómo el actualmente previsto en el texto de reforma del Titulo V de la Constitución.

Es decir, una vez más, la corte es la encargada de hacer valer, ante la dialéctica de las competencias, la efectividad de valores y beneficios constitucionalmente amparados, limitando la autonomía política de las regiones (ordinarias y especiales) cada vez que el legislador nacional, en el ejercicio de su poder y de su responsabilidad, aplica formas de tutela dirigidas a asegurar la igualdad y la paridad social de los sujetos en todo el territorio.

Se podría discutir sobre la idoneidad del instrumento utilizado (sentencia aditiva de principio), pues en este caso concreto, como puede observarse, "quedaría privado de eficacia inmediata y dirigido exclusivamente al legislador"[42]; pero lo que más nos interesa destacar ahora es que tal orientación jurisprudencial resuelve de forma clara y definitiva -en la misma perspectiva *de iure condendo*- el problema de la titularidad de las competencias estatales en un Estado social que es un todo con el Estado democrático, y donde como hemos podido comprobar, las formas de

[40] La cursiva es nuestra.
[41] Cfr. sentencia de lac orte n. 40 de 1993 sobre la relación entre acciones positivas y principio de igualdad. Sobre el tema en general cfr. también G. Grottanelli de' Santi, "Perequazione, eguaglianza e principi dell'ordenamento", en *Giur. Cost.*, 1978, p. 710.
[42] Cfr. A. Anzon, "L'additiva … cit., p. 891.

distribución territorial del poder tienen el límite obligado del respeto a los principios y la garantía de los derechos fundamentales.

Estas cuestiones han empezado a considerarse en la reforma constitucional italiana. En la fase actual ha fracasado el intento de reforma de la Constitución, quedando pendiente un importante proceso de reformas legislativas dirigidas a racionalizar/democratizar la acción administrativa (ley 241/90), a simplificar los procedimientos, revisar el sistema de controles (ley 127/97), reformar la regulación del empleo público (decreto legislativo 29/1993 y sucesivas modificaciones e integraciones) y devolver -mediante concesión en lugar de simple delegación- poderes administrativos desde el centro (Estado) a la periferia (regiones-autonomías locales) según criterios de homogeneidad, integridad, subsidiariedad y adecuación.

Que a esta perspectiva de concreta potenciación de las competencias y roles del sistema regional y de las autonomías locales, no siempre corresponda una “leal colaboración” entre Estado y regiones constituye un dato de evidencia empírica si se piensa, por ejemplo, en las nueve regiones que aún no han adoptado los actos normativos de su competencia para aplicar la Ley 59/97, y en especial el decreto legislativo 112/98 (normas amparadas por los previstos poderes sustitutivos).

Sigue siendo una incógnita qué desarrollo administrativo concreto y qué correspondiente gobierno territorial pueden tener formas más o menos excéntricas de *vindicatio potestatis* -llegando hasta la petición de fórmulas de negociación legislativa con el Estado, como a propósito de las recientes propuestas de las regiones del Veneto y de la Lombardía- sin plantearse la insuficiencia históricamente demostrada de las estructuras territoriales y locales, a la cual, por el momento, parece difícil dar una respuesta racional y, sobre todo, respetando los límites constitucionales.

Ante este escenario, hay que constatar que en el debate italiano predomina en cambio, más que la resolución de los auténticos problemas suscitados por la potenciación de los gobiernos locales, el mítico problema de un etno-nacionalismo de *enclaves* o de micro-territorios que poco puede ofrecer a los problemas planteados por una globalización, siempre más abierta, en los procesos de producción e intercambio económico.

Pero más allá de todo esto, parece que tales perspectivas no tienen mucho que ver con el ámbito de los problemas constitucionales planteados en torno a un posible cambio en materia de derechos fundamentales, salvo que se constate, sin pretender elucubrar, que la Constitución, aparte de la mera ordenación de actos formales, ya está muerta. Aunque esta última perspectiva, como es obviamente inaceptable, requeriría otras reflexiones de carácter político y constitucional.

EL DERECHO REGULATIVO

Antonio J. Porras Nadales

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

1. Introducción

Bajo el concepto general de regulación o derecho regulativo se viene aludiendo habitualmente a un tipo de normativa vinculada a la ordenación del mercado y de su sistema de competencia, afectando generalmente a grandes sectores económicos cuyo desarrollo o presencia significativa en el mercado suele ser a veces relativamente reciente: ya sean -lo que sucede con frecuencia- sectores recientemente privatizados; o bien nuevos sectores emergentes de la economía, caracterizados por una espontánea desregulación de partida, como sucede en el ámbito de las telecomunicaciones o de las nuevas tecnologías ([43]). Se trataría pues de una esfera jurídica orientada predominantemente en un sentido de configuración activa de las condiciones generales del mercado; aunque en la práctica, debido a la propia evolución de los sectores "regulados", se suelen generar a veces considerables solapamientos, tanto con la lógica de la estricta regulación de servicios, como con el más difuso fenómeno de la desregulación, o incluso tambien con la tendencia a la formación de procesos "autoregulativos" más o menos espontáneos.

Una segunda línea de progresión de este concepto se refiere más específicamente a la regulación de condiciones de producción de mercancías, productos o servicios, siguiendo una técnica de normación mediante standards, especialmente intensa en el contexto del derecho europeo ([44]). Aunque tambien puede tratarse de un tipo de normativa que, en numerosas ocasiones, aparece relativamente alejada de cauces jurídico-formales y dotada de una fuerte proyección autoregulativa: así podría afirmarse desde esta perspectiva que la gran "revolución silenciosa" del universo jurídico contemporáneo sería la progresiva generalización de las normas ISO, o sistemas similares de homologación, a través de las cuales se produce la regularización y normalización de sistemas de producción de bienes y servicios, tanto en el sector privado como en el público. La creciente imbricación que, en este ámbito, generan algunos elementos de innovación sustantiva procedentes del derecho medioambiental, de los intereses de los consumidores y del propio concepto de seguridad u organización industrial, han venido a reforzar progresivamente la

[43] Cfr. Miguel Angel Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, 1999, Ariel.

[44] Cfr. G. Majone, A. La Spina, "Lo Stato regulatore", *Rivista Italiana di Scienza dell'Amministrazione*, Num. 3, 1991. G. Majone "The European Community between Social Policy and Social Regulation", *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, 2, 1993. G. Majone "La crescita dei poteri regolativi nella Comunità Europea", *Rivista Italiana di Scienza Política*, 1995, Num. 3.

significación de este derecho regulativo, entendido como una instancia expansiva que, a partir de la configuración de los procesos técnicos de producción y de las características de los productos y servicios, ha pasado a regular ámbitos sectoriales completos.

Sólo más recientemente esta revolución silenciosa, que tiene otros numerosos campos de manifestación, ha comenzado a llamar la atención de la doctrina y más particularmente del derecho público: aunque hasta ahora, presentando un notable solapamiento con el debate ideológico en torno al fenómeno general del neoliberalismo, la globalización y el impulso hacia la desregulación de los mercados mundiales: entendido todo ello como expresión de la compleja fenomenología de la crisis del tradicional modelo centralizado del Estado social intervencionista.

Algunas de las manifestaciones recientes del proceso de transformación histórica del Estado social intervencionista han derivado, en efecto, hacia la configuración de instancias o agencias reguladoras independientes, cuyo desarrollo puede interpretarse como un evidente fenómeno de "desestatalización" del propio Estado ([45]). Sin embargo, frente a la consolidada trayectoria que presentan las instancias reguladoras en la tradición anglosajona, y especialmente norteamericana, en cambio, en algunos paises de Europa continental parece que la inercia del Estado de partidos viene manteniendo una difícil coexistencia con las teóricas pretensiones "despolitizadoras" que implica la lógica de las agencias reguladoras independientes ([46]). De tal forma que el panorama final acaba suscitando, incluso a través de los medios de opinión pública, una oscura nube de sospechas, frustraciones y demandas en torno a algunas experiencias concretas de regulación y sus resultados, así como numerosas dudas sobre su grado real de eficacia: unas dudas que, inevitablemente, se proyectan sobre la esfera pública, afectando a la propia legitimación de las instituciones gubernamentales.

Parece, en resumen, que el fenómeno general de la regulación ha acabado por incluirse de una forma plena en la agenda de la realidad jurídico-política y de la propia opinión pública contemporánea, operando en la práctica con un amplio y difuso efecto transformador sobre las pautas habituales de la acción pública, o al menos, sobre la tradicional inercia expansiva del Estado intervencionista.

La coincidencia de este amplio y difuso avance del fenómeno de la regulación con otra serie de fenómenos transformadores emergentes o conexos, parece sugerir que nos enfrentamos a una nueva y original "oleada" histórica, cuyo encuadramiento inicial sólo podría enfocarse congruentemente desde una perspectiva metodológica que se sitúe en torno

[45] Antonio J. Porras Nadales, *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, 1988, PPU.
[46] Koldo Echevarría, "La gestión pública a través de agencias: experiencias europeas", en F. Longo, M. Zafra (coord.), *Pensar lo público*, Granada, 2000, UIM-ESADE.

a las claves del llamado evolucionismo jurídico ([47]). Es decir, estaríamos ante la aparición de una nueva estrategia instrumental, bastante inexplorada por ahora, en los mecanismos de actuación propios del Estado de Derecho, dentro de un entorno de tipo postsocial o de carácter postintervencionista.

En este sentido, y desde una perspectiva histórica de mayor amplitud, cabría recordar que, desde la aparición de la noción de Estado social de Derecho, el propio estudio del Estado viene presentando una especie de "cara oculta", relativamente olvidada en la doctrina, que más allá del análisis del sistema institucional y de su marco programático-finalista, se situaría en torno a los instrumentos jurídicos a través de los cuales se opera en la práctica la presencia efectiva del Estado en la sociedad. O dicho en otras palabras, la preocupación por los fines propios del Estado social, no habría suscitado paralelamente una preocupación similar en la doctrina por el estudio de los medios o instrumentos necesarios para alcanzarlos: dando por supuesto que el marco jurídico-institucional formal preexistente bastaría por sí mismo para cumplir con esa compleja tarea.

Aunque el fenómeno puede considerarse detectado inicialmente al nivel doctrinal por Forsthoff ([48]), el tensionamiento del Estado de Derecho a partir de las transformaciones que trajo consigo la nueva dinámica intervencionista del siglo XX resultó en realidad puesto dramáticamente de manifiesto, por primera vez en términos históricos, con el enfrentamiento entre el Tribunal Supremo americano y el New Deal del Presidente Roosevelt. Se trataba, en efecto, de la primera gran oleada transformadora en el sistema jurídico tradicional propio del Estado liberal de derecho, que traía como causa la aparición del nuevo fenómeno del intervencionismo público ([49]), y que venía a confirmar la constatación de que el aparente orden "natural" del sistema jurídico liberal no era en realidad una suerte de instancia suprahistórica, destinada a perpetuarse a sí misma por encima de la propia evolución y de las transformaciones en las esferas de la sociedad y del estado, sino un modelo histórico concreto, sometido a las inexorables transformaciones de la propia realidad.

Desde esta perspectiva, cabría pues proponer que el tipo de instrumental jurídico a través del cual viene operando en la práctica el moderno Estado de Derecho a lo largo de sus diversas etapas, constituiría una auténtica pauta argumental especialmente decisiva para explicar la propia configuración efectiva del mismo: o sea, que las claves de evolución

---

[47] Sobre el tema cfr. fundamentalmente la obra de Gunther Teubner, en particular a partir de su decisivo artículo: "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, Num. 17, 2, 1983, pps. 239-285. Posteriormente cfr. G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986, Walter de Gruyter, y *Juridification of Social Spheres*, Berlin, 1987, Walter de Gruyter. Tambien N. Luhmann, *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Madrid, 1993, Alianza. Una perspectiva general en A. Porras Nadales "Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 87, 1995. En cuanto a los precedentes norteamericanos cfr. fundamentalmente Ph. Nonet y Ph. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Nueva York, 1978, Harper & Row (reed. 2001, New Brunswick, N.J. Transaction Pub.).

[48] E. Forsthoff, *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, 1975, Instituto Estudios Políticos.

[49] Theodore Lowi, *The End of Liberalism*, Nueva York, 1979, Norton.

del sistema jurídico serían en realidad una de los argumentos fundamentales para comprender la evolución del propio Estado. Y en este sentido, podría plantearse la hipótesis de que algunos de los factores explicativos del desigual y a veces deficiente desarrollo del Estado social intervencionista, así como de su posterior crisis y evolución transformadora, puedan radicar más en concretas deficiencias de instrumentación o de implementación de su propio sistema jurídico ([50]), que en un estricto déficit institucional o de programación política. Y en consecuencia, que la emergencia del fenómeno de la regulación (especialmente en su proyección a través del derecho europeo) estaría manifestando una nueva y original pauta de transformación del instrumental jurídico, dentro de un contexto intervencionista evolucionado; reflejando así un conjunto de nuevos criterios operativos o instrumentales de acción que deben exigir, para su adecuada y eficaz orquestación, un paralelo esfuerzo de adaptación o de transformación estratégica en las propias esferas político-institucionales.

De entrada, parece claro que la eclosión del fenómeno de la regulación, fundamentalmente desde su desarrollo en el entorno del derecho europeo, constituye un primer intento de dar respuesta a uno de los principales desafíos del orden político contemporáneo: el desbordamiento de las fronteras territoriales estatales y la adecuación progresiva al fenómeno de la globalización. Pero es evidente que, tras este sesgo de dimensión estrictamente espacial o territorial, se esconden igualmente numerosos argumentos de transformación material o sustantiva que, tanto en la esfera interna de los distintos Estados-miembros, como en la escala del nuevo "interés general" que se está definiendo en el espacio europeo, estarían operando en un claro sentido de innovación, afectando así a la posición y al papel de las esferas públicas ante el nuevo contexto histórico. Es decir, que no estaríamos ya ante un conjunto de mecanismos orientados a la mera regulación del mercado (común europeo), sino ante nuevas pautas históricas de configuración jurídica del orden social y en consecuencia del papel activo que las esferas públicas deben asumir ante el mismo. Lo que permitiría abrir en consecuencia un foco de atención en torno al nuevo tipo de filosofía estratégica que implica la emergencia de este fenómeno regulativo.

2. La configuración histórica del derecho intervencionista en Europa y su dialéctica de fronteras

Ahora bien, si el conflicto del Tribunal Supremo americano con el presidente Roosevelt vino a marcar con claridad una solución de continuidad, a modo de fractura histórica, en la evolución del sistema jurídico norteamericano, en cambio, la proyección del mismo fenómeno en el viejo

[50] Es la tesis que, desde perspectivas parecidas a la que aquí desarrollamos, presentó en 1986 Helmut Willke en su "Three Types of Legal Structure: the Conditional, the Purposive and the Relational Program", en G. Teubner (ed.), *Dilemas of Law in the Welfare State*, cit.

continente parece discurrir -al menos durante el decisivo periodo de entreguerras- en términos bien diferentes: más acuciados por los procesos de conflictividad e inestabilidad política, y sin una proyección transformadora paralela e inmediata sobre el sistema jurídico ([51]). Cabría sugerir incluso que, antes al contrario, para la proyección formalista del positivismo jurídico europeo, la propia estabilidad del sistema jurídico se configuraba como un auténtico instrumento de choque o de equilibrio, encargado de defender al sistema frente al grave impacto de inestabilidad que venía experimentando la realidad política de los estados europeos, amenazados al mismo tiempo por el doble enemigo exterior del fascismo y del comunismo. Es decir, estaríamos ante una expresión de la poderosa lógica de la "racionalidad legal-burocrática" de tipo weberiano, entendida como un instrumento de aseguramiento del sistema ante a las amenazas políticas "externas": frente a la inestabilidad de la política, la racionalidad intrínseca y estable del sistema jurídico-burocrático.

Estas circunstancias son las que explican probablemente la tardía y lenta recepción que ha tenido en Europa la noción del derecho intervencionista a partir de finales de los años sesenta ([52]), así como su reiterada ubicación en una suerte de segundo plano desde el punto de vista conceptual o doctrinal, frente a la prioridad del enfoque institucional y su preocupación formalista por el estudio del sistema de fuentes. Ese retraso histórico es el que seguramente justifica que, desde una perspectiva doctrinal, nuestra percepción del derecho intervencionista entendido como el tipo de instrumental jurídico propio del Estado de Bienestar Keynesiano, no se haya perfilado con suficiente claridad hasta prácticamente el momento en que comenzaba a sobrevenir la larga crisis transformadora del propio Estado de Bienestar ([53]). Aunque es posible que este retraso se explique también, parcialmente, por el relativo enmascaramiento que la afrancesada tradición del derecho administrativo ha venido imponiendo sobre las instancias jurídicas sublegales del derecho público europeo.

En todo caso, hoy estamos seguramente en mejores condiciones de entender que la noción de derecho intervencionista fue sin duda un instrumento esencial en la propia configuración finalista-instrumental del Estado de Bienestar Keynesiano; pero también podemos detectar mejor

---

[51] En todo caso, tal conflictividad se proyectaría más bien en torno a la configuración de los mecanismos de delegación normativa hacia el ejecutivo, con la aparición de la figura de los Decretos-Leyes o la legislación delegada: es decir, con una proyección fundamentalmente institucional. Cfr. Constantino Mortati, *Lezzioni sulle forme di governo*. Cedam, Padua, 1973.

[52] Resulta paradójico, en efecto, que la noción de "ley intervencionista" (*massnahmegesetze*, *leggi-provvedimento*) no entre en escena, en la doctrina europea, hasta bien avanzada la década de los sesenta, e incluso que desde entonces reciba un tratamiento más bien secundario o marginal, a modo de fenómeno "perverso", que en cierta medida altera las grandes bases de estabilidad y autoracionalidad de los ordenamientos jurídicos estatales. Sobre el tema cfr. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milan, 1968, Giuffrè.

[53] Antonio J. Porras Nadales, "El Derecho intervencionista del Estado", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 63, 1989. Xavier Arbós, "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, 1991, Num. 71.

cuáles hayan podido ser sus principales insuficiencias en términos históricos. En este sentido, partiremos de la hipótesis de que el derecho público intervencionista que se desarrolla en el marco del Estado social europeo desde la segunda mitad del siglo XX, adolecía de una grave insuficiencia que, aunque sugerida sutilmente al nivel teórico, fue en realidad olvidada con su desarrollo práctico: a saber, el hecho de que operaba desde una especie de espejismo o de ficción histórica originaria, que se situaría en torno a una determinada concepción del sector público al que se atribuye una capacidad de configuración global del conjunto del sistema. Se proyectaba aquí el reflejo de una filosofía deudora tanto de los esquemas keynesianos como, acaso menos perceptiblemente, del propio modelo de la planificación soviética, que alcanza su apogeo en los años sesenta. Desde esta especie ficción, que se concreta en una suerte de "apoteosis creativa" del propio sector público, cabría afirmar que la noción de derecho intervencionista respondería a la presunción implícita de un Estado capaz de "crear" la propia realidad social, a partir de un conjunto de decisiones políticas y de instrumentos jurídicos a los que se reconoce globalmente una potencialidad transformadora del orden social en su conjunto.

Es posible que sea precisamente este espejismo, la hipostatización de lo público entendido como un auténtico universo mágico de carácter absoluto y sin fronteras, donde se suponía que iba a realizarse el proyecto programático-finalista del Estado de bienestar, el que ha resultado ser el principal "talón de Aquiles" del derecho intervencionista, y en consecuencia del propio modelo de Estado social intervencionista. O al menos, el argumento que explica la reiterada percepción deficiente de las fronteras que separan la esfera de la acción pública de la esfera autónoma de la sociedad y del universo privado; unas fronteras que, al final, iban a contribuir inevitablemente a socavar algunas de las claves de su eficacia a largo plazo ([54]).

Y es que la configuración del derecho intervencionista del Estado como un derecho "autónomo" ([55]), de dimensión predominantemente orgánica ([56]), capaz de explicar desde una lógica piramidal y mecanicista el

[54] Cfr. una perspectiva de balance crítico sobre las limitaciones reales de la "capacidad de dirección política" (*Steuerungsfähigkeit*) en Renate Mayntz "La teoria de la governance: sfide e prospettive", *Rivista Italiana di Scienza Política*, Num. 1, 1999.

[55] El "*autonomous law*" es considerado desde el enfoque del evolucionismo jurídico como el segundo gran estrato evolutivo del derecho occidental, que se correspondería en Europa con la gran corriente doctrinal formalizadora que conduce al positivismo jurídico, entre finales del siglo XIX y primeras décadas del XX: es decir, de la *Escuela Alemana del Derecho Público*, a la obra de Kelsen. Se trata de una concepción que cree ver en la autoracionalidad autónoma y separada del ordenamiento jurídico la auténtica clave de su maduración en términos históricos: la esfera jurídica debe pues tratar de eludir el riesgo de "contaminarse" de la compleja realidad social o política, para operar desde una óptica de autoracionalidad, perfectamente "ciega" en cuanto a sus consecuencias. El mundo del derecho entendido como un gran sistema ordenado, a modo de automatismo "precibernético", cuya autonomía y separación del entorno debe convertirlo en la auténtica clave de estabilidad y racionalidad de las sociedades desarrolladas. Cfr. Gunther Teubner, *op. cit*. Nonet-Selznick, *op. cit*.

[56] Es decir, orientado a la configuración de esferas institucionales que asumen el cumplimiento de los objetivos programáticos propios del *welfare state*, conforme a la tendencia del *institutional design*

proceso global de la acción pública, entendida como un eje de impacto generalizado desde el Estado sobre el conjunto de la realidad social, ha generado probablemente una percepción defectuosa de los elementos de tensión subyacentes: aquellos que habitualmente se expresan en la dualidad entre lo público y lo privado, o más bien en la compleja dialéctica de interacción entre sociedad y estado.

En su proyección instrumental más simplificada, esa dialéctica de fronteras se sitúa normalizadamente en torno a un doble circuito jurídico: por una parte la legislación sobre expropiación, entendida como el elemento terminal de la acción del Estado sobre la esfera privada; y por otra la legislación sobre contratación pública, entendida como el instrumento ordinario de conexión de la administración con su entorno exterior. Sin embargo, más allá de esta proyección hacia fuera, sería fundamentalmente la tradicional dimensión "autoregulativa", o de naturaleza materialmente reglamentaria, el núcleo argumental desde el cual se expresa la lógica de la racionalidad finalista-instrumental propia del Estado intervencionista. O sea, la presunción de que, mediante la regulación de los propios instrumentos de acción del Estado, "debe" darse por supuesto que éste alcanzará, en algún momento, los fines propios del horizonte programático del bienestar social definidos normativamente. Estaríamos así ante un derecho instrumental predominantemente deslegalizado, que opera desde el eje de autoracionalidad que impone el propio sector público, pero relativamente ajeno tanto a las claves que determinan el grado de eficiencia gestora de las propias organizaciones públicas como, sobre todo, al tipo de impacto final que su actuación provoca sobre la propia sociedad civil, es decir, en el nivel de los resultados de la acción pública sobre el tejido social; unas dimensiones que en principio resultaban ser absolutamente ajenas a las claves de autoracionalidad sustantiva y autónoma de la originaria perspectiva weberiana. Y en consecuencia, sería la mera lógica del derecho "autónomo", es decir, la propia autoracionalidad de los instrumentos jurídicos y de la propia dogmática jurídica ([57]), el único horizonte de referencia en orden a asegurar las claves del "éxito" de este derecho instrumental.

Esta secuencia argumental implicaba adicionalmente un soporte metodológico reduccionista de carácter bipolar, donde el eje política-derecho se entendía como un auténtico deus ex machina capaz de explicar tanto la actuación intervencionista y prestadora de las esferas públicas como el impacto final sobre la esfera de la sociedad civil. Pero en cualquier caso, ninguna de estas dos esferas (la de la gestión pública, o la propia sociedad organizada) adquirían ningún tipo de autonomía activa en cuanto

---

detectada por Ph. Nonet y Ph. Selznick, en su: *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, cit.

[57] Pues se trata de un conjunto de instrumentos que vienen determinados en la práctica, a la hora de enfrentarse a la realidad, a través de una dogmática perfectamente autoreferencial, según recuerda N. Luhmann, en su *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, CEC.

instrumentos motores, o, al menos, en cuanto ámbitos problemáticos conexos con la propia lógica del intervencionismo. En otras palabras, la lógica instrumental del derecho intervensionista, proyectada desde el espejismo de un sector público dotado de capacidad para configurar el conjunto del sistema, adolecería de un carácter romo, o escasamente incisivo, sobre unas áreas que, en la práctica, resultaban esenciales para asegurar su éxito. Y la propia inercia formalista del derecho autónomo, que se proyecta en Europa a lo largo del tiempo siguiendo la larga estela del positivismo, contribuye a eludir estos aspectos problemáticos considerados "ajenos" a la autoreferencialidad del ordenamiento. De este modo, carente de mecanismos de engarce tanto con la arena de la gestión pública como con las esferas autónomas del tejido social organizado, la propia instrumentalidad del derecho intervencionista acababa embarrancando en su propia y defectuosa percepción del universo de lo público, entendido como una especie de esfera mágica capaz de llevar a cabo, desde la lógica vertical de la autoorganización del estado, los horizontes finalistas propios del Estado de Bienestar.

Por eso, para Gunther Teubner, la principal innovación que trae consigo la superación de esta etapa histórica, será la aparición de ese nuevo "trilema", donde política y derecho deben ahora complementar su posición en el sistema a partir del papel activo que debe asumir la propia sociedad, entendida como el tercer y esencial elemento de la nueva realidad sociojurídica.

3. Desbordamiento de fronteras y tierra de nadie.

La evolución a lo largo del tiempo de este inicial modelo refleja sin embargo una tendencia de autocrecimiento que conduce hacia un desequilibrio o desbordamiento de las fronteras, que se situaría en torno a dos polos de tensión. Por una parte la tendencia (llamémosle endógena) hacia el autocrecimiento del propio derecho público intervencionista, vinculada tanto a la continuidad de las exigencias de asistencia y bienestar social como, sobre todo, al renovado discurso en torno a la esfera de la gestión pública y el llamado enfoque de políticas públicas (policy analysis), desde el cual se canalizan las pautas del nuevo intervencionismo. Ambas esferas (asistencia y bienestar social, y gestión de políticas públicas) podrían ser consideradas como circuitos de proyección creciente desde la esfera de lo público hacia el conjunto de la sociedad, reflejando así la sorda y reiterada dimensión expansiva del welfare state a lo largo del tiempo y de la historia.

Pero por otra parte, aparecería la tendencia que podemos calificar como exógena, tradicionalmente vinculada al tópico discurso neoliberal, aunque también a la aparición de nuevas esferas sociojurídicas donde opera la lógica de la desregulación y/o la autoregulación, entendidas como paradigmas de la ancestral dinámica del autoajuste espontáneo, propia del mercado y de la sociedad civil; es decir, una arena donde se produce una

proyección horizontal e interactiva entre esferas de intereses diferenciados, aunque condenados a coexistir (o a competir) en el mismo ámbito sociojurídico.

En principio y en teoría parecería perfectamente lógico, y sin duda muy legítimo, tratar de perseguir el hallazgo de una especie de perspectiva teórica de síntesis, donde ambas corrientes consiguieran encontrarse: en cierta medida, la noción teórica del llamado "derecho reflexivo" de Teubner sería un primer tipo de respuesta en este sentido. Pero la formulación de un concepto de nuevo derecho de dimensión social o socioinstitucional (y en su caso de proyección regulativa) dotado de una teórica racionalidad horizontal o reflexiva, entendido a modo de paradigma de síntesis, debería en primer lugar bajar de horizontes teórico-especulativos para enfrentarse a las complejidades de la nueva realidad.

Y es que, frente a la legítima perspectiva de una "síntesis" salvadora, subyace por ahora la más prosaica realidad de una inercial dialéctica de fronteras: es decir, las fronteras entre lo público y lo privado (o entre derecho público y derecho privado) entendidas como trincheras destinadas a encarar una suerte de enfrentamiento inexorable y sin final. En su proyección más nuclear, tal dialéctica se expresaría en una dualidad de posiciones, que se concretan en la lógica de la autonomía de la voluntad frente a la lógica de la sujección al imperio de la ley, entendida ahora como mandato político de la mayoría: universos en apariencia enfrentados o disociados; o, como máximo, líneas paralelas que no se encuentran hasta el infinito. Una dialéctica de fronteras tras la que se escondería la auténtica clave del reiterado fracaso del derecho constitucional en una de sus principales zonas fronterizas: la que se refiere a la eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente esta dualidad suele ser más perceptible en su proyección en torno a las funciones de control del sistema: frente al hipercontrol de la esfera pública, la reiterada apoteosis de la autonomía de la voluntad en la esfera privada; frente a la apuesta por la transparencia del ordenamiento y de los aparatos públicos, la reiterada opacidad de la esfera tuteladora de los intereses privados; y frente a la restrictiva comprensión del universo público desde la arcana perspectiva de su condición potencial de "enemigo" de la libertad, la alternativa de una reiterada y benéfica comprensión del egoísmo privado como principal cauce de canalización de un orden social "natural" y espontáneo, nacido de la libertad del propio sujeto. Resultaría cuanto menos pintoresco que las exigencias de adecuación del orden jurídico a una realidad social sometida a profundos procesos de cambio en los albores del siglo XXI, se sigan reenfocando desde semejantes parámetros, más propios de un contexto decimonónico o, cuanto más, de principios del siglo XX.

Bien es cierto que la experiencia finisecular, conectada con la gran oleada de corrupción que han experimentado las democracias occidentales,

parece haber aportado argumentos a favor de un mantenimiento de las más rígidas y tradicionales pautas de control, predominantemente de tipo jurisdiccional, sobre la esfera pública. Aunque también parece igualmente cierto que el efecto indirecto de tales mecanismos ha acabado generando consecuencias perversas, seguramente no previstas, sobre la dinámica del estado intervencionista: como mínimo, el efecto de inducción sobre los aparatos públicos hacia una indolente dinámica de no-acción, con sus lógicas tensiones sobre la esfera del intervencionismo público. Y por supuesto, dejando fuera del foco de atención la otra cara de la moneda: el circuito de la propia corrupción privada.

Se trata pues de una compleja problemática, que explica en parte las dificultades históricas para avanzar en grandes programas de reforma por parte del sector público ([58]); o la forma lenta y parsimoniosa como se vienen introduciendo instrumentos de control de eficiencia en la gestión, o de eficacia en los resultados de la acción pública, bloqueando así en la práctica la posibilidad de un autodesarrollo consistente y renovado del intervencionismo público. Todo lo cual justificaría esa reiterada pretensión de la esfera pública de optar por vías de "salida"; es decir, por cruzar el rubicón de las fronteras propias del derecho público, para sumergirse en las plácidas aguas del derecho privado: la administración bajando a la arena del mercado.

Sin embargo, por más que éste fenómeno se venga considerando implícitamente como una especie de "perversión" jurídica, que vendría a hacer saltar por los aires las venerables fronteras que separan al derecho público del derecho privado, en realidad la auténtica perversión parece ser más bien, hasta ahora, la que se viene produciendo cotidianamente en la "tierra de nadie", es decir en las áreas fronterizas de interacción difusa entre la esfera pública y la arena social: y sobre todo en el sector de las subvenciones o ayudas públicas.

Aunque las garantías que se vienen aplicando tradicionalmente en esta "tierra de nadie" tienen una proyección fundamentalmente subjetiva e individualista (mediante el diseño de todo un conjunto de limitaciones o de incompatibilidades referidas al personal público, en su proyección activa como sujeto teóricamente "libre" para operar en el mercado), sería sin embargo su dimensión material u objetiva, afectando a los circuitos de canalización directa del dinero público hacia la sociedad, la que constituye el auténtico núcleo problemático. La confusamente llamada "función de fomento" desde la que se proyectan los principales paquetes de subvenciones públicas hacia la arena social, constituye sin duda desde el punto de vista jurídico el más espectacular "agujero negro" del derecho intervencionista contemporáneo. Un reino donde impera la mera normación

[58] La pauta, en efecto, es más bien la de los *next steps*, o pequeños pasitos, en la tarea de reconversión y modernización de las administraciones públicas hacia el nuevo contexto del intervencionismo avanzado y la denominada nueva gestión pública. Cfr. L. Metcalfe, S. Richards, *Improving Public Management*, Londres, 1987, Sage. F. Longo, M. Zafra (ccord.), *op. cit.*

ad hoc, o a veces la más absoluta ausencia de regulación, dando lugar a la creciente y peligrosa deriva del Estado social intervencionista hacia una progresiva lógica clientelista. Porque la instrumentalización de esta función asignativa de recursos estaría desviando en la práctica la noble dimensión finalista del Estado social hacia la más prosaica lógica del intercambio (de apoyos, de lealtades, o de votos), transformando así la brillante proyección programática del Estado intervencionista en una oscura dinámica de clientelismo: la otra y oculta cara del Estado de bienestar contemporáneo. Un fenómeno que no sería ajeno, por cierto, a la misma lógica de evolución histórica que sigue el Estado intervencionista y a las interferencias indirectas de la esfera del mercado, en la medida en que se reflejaría aquí la transformación de los llamados derechos de prestación de bienes o servicios (que deben ser implementados directamente por el Estado), hacia derechos de prestación económica (permitiendo al ciudadano satisfacer su derecho a la educación, a la salud, a la pensión, etc., en la flexible oferta del mercado privado). Incluso cabría sugerir que, en sus implicaciones sobre la dinámica política, esta transformación se ajusta a la más brillante pauta interpretativa de los comportamientos electorales desarrollada por la ciencia política contemporánea, el llamado rational choice o "elección racional". Pues en la medida en que este enfoque interpreta los comportamientos del votante desde una rigurosa perspectiva de "rentabilidad" individual (el votante considerado como homo oeconomicus), estaría en última instancia explicando la propia racionalidad democrática desde la arcana perspectiva del intercambio, del do ut des: es decir, que cada elector deberá apoyar con su voto a aquel programa o a aquel partido del que espera, en última instancia, conseguir mayores beneficios. Y es que la consolidación del Estado de Bienestar en el mundo contemporáneo, la visión de la realidad pública desde la perspectiva de las prestaciones sociales o de las políticas intervencionistas o redistributivas que se van a desarrollar, convierte efectivamente a la lógica clientelista en un fenómeno universal y difuso. La "tierra de nadie", esa arena fronteriza entre las esferas de lo público y lo privado, sería por lo tanto uno de los principales focos de corrupción del sistema.

Cabe proponer en consecuencia, haciendo un balance, que las pautas de evolución histórica del tradicional derecho intervencionista y su falta de proyección constructiva ante unas difusas fronteras donde primaría la lógica opaca del interés privado, vienen generando en la práctica evidentes procesos de perturbación y disfuncionalidad del instrumental jurídico del Estado: ni la huida del derecho público hacia el derecho privado, ni la hiperrigidez de las tradicionales esferas administrativas y sus circuitos de control jurisdiccional, ni las difusas y perversas fenomenologías que operan en la "tierra de nadie", constituyen por ahora respuestas suficientes a esta compleja problemática.

4. El derecho regulativo. El problema de su ubicación

Ante este complejo proceso transformador, la hipótesis que cabría plantear es la de si, en una suerte de nueva visión propia de la dialéctica hegeliana, la emergente oleada del derecho regulativo podría aparecerse efectivamente como una primera concreción de ese teórico modelo de síntesis, capaz de superar los límites de los paradigmas históricos anteriores, que se entenderían a modo de tesis (el derecho intervencionista, como tradicional derecho público autónomo) y de antítesis (la desregulación, entendida como apoteosis globalizada de lo privado).

Ahora bien, un planteamiento adecuado de esta hipótesis exige un esfuerzo previo de clarificación sobre algunas posibles falsas vías, o acaso caminos paralelos, tan abundantes en este campo: desde la más habitual, consistente en confundir pura y simplemente las nociones de regulación (de sectores privatizados) con la desregulación (en el sentido de pérdida de los perfiles "fuertes", propios del anterior derecho público intervencionista); hasta el sucedáneo de un nuevo derecho corporativo (de corte más o menos neoinstitucional) regulador de organizaciones cuasipúblicas o cuasiprivadas (es decir, el modelo de los llamados QUANGOS); pasando también por los diversos y variados fenómenos de autoregulación sectorial que, al cabo del tiempo, acaban adquiriendo una considerable consistencia y proyección social.

En un rápido recorrido por estas "falsas vías" del derecho regulativo, podría proponerse, en primer lugar, que probablemente el mayor espejismo en torno al cual viene hasta ahora concretándose el concepto emergente del derecho regulativo sería el de su identificación con la noción de regulación de servicios públicos. Es cierto que se trata de una conexión instrumental de evidente operatividad estratégica cuando se trata de regular servicios públicos que han sido privatizados, donde naturalmente deben mantenerse todo un conjunto de pautas de prestación, garantías de los usuarios y condiciones generales de la actividad. Sin embargo, el siguiente paso argumental de este planteamiento, que conduciría a una noción teórico-conceptual de la regulación entendida de forma genérica y global como estricta regulación de servicios públicos, operaría en la práctica un efecto restrictivo o de continuidad en la proyección de aquella primitiva dimensión "autoregulativa" propia del sector público de mediados del siglo XX.

El problema tiene un particular interés en España por afectar a un caso de especial importancia: la legislación sobre televisión, calificada como "servicio público" en vía legislativa, conforme a un criterio que, según el Tribunal Constitucional, responde a la propia libertad de configuración del legislador; aunque no necesariamente a criterios sustantivos, de carácter técnico o científico, inherentes a la propia actividad ([59]). ¿Es la televisión un servicio público por razones sustantivas, más allá de la pura definición legal? La pregunta suscita evidentemente una notable perplejidad porque,

[59] Cfr. entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 127/94, 278/93, 31/94, 88/95.

teóricamente, también podría serlo cualquier otra actividad comunicativa, desde las grandes redes informáticas hasta la prensa escrita, por ejemplo. En realidad, la difusa aceptación de esta noción definitoria responde en el ordenamiento español a otras claves políticas mucho más prosaicas: se trata simplemente de un mecanismo instrumental para asegurar la libertad de creación de condiciones de concesión de licencias de televisión por parte del Gobierno central; o en otras palabras, sería un puro instrumento de centralización política de sus circuitos de control, tanto frente al tejido empresarial privado como, especialmente, frente a las Comunidades Autónomas.

Esta dimensión expansiva del concepto de servicio público entendido como soporte del derecho regulativo, tendría sin embargo una cara oculta, de consecuencias seguramente no tan positivas, cuando se trata de proyectarlo al otro lado de las "fronteras", en la medida en que podría suponer una nueva autoubicación reductiva de la noción de "regulación" en la tradicional trinchera del derecho público. Nótese el efecto perverso que se generaría indirectamente sobre el otro sector del universo jurídico: porque, en tal caso, cabría deducir que aquello que en rigor no fuese servicio público, no necesitaría ser "regulado". Es decir, reducir el fenómeno regulativo estrictamente a la esfera de los servicios públicos sería una llamada indirecta a la absoluta desregulación en los restantes sectores.

En cambio, cabría detectar una segunda línea de proyección del derecho regulativo, sólo relativamente conectada con la anterior, donde se reflejaría probablemente una pauta más consistente: se trata de la legislación básica o de la normativa básica que, en el marco del sistema español de distribución territorial de competencias, emana el Estado central, permitiendo procesos adicionales de desarrollo por parte de las propias Comunidades Autónomas. Aunque tradicionalmente en la doctrina española el foco de atención científica se ha situado en torno al propio conflicto territorial subyacente y a sus mecanismos de resolución ([60]), parece que, al margen posibles disfuncionalidades o patologías, la normativa básica podría o debería operar en el marco de una típica filosofía regulativa, en el sentido de macroregulación de pautas comunes en ámbitos materiales sectoriales, relativamente al margen de cuáles sean los procesos posteriores de implementación o desarrollo normativo, que se remiten a las propias Comunidades Autónomas. Sin embargo, este tipo de orientación estratégica de naturaleza regulativa coexiste con el enfoque (acaso predominante) de tipo "principalista", en torno al cual parece que se determina por ahora, acaso con mayor claridad, el dilema de "qué es lo básico".

Debe tenerse en cuenta además que, desde finales de siglo, gran parte de tal normativa básica constituye a su vez una transposición de normativa europea, por lo que, en consecuencia, la dinámica del conflicto

[60] Cfr. Alberto Pérez Calvo (ed), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, 1990; Javier Jimenez Campo, "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Num. 27, 1989.

centro/periferia (predominante durante la década de los ochenta), tiende ahora a atenuarse o a desplazarse ante el predominio la lógica de regulación de grandes sectores materiales en la esfera europea. La orientación regulativa podría pues ser, probablemente, una línea consistente de desarrollo en este ámbito ([61]), permitiendo una superación del entorno de fuerte conflictividad territorial que ha venido caracterizando al proceso autonómico en España (especialmente durante el periodo álgido de traspaso de competencias en los años ochenta), y ofreciendo al mismo tiempo nuevas pautas de desarrollo a la propia innovación jurídica siguiendo la estela del derecho europeo.

Una tercera línea de proyección de la dinámica regulativa parece situarse en torno al denominado "institutional design", entendido, fundamentalmente desde la tradición jurídica norteamericana, como una de las vías de desarrollo del derecho público intervencionista concebido en cuanto "responsive law" ([62]). Sin embargo, se trata en este caso de una proyección jurídica de dimensión fundamentalmente orgánica (o si acaso, "neoinstitucional"), orientada hacia el diseño de instituciones autónomas o semiautónomas que operan como esferas de gestión y/o de microregulación en sus respectivas áreas o sectores. Es decir, desde nuestra línea argumental, no se trataría ahora de un tipo de macroderecho de dimensión horizontal, con pautas de regulación de conductas potencialmente universalizables, sino de un microderecho de proyección vertical y autónoma, dentro de ámbitos o sectores más o menos compartimentalizados.

Por supuesto, este nuevo derecho de tipo "semicorporativo" contiene sin duda numerosos argumentos explicativos de la realidad, inevitablemente "refeudalizada", del universo sociojurídico contemporáneo: explicaría con claridad, por ejemplo, la consistente deriva histórica hacia lo micronormativo; permitiendo al mismo tiempo, mediante el diseño de mecanismos participativos de la respectiva red social afectada, el mantenimiento de pautas democráticas sustanciales, donde se refleja sin duda una presencia activa de la sociedad sobre la esfera pública ([63]). E incluso podría asegurar, mediante su efecto sistemático de desagregación a escala, una mejor canalización de las claves procesuales de consenso social necesarias para el propio diseño normativo; aun cuando éste acabaría adquiriendo en todo caso unos perfiles más o menos "compartimentalizados". En definitiva, se trata de una pauta de evolución que se ajusta brillantemente al postulado del "small is beautiful" característico del universo contemporáneo. El cuanto al coste resultante de creciente entropía o complejidad añadida del

[61] Sobre el tema desde una perspectiva general cfr. P. Carroza, "Central Law and Peripheral Law", en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making, A comparative Survey*, Berlin, 1988, Springer.
[62] Ph. Nonet, Ph. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, cit.
[63] Reflejando ese fenómeno de "socialización del derecho", a que se refieren Nonet y Selznick, *op. cit*. Cfr. tambien sobre el tema: Lord Nedderborn of Charlton, S. Ciarra, "Collective Bargaining as Agreement and as Law. Neo-contractualist and Neo-corporative Tendencies of our Age", en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making, A comparative Survey*, cit.

ordenamiento, debería aceptarse como una inevitable servidumbre de la posmodernidad ([64]).

Aunque suele ser en este ámbito material donde más frecuentemente se utiliza el concepto de "regulación" (desde nuestra perspectiva, en forma seguramente algo precipitada), debemos insistir en que se trata en rigor de una vía de carácter neoinstitucional (o incluso "neocorporativa"), que conduce normalmente hacia una realidad jurídica fragmentaria y compartimentalizada: lo que deberíamos probablemente interpretar como otra de las posibles falsas vías, o caminos paralelos, de desarrollo del derecho regulativo. Naturalmente debe tenerse presente la existencia de otra dimensión funcional y distinta, consistente en el desarrollo de funciones regulativas, o de control en el cumplimiento del derecho regulativo, por parte de estas esferas institucionales, eventualmente autónomas semiautónomas, que se orientan generalmente hacia la propia red social de actores o de usuarios de su respectivo "entorno institutional" ([65]).

Por más que elaboraciones teórico-conceptuales tan sofisticadas como la noción de "autopoiesis" o autoreferencialidad (que explicaría la relativa autonomía de las distintas esferas institucionales, contando al mismo tiempo con cauces de apertura hacia el entorno exterior) ([66]), puedan abundar en las virtudes de este modelo de complejidad horizontal, propio del universo jurídico contemporáneo, parece evidente sin embargo que, en el plano macrojurídico, tanto la teoría del derecho regulativo entendido en cuanto estricto regulador de servicios públicos, como su concepción en cuanto derecho regulador de las esferas neoinstitucionales en las que se articula la compleja realidad del moderno sector público, presentan razonables insuficiencias. Subyace en estos planteamientos un claro déficit

[64] Algunas cifras reales nos pueden ayudar a comprender mejor el fenómeno y sus tendencias de evolución a medio plazo: en una clasificación sistemática de las 3330 leyes emanadas de los diecisiete parlamentos autonómicos españoles durante el periodo 1980-2000 (datos del Proyecto *CICYT SEC98/0512*) resulta un claro predominio de las leyes *singulares* que ascienden a 1283, frente a 1061 leyes de dimensión *sectorial* y 1031 de carácter *general*. Sin embargo las pautas de evolución a lo largo del tiempo nos demuestran que las leyes generales tienen una tendencia descendente a partir de máximos alcanzados a mediados de los ochenta, y su cifras acaban estabilizándose en torno a una producción media de cincuenta leyes al año durante los años noventa. En cambio, las leyes de dimensión sectorial o singular siguen experimentando una secuencia expansiva en términos absolutos hasta alcanzar, en el caso de las singulares, una media anual de ochenta leyes al año en la recta final de siglo. En una tabla donde se reflejan los datos porcentuales, ordenados en trienios, comprobamos la oscilación entre el predominio de las leyes de dimensión general en la primera década, hasta el apogeo de las leyes singulares en la fase final, mientras que las leyes sectoriales presentan una secuencia relativa de mayor estabilidad:

% Leyes/Trienios	*80-82*	*83-85*	*86-88*	*89-91*	*92-94*	*95-97*	*98-00*	*Total*
GENERALES	29	36	38	33	29	28	25	31
SECTORIALES	31	26	29	29	32	32	34	31
SINGULARES	39	38	34	38	38	40	42	39

Fuente: Elaboración Propia (Equipo ERA)

[65] Cfr. W. Richard Scott, *Institutions and Organizations*, Londres, 1995, Sage. Walter W. Powell, Paul J. DiMaggio (eds.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, 1991, Univ. of Chicago Press. W. Richard Scott, John W. Meyer (eds.), *Organizational Environments: Ritual and Rationality*, Beverly Hills, 1983, Sage.

[66] Cfr. G. Teubner, *op. cit*. N. Luhmann, *op. cit*.

de racionalidad horizontal o reflexiva: algo que se detecta reiteradamente tanto en los llamamientos del Tribunal Constitucional a la coordinación y a la cooperación entre las distintas escalas institucionales que configuran el moderno "gobierno multinivel", como en las propias invocaciones de la doctrina hacia el reforzamiento de una función legislativa de dimensión generalista ([67]). Un fenómeno que explica alternativamente por qué las vías de desarrollo más efectivas de las tendencias regulativas se concreten sobre todo, por ahora, en sectores generadores de beneficios difusos ([68]), como el del medio ambiente.

Siguiendo con nuestra línea argumental, se trataría pues de indagar la hipótesis de si, más allá de la entropía creciente que afecta a los ordenamientos estatales, la existencia de un plano efectivo de globalización jurídica, superador de las fronteras territoriales preexistentes (en nuestro caso, en el contexto de la Unión Europea) no estaría operando finalmente en un sentido de aparición de una especie de nuevo contexto "fundacional", en torno al cual tienen que reformularse algunos de los problemas nucleares de la actividad normativa; y particularmente su posición como un instrumento al servicio de la tarea general del "social problem solving". Porque no se trata ya de la estricta tarea de configuración jurídica de una nueva realidad supraestatal emergente, permitiendo la creación de nuevos ámbitos macrojurídicos dotados de un nivel de generalidad suficiente para enfrentar problemas globales; sino, al mismo tiempo, de la capacidad para generar una nueva "oleada" de instrumentos jurídicos originales y diferenciados, entendidos como el fruto de un proceso colectivo de aprendizaje histórico, con posibilidades para enfrentar y superar con éxito algunas de las insuficiencias históricas de las anteriores etapas.

Cabe sugerir que, en realidad, esa trascendental tarea histórica se habría iniciado hace ya algún tiempo; e incluso que a estas alturas sus primeras etapas se han consolidado suficientemente en torno a las numerosas instancias declarativas de derechos, de proyección más o menos universal. Lo que constituiría en rigor la primera y fundamental oleada de un fenómeno de "globalización jurídica", que viene afectando no sólo a la esfera nuclear de los derechos humanos, sino tambien al marco global de intercambio de mercancías, servicios y/o personas (GATT, Schengen), e incluso al orden general que debe presidir las relaciones del ser humano con la naturaleza (como los grandes convenios medioambientales de Washington, Berna, Ramsar o Rio de Janeiro).

---

[67] Ciertamente al nivel doctrinal se confunden frecuentemente las habituales críticas a la complejidad creciente de los ordenamientos contemporáneos a partir de una pura recuperación melancólica del viejo paradigma de la *ley material*, con los diagnósticos más específicos y actualizados en torno a la realidad del Estado social contemporáneo. En este último sentido cfr. José Asensi, "El futuro de las funciones parlamentarias", en *El Parlamento del siglo XXI, (VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Valencia, Cortes Valencianas, septiembre 2001.

[68] En el sentido de J.Q.Wilson, *The Politics of Regulation*, Nueva York, 1980, Basic Books, siguiendo en general las pautas argumentales de Theodore Lowi.

La cuestión sería entonces si, más allá de estas instancias declarativas, que constituirían la primera fase o etapa lógica en todo nuevo proceso de desarrollo jurídico coherente, es posible comenzar a identificar ya una nueva dinámica jurídica de dimensión regulativa, dotada de un razonable grado de consistencia, y entendida como una nueva "oleada" histórica en el proceso de renovación secular del instrumental jurídico a disposición de las esferas públicas.

5.- Las posibles características del derecho regulativo

Desde esta perspectiva resultaría pues plenamente justificada al nivel científico una labor de detección sistemática de las principales innovaciones o tendencias originales que se aparecen en los numerosos procesos regulativos que, de forma plural y dispersa, se desarrollan en el mundo occidental; para intentar deducir a partir de ahí qué tipo de elementos de innovación se estarían generando, tanto en términos de relación o de interacción global entre las esferas afectadas, como en términos de orientación de las esferas públicas al servicio de un original modelo de diseño normativo que respondería, acaso, a una nueva filosofía estratégica de acción pública. Naturalmente, la diversidad y heterogeneidad de fenómenos regulativos que se reflejan en la compleja realidad del universo jurídico contemporáneo, nos obligaría a formular por ahora algunos postulados propositivos de carácter mínimo y provisional; debiendo entenderse que, como siempre, la realidad es inevitablemente más compleja que la teoría.

A partir de este enfoque, habría que comenzar constatando en primer lugar que el derecho regulativo parece constituir un tipo de derecho "dúctil" ([69]), claramente superador de las tradicionales fronteras entre lo público y lo privado, configurando un tipo de estrategia jurídica donde, a cambio de renunciar a una fuerte dimensión transformadora inmediata de la realidad, se pretende adquirir alternativamente una mayor proyección sociolegal. Es decir, se trataría de una arena donde tiende a producirse un considerable incremento del ámbito socionormativo, permitiendo así "desbordar" algunas de las fronteras limitativas del anterior derecho público intervencionista: en particular, mediante la posibilidad de incidir activamente sobre las esferas, tradicionalmente opacas, del ámbito de lo privado. Teniendo en cuenta al mismo tiempo, que los propios circuitos privados acabarían adquiriendo ahora una mayor proyección de apertura y transparencia, al ser impregnados de "valores" públicos y de procedimientos inevitablemente "abiertos" a un entorno social inspirado en la lógica interactiva del ejercicio de derechos reconocidos en vía legal o constitucional. Estaríamos por lo tanto ante una auténtica "ruptura" de las tradicionales fronteras históricas del universo

[69] En el sugerente sentido de Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, 1995, Trotta.

jurídico, desde un sentido nuevo y original que no puede ni debe interpretarse en absoluto como una "victoria" del derecho público sobre el derecho privado, ni tampoco a la inversa; sino más bien como una reordenación de los espacios sociales de referencia, en torno a los cuales se decide la propia lógica de la acción colectiva. Pues la dinámica regulativa no implica solamente la existencia de normas de conducta que afectan por igual a los espacios y/o a los sujetos privados y públicos, sino que debe suponer al mismo tiempo una reordenación general de las pautas que rigen la acción colectiva y sus esferas sociojurídicas de referencia.

En lo que respecta a la proyección del derecho regulativo en un sentido "condicional", usando frecuentemente la técnica de la normación mediante *standards*, le inclinaría a operar desde la lógica dicotómica de la inclusión/exclusión, facilitando por un lado su adecuación a la dinámica concurrencial del mercado, pero permitiendo al mismo tiempo un tipo de diseño procesual adecuado para servir de marco al libre ejercicio de derechos. Lo que equivale pues a afirmar que no sería tanto un derecho regulador de servicios públicos o de esferas institucionales autónomas, cuanto -al mismo tiempo- un original "concretizador", sobre pautas condicionales, de derechos reconocidos legal o constitucionalmente. Unos derechos que ahora requerirán, sin embargo, algún tipo de proyección activa para su ejercicio efectivo: lo que explicaría el considerable éxito que adquieren algunas claves de mecanismos (a veces de dimensión más o menos autoregulativos) de homologación de pautas mediante terceros, en la medida en que determinan en la práctica claves de "inclusión" dentro del orden social regulado que deben ser activadas por los propios interesados. El establecimiento de condiciones regulativas como circuitos de inclusión operaría pues en la práctica como un mecanismo selectivo de interconexión entre las trincheras, tradicionalmente enfrentadas, de lo público y lo privado, permitiendo así el uso indirecto de orientaciones estratégicas desde el propio sector público.

De este modo, la aparente debilidad del derecho regulativo (debilidad relativa, o vista desde la perspectiva del tradicional derecho público intervencionista) vendría sin embargo compensada por el considerable efecto difuso que generan en este campo los procesos de *autoregulación*. Especialmente mediante las técnicas de certificación por parte de terceros, donde se viene produciendo una espectacular generalización de los sistemas de homologación de calidad (el *European Management and Auditing System*, y las normas de certificación ISO), tanto en el sector público como en el privado. Es decir, que en paralelo a la progresiva disolución de fronteras entre lo público y lo privado se estaría produciendo una integración entre los fenómenos de regulación y de autoregulación ([70]), asegurando así una integración más operativa entre ámbitos que, tradicionalmente, se situaban como ejes dicotómicos o enfrentados.

[70] Desde una perspectiva ambiental cfr. Richard N. L. Andrews, "Regulation and Self-Regulation of Bussiness", en Segunda Conferencia: *The Ecological State: Towards a New Generation of Environmental Policies and Institutions*, Sevilla, Noviembre 1996, hemos manejado la versión *mimeo*.

En la medida en que el derecho regulativo suele operar a partir de unos standards entendidos como pautas sociojurídicas, más o menos preexistentes o preestablecidas, parece que tendría una mayor dificultad para concretar de forma autónoma y creativa "nuevos" fines u objetivos programáticos, entendidos como valores sustantivos originales o diferenciados, acentuando alternativamente su dimensión procesual: es decir, la de servir como marco dentro del cual pueden, en su caso, generarse nuevos valores ([71]). Igualmente, este carácter tendencialmente "conservacionista" le haría prescindir de aquella potencialidad transformadora inmediata que se generaba desde la esfera pública, propia del anterior derecho intervencionista, implicando a cambio un mayor respeto a las pautas de vida socialmente establecidas, y en consecuencia una orientación hacia claves de innovación de dimensión "sociojurídica", más que estrictamente "jurídico-política" ([72]).

En cuanto a su proyección predominantemente horizontal le alejaría de los riesgos limitativos que implica, por un lado, su identificación exclusiva con la regulación de esferas institucionales (más o menos autónomas), como, por otro, de las restricciones de una estricta "territorialidad" en cuanto elemento delimitador de su ámbito normativo: es decir, sería un derecho orientado a operar más sobre una lógica de red, que sobre espacios sociojurídicos separados o compartimentalizados.

En resumen, estaríamos ante un tipo de derecho de carácter horizontal, condicional, dúctil, de dimensión predominantemente procesual o generador de marcos para el ejercicio de derechos, y claramente superador de la dicotomía entre derecho público y derecho privado.

Seguramente no se ha destacado suficientemente la considerable proyección que este fenómeno regulativo comporta sobre el debate ideológico contemporáneo, donde se sigue reiterando un enfrentamiento relativamente desfasado entre claves intervencionistas más o menos tradicionales, frente al ya algo manido discurso "neoliberal" de la desregulación; entendidos ambos como expresiones operativas de las distintas alternativas estratégicas que deben configurar la acción desde las perspectivas tópicas de la izquierda o la derecha. Pues frente a estas visiones reduccionistas, parece claro que ni estado ni mercado serían ya por sí mismos conceptos de referencia con capacidad para proyectarse como elementos de racionalización del conjunto del sistema.

Sería sin embargo en el campo de sus relaciones tanto con la esfera de la sociedad como con la órbita de la gestión pública, donde aparecerían las principales novedades desde una perspectiva instrumental o estratégica. Pese a tratarse probablemente de un desarrollo adicional del denominado "enfoque sociolegal", no cabría hablar aquí más que muy indirectamente de mecanismos espontáneos de creación en base a la lógica de la

[71] En el sentido pues de J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard UP.

[72] Cfr. en este sentido, J. Habermas, "Law as Medium and Law as Institution", en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit.

“autoregulación”; aunque es evidente que la progresiva inclusión de la noción de regulación en la agenda política parece reforzar la presencia de una “demanda social” como instrumento motor. En cualquier caso no hay duda de que parece tratarse, alternativamente, de un derecho menos “politizado” que el de etapas anteriores. Por eso, puede sugerirse que las pautas que deben orientar su proceso de creación dependerán en gran medida de claves conectadas con la lógica del “policy process”; es decir, que se trataría de actuar en el diseño legislativo siguiendo un esquema procesual de carácter triangular, donde el soporte del conocimiento técnico-científico así como los factores de participación sectorial de interesados, deben equilibrarse con el protagonismo de la propia esfera pública, encargada de definir o concretizar en su caso los nuevos valores públicos y de tutelar los intereses difusos.

En cuanto a las claves que deben asegurar su aplicación y vigencia efectiva, debe destacarse que estaríamos ahora ante un tipo de derecho cuyas pretensiones aplicativas no dependerán ya, de forma exclusiva e inmediata, de la propia autoinstrumentación pública (proyectada en una tradicional dimensión monopólica y excluyente), sino tambien del grado de inclusión activa de la red socioinstitucional afectada: incluyendo pues a “otras” administraciones (eventualmente autónomas), redes de actores y/o usuarios, organizaciones de carácter cuasi no gubernamental; y por supuesto a los propios circuitos de una gestión pública relativamente autónoma, que ahora no estarían ciertamente en condiciones de asegurar una absoluta homogeneidad de resultados. En otras palabras, su gran proyección sociolegal amplificaría considerablemente el campo de circuitos implicados en su proceso de implementación y aplicación efectiva. Finalmente parece que el proceso de implementación del derecho regulativo no suele implicar de forma necesaria e inmediata una repercusión directa sobre el gasto público, al generar normalmente fenómenos de externalidad o de desplazamiento hacia afuera del coste adaptativo ([73]).

Si algunos de los anteriores caracteres descriptivos permiten identificar con cierta claridad algunos perfiles emergentes de esta nueva oleada de evolución jurídica, su principal núcleo problemático se situaría finalmente en torno a la cuestión del control efectivo de su aplicación: porque aparece aquí el riesgo evidente de que estemos descubriendo una instancia jurídica de carácter “light”, cuyo éxito final dependa finalmente de circuitos autoaplicativos de carácter social y difuso, y en consecuencia relativamente alejados del propio eje de control directo por parte de las esferas públicas: al menos en la medida en que la filosofía general del control-aplicación de esta instancia jurídica no podría ajustarse ya a las claves verticales o mecanicistas, propias de las viejas tradiciones del derecho público, ni a sus habituales circuitos (predominantemente jurisdiccionales) de control.

[73] En relación con este fenómeno en el contexto de la Unión Europea, cfr. G. Majone, “La crescita dei poteri regolativi nella Comunità Europea”, *Rivista Italiana di Scienza Política*, cit. 1995, Num. 3.

Por una parte, parece evidente que, en cuanto se trata de un derecho que establece circuitos condicionales de inclusión (en algunos casos definibles en cuanto "derechos", entendidos como pretensiones sociales activas dotadas de un reconocimiento jurídico suficiente), sería pues el propio nivel de disponibilidad, en cuanto ejercicio efectivo de tales instrumentos, el que determinará en la práctica las claves de su eficacia en términos de aplicación: es decir, que acabaría siendo en última instancia su grado de éxito social, en el sentido de aceptación de las reglas de juego para efectivamente jugar, el principal factor que determinará indirectamente su fuerza aplicativa o su eficacia en última instancia. Pensemos, por ejemplo, en el modo como numerosos programas europeos vienen transformando, a partir del diseño rgulativo de marcos condicionales de inclusión, la lógica tradicionalmente subvencionadora de numerosas políticas de dimensión asistencial: mediante un diseño que, para permitir su puesta en práctica, exige normalmente una aceptación de condiciones y de compromisos activos por parte de organismos públicos y/o de colectivos interesados, a la hora de acceder a los correspondientes fondos.

Pero en segundo lugar, parece que junto a la órbita de la sociedad y de sus intereses organizados, deberá ser la propia esfera pública (o semipública en su caso) la que tenga que asumir en última instancia un protagonismo activo tanto en lo que se refiere a la orientación de las instancias regulativas hacia objetivos finalistas inmediatos, como a la puesta en marcha de los correspondientes circuitos autorizativos selectivos, que podrán llegar a determinar, en caso negativo, la eventual exclusión. Por utilizar la terminología de Helmut Willke ([74]), se trataría del uso de los (tradicionales) instrumentos jurídicos condicionales y finalistas, al servicio del nuevo marco "relacional" en el que operaría el derecho regulativo.

Por lo tanto, cabría concluir que las instancias encargadas del diseño regulativo probablemente no deberían ser las mismas que se encarguen de su proceso efectivo de aplicación y control, a diferencia de lo que sucedía en la instancia instrumental del derecho público intervencionista. O sea, que el derecho regulativo requeriría la presencia de otras esferas socioinstitucionales activas y relativamente autónomas de implementación y control; lo que viene a significar una renuncia a las pretensiones autoaplicativas propias del derecho intervencionista clásico, para entrar ahora en claves de adecuación a través de la lógica compleja del gobierno "multinivel" y de la propia gestión pública estratégica. Más allá de este plano horizontal subsistiría, naturalmente, la vía sancionatoria desde esferas externas, sean o no estrictamente judiciales, como última y residual instancia del derecho.

En conclusión, cabría pues sugerir que las experiencias regulativas, consideradas desde una perspectiva global de innovación jurídica, constituyen todavía y por ahora un proceso emergente, acaso no

[74] "Three Types of Legal Structure", en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law*…, cit.

suficientemente percibido y entendido desde la perspectiva del legislador. De tal modo que las críticas que con frecuencia se proyectan contra la esfera regulativa, en realidad parece que vienen a incidir más bien en las transitorias insuficiencias de la misma: el proceso de aprendizaje institucional que debe conducir a un uso adecuado, con todas sus potencialidades implícitas, de estos instrumentos regulativos, parece presentar todavía numerosos déficits, especialmente en las instancias subeuropeas, configurándose así como un auténtico desafío que debe marcar alguna de las claves de la eficacia del derecho en el siglo XXI.

EL PROCESO DE "EUROPEIZACIÓN" DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: UN NUEVO RETO METODOLÓGICO PARA EL SIGLO XXI

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén

1.- Introducción.- la integración europea como nuevo factor de "apertura" de la Ciencia del Derecho Constitucional

Sobre los efectos que está teniendo en el Derecho Constitucional la imparable "comunitarización" de los ordenamientos jurídicos nacionales, así como los sucesivos impulsos hacia una futura Federación Europea, parecen coincidir posiciones doctrinales de signo científico diferente. En la mayor parte de los planteamientos metodológicos empieza a imponerse la necesidad de "abrir" y estructurar la teoría del constitucionalismo hacia la globalización y la europeización [75]; o dicho de otro modo, es imprescindible acometer como disciplina científico-jurídica una "Nueva Teoría Constitucional de la integración", ya que-si aceptamos la recomendación de Häberle- "la dimensión actual y potencial europea debe ser tomada en consideración ya desde un principio, en toda cuestión jurídica tanto nacional como estatal, a nivel constitucional" [76] .

Entre los diagnósticos que pueden hacerse sobre las recientes experiencias de reforma constitucional resulta fácil constatar una imparable secuencia de "impulsos comunitarios" hacia la integración comunitaria [77]. Pero el proyecto de perfeccionar la Unión Europea pone al descubierto algunos problemas de notable envergadura jurídico-política, fundamentalmente por el impacto que está produciendo en el ordenamiento de constitucional y las estructuras institucionales de los Estados que componen esa organización internacional.

Esto explica sin duda la aparición de resistencias nacionales y la siempre latente oposición a una rendición incondicional frente al superlativo principio de la primacía del ordenamiento europeo. Desde los círculos doctrinales -y a veces jurisprudenciales- del Derecho Constitucional se recuerda que son en todo caso las normas fundamentales estatales el único instrumento que proporciona la necesaria dosis de legitimidad al proceso de

[75] Vid. J.J.Gomes Canotilho. *El derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado*. Entrevista de E.García.*Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Núm. 10. 1998

[76] Vid. P.Häberle, *Retos actuales del Estado Constitucional*. Cit. IVAP.. Oñati. 1996. La postura del autor alemán sobre este tema se puede sintetizar en la siguiente declaración: "el futuro constituyente de Europa hace bien en preguntarse qué piensan los constituyentes y reformadores nacionales (...) de la Constitución y cómo quieren saber que se negocia en Europa."¿De qué formas, por tanto, se representa hasta ahora Europa "en" el Estado constitucional, "Europa en el Derecho Constitucional"

[77] Vid. nuestros "diagnósticos conclusivos" contenidos como capítulo final de la obra *Claves para una reforma constitucional* (A.Porras, G. Ruiz-Rico, coord.). Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2001.

desapoderamiento del poder político nacional. A veces esta reacción llega a adoptar la forma de un cierto "nacionalismo jurídico", mediante el cual se intentan defender algunos elementos que se consideran fundacionales e identificativos de cada Estado. La estrategia se despliega especialmente para evitar que por la vía indirecta de la adaptación interna al orden comunitario (normas fundacionales y derecho derivado) se lleve a cabo una verdadera mutación constitucional [78].

En el camino hacia ese imparable proceso de integración supranacional que está teniendo lugar en Europa cobran protagonismo conceptos como los de "ductilidad" o "apertura constitucional" [79]. Los efectos, en absoluto secundarios, de esta progresiva "europeización" del derecho público europeo se han de notar por fuerza en una suerte de "evolucionismo jurídico" [80] de los textos fundamentales de los Estados nacionales y, a continuación también, en la concepción doctrinal y jurisprudencial que de esas normas constitucionales se tenga. Lo cierto es que la Ciencia del Derecho Constitucional no puede hoy quedar al margen de uno de los factores de cambio más transcendentales de los ordenamientos europeos.

Sintomático de la importancia que cobra esta nueva dimensión en el impulso por actualizar el concepto de Constitución sería el "inventario" de nuevos textos fundamentales -sin contar los proyectos de reformas que no han fructificado- en los que la cuestión europea aparece como elemento de referencia dentro de esa nueva categoría denominada "el constitucionalismo de los Estados integrados de Europa" [81].

La apertura constitucional hacia la Unión Europea estaba en cierto modo apuntada en las normas que se aprueban en Alemania (Preámbulo) e Italia (art.11) tras la Segunda Guerra Mundial, donde se entrevé ya de alguna manera el problema clave que para el derecho constitucional tiene este proceso: la cesión de soberanía estatal y, al unísono, la potencial abdicación de la Constitución de la cúspide -hasta entonces infranqueable- del sistema de fuentes [82]. Más adelante, lo que no era sino un breve apunte

---

[78] A nivel jurisprudencial el mejor exponente de esta posición "nacional" -preferimos este término al de "nacionalista", con connotaciones más particularistas y casi siempre peyorativas- representado sin duda por las resoluciones del Tribunal Federal Alemán sobre la ratificación del Tratado de Maastrich, además de la Sentencia de 12 de Octubre de 1993 (Eurocontrol) en materia de protección de derechos fundamentales.

[79] Vid. G.Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. Madrid. 1995. Sobre la noción de apertura constitucional resultan imprescindibles, P.Häberle, *Retos actuales del Estado Constitucional*. Cit. IVAP. Cit. Oñati. 1996; así como, del mismo autor, *La multifuncionalidad de los textos copnstitucionales a la luz de una comprensión "mixta" de la Constitución*. Cuadernos de la Cátedra Fadrique Ceriol. Núm. 17. Valencia. 1996.

[80] Vid A.Porras Nadales. *Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico*. Revista de Estudios Políticos. Núm. 87. 1995.

[81] Vid. F.Rubio Llorente. Cit *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 48. 1996.

[82] En el Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn se hace una escueta, pero al mismo tiempo premonitorio, referencia a una "Europa unida", como marco supranacional en donde se incardina la nueva Constitución de la Alemania de postguerra. Mucho más explícita en este sentido es, en efecto, la Constitución italiana de 1948, cuyo artículo 11 contempla ya las limitaciones de soberanía "necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones", al tiempo que

regulativo se convertirá en un tipo de clausulado donde se anuncia de forma rotunda el compromiso constitucional en favor de una identidad europea (art.7, Constitución de Portugal de 1976, reforma de 1989) o la contribución al desarrollo de la Unión Europea (art.23, Constitución alemana, reforma de 1992). Como otras manifestaciones de "apertura" constitucional hacia Europa se pueden completar este cuadro normativo con las referencias que se contienen en las Constituciones belga (1994) o irlandesa (1937/1987).

Esta tendencia hacia la "constitucionalización" del orden jurídico europeo o -en palabras de Rubio Llorente- "nacionalización" del Derecho Comunitario, se afirma positivamente también en las normas re-fundacionales de los antiguos países de la Europa del Este; a título paradigmático sólo, compruébese en Constituciones como la de la República Checa (1992) o Moldavia (1993). Aunque todavía no se encuentran incorporados como miembros de pleno derecho de esa organización supranacional, algunos de estos Estados han allanado el camino hacia la integración con preceptos que autorizan la recepción de los principales textos convencionales que materializan la idea de ciudadanía europea, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH).

En definitiva, no cabe duda de que está teniendo lugar un auténtico "metabolismo de textos" (Häberle) que repercute necesariamente en el objeto y -diríamos también- el método del derecho constitucional. No se puede permanecer ajeno a los "programas europeos" que han colonizado en parte los últimos proyectos de reforma constitucional, en la medida en que, por añadidura, no se trata de simple retórica nominal. Al contrario, en razón de lo que se viene llamando virtualidad normativa, en este caso, de las cláusulas comunitarias presentes en las Leyes Fundamentales de los Estados, no sólo se estarían modificando los contornos materiales y objetivos de la Ciencia del Derecho Constitucional, sino que además se pondría en evidencia la necesidad casi de reinventar categorías y principios tradicionales de aquélla como, por ejemplo, la interpretación de la ley o el concepto de derecho subjetivo [83].

Cobra sentido, de este modo, la actitud recelosa contra el proceso de europeización de algunos de los recientes pronunciamientos de las jurisprudencias constitucionales nacionales, afectadas aún por una acepción clásica del principio de "soberanía". Incluso se está dando lugar a pronunciamientos de esas jurisdicciones constitucionales en favor de la reforma constitucional, cuando se constata una incompatibilidad insalvable de los textos fundamentales con las recientes tendencias del ordenamiento jurídico comunitario. Precisamente este tipo de problemas es el que fundamenta, por ejemplo, la Declaración de 1 de julio de 1992, del Tribunal

---

señala su intención de promover y favorecer a las organizaciones internacionales que se orientan hacia ese objetivo.

[83] Vid. Silvio Gambino. *Il diritto costituzionale europeo: principi structurali e diritti fondamentali*. Ponencia presentada al Congreso organizado por el Departamento de Diritto Costituzionale e comparato: *I principi fondamentali del diritto costituzionale tra ordinamento comunitario e Stati nazionali*. Universidad de Nápoles Federico II. Napoles. 2001. En prensa.

Constitucional español a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht, y que significa la primera modificación de la CE de 1978 (art. 13-2º); como también la reclamación que se ha hecho por el Tribunal Federal Alemán para cambiar la Constitución de aquel país en orden a conseguir la igualdad de las mujeres en el acceso al servicio armado del ejército.

Así mismo, la *comunitarización* de buena parte del derecho europeo estatal supone invariablemente una pérdida real de lo que cabría denominar la "autodeterminación nacional" [84]. La intensificación de este proceso revela la "parcialidad" del ordenamiento jurídico que proviene de los Estados, y dentro de éste específicamente, del derecho constitucional. Más aún, las mismas leyes fundamentales de los Estados miembros están sufriendo una pérdida efectiva de su funcionalidad y operatividad normativa, en tanto en cuanto la tarea principal para las que fueron diseñadas, esto es, la ordenación y limitación de la actividad de los poderes públicos, empieza a ser desempañada con mayor éxito por un ordenamiento supranacional. Este último ha sido fundado en principios de aplicabilidad inmediata -supremacía y efecto directo- ante los cuales claudica normalmente cualquier intento de "rebeldía" proveniente de la soberanía estatal.

Y sin embargo todavía creemos posible conjurar con éxito el riesgo de dilución del Derecho Constitucional del Estado. Pese a esta apertura *internacionalizadora* en el macro-escenario de la globalización, no debería prescindirse de lo que algunos han bautizado como la "ideología constitucional" [85]. Porque si se toma como referencia el contexto comunitario, el Estado Constitucional continúa siendo la prueba evidente de las limitaciones del proyecto de *europeización*. Mientras se alcanza a formular sólo en términos teóricos una incipiente Constitución Europea confeccionada con patrones "federales" (o cuasi-federales), y en tanto que no se ponga en práctica un diseño concreto para la institucionalización de una nueva Unión, el constitucionalismo nacional seguirá siendo el referente normativo esencial para garantizar los derechos al ciudadano europeo y asegurar un funcionamiento democrático de las instituciones representativas. Los propios Tratados fundacionales del sistema jurídico comunitario parecen estar reconociendo indirectamente el protagonismo que todavía tiene el ordenamiento constitucional estatal al insistir en la regla de la *subsidiariedad* como mecanismo de articulación de las relaciones entre ordenamientos sólo teóricamente independientes. Seguramente la Europa de los ciudadanos (de las Regiones, o de las autonomías locales) se construirá al final desde la dimensión nacional, utilizando la palanca impulsora del derecho constitucional.

2.- El Derecho Constitucional Europeo (*génesis de un descubrimiento o descubrimiento de una génesis)*

[84] Vid. K.Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*. Manual de Derecho Constitucional (AA.VV.). IVAP. Madrid. 1996.

[85] Vid. P. de Vega, *Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*. REP. Núm. 100. 1998.

Una segunda dimensión de la "apertura" constitucional hacia el proceso de integración europea recibe una denominación de contornos materiales imprecisos: *derecho constitucional común europeo*. La "europeización" del Derecho Constitucional no es un proceso en una sola dirección, esto es, determinado sólo por la "comunitarización" que experimentan todas las ramas del derecho nacional de los Estados que componen esa comunidad supranacional. En sentido inverso, se estaría simultáneamente produciendo la génesis de una especie de "orden constitucional común europeo". Cierto que, como sostiene Häberle -uno de los principales responsables de la acuñación de esta noción- "todavía no existe tal Derecho constitucional europeo, toda vez que Europa como tal no forma un único Estado constitucional"[86]. Pero advertimos en esta opinión del profesor alemán una relativa dosis de formalismo, solapado en la idea de que no puede existir un verdadero orden constitucional sin una estructura modélica (la propia de un Estado nacional) y un concreto tipo de norma constitucional (la confeccionada en un texto escrito ex profeso).

No obstante, esta carencia estructural no supone un impedimento insalvable para que se pueda afirmar de manera categórica que cada vez más van surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales que resultan "comunes" a los diferentes Estados nacionales de Europa, tanto si son positivizados como si no". Se trata, pues, de señalar los límites marial-normativos de un *bloque constitucional* del que participarían la generalidad de las tradiciones constitucionales europeas, más allá incluso de los contornos geopolíticos actuales que conforman cada una de las específicas organizaciones supranacionales.

Es precisamente en esta indeterminación sobre su origen puntual donde se apoya la sospecha de que estos *principios constitucionales europeos* derivan no sólo de las Leyes Fundamentales de carácter estatal. Su procedencia tiene una fuente convencional -o supranacional- más allá del conocido como derecho constitucional "consuetudinario" que se asocia al Estado-nación. En efecto, no puede olvidarse la importancia adicional que tiene también en la configuración de un constitucionalismo común europeo todo ese conjunto normativo-jurisprudencial que conforman la doctrina de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, junto a las reglas de derecho propiamente dichas establecidas en los Tratados, Convenciones y Pactos internacionales objeto de aplicación en aquellas sedes jurisdiccionales.

El problema principal -a nuestro modo de ver- radica en elaborar una metodología idónea para identificar las estructuras y principios comunes que configuran este nuevo (?) constitucionalismo europeo [87]. En este sentido, la fórmula que propone el jurista alemán tiene visos de ser válida, además de

[86] Esta sería la tesis inicial que suscribe Häberle en su trabajo *Derecho Constitucional Común Europeo*. *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 79. 1993. Pág. 13 y ss.

[87] Vid. P.Häberle. *Derecho Constitucional Común Europeo*. Cit. Pág. 12. Esta s ideas han sido igualmente desarrolladas en su trabajo, *Per una dottrina della costituzione europea*. En *Quaderni Costituzionali*. N.1. Abril. 1999.

operativa: “Se trata de profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados constitucionales en particular, y sacar a la luz los factores comunes, lo concordante, lo familiar, yendo más alla de lo meramente jurídico-positivo”.

Aunque a primera vista parece sencilla, la operación requiere sin embargo ciertas precauciones. Por ejemplo, la de evitar en lo posible un análisis centrado exclusivamente en el reconocimiento de divergencias, a la postre y con frecuencia superficiales, entre los distintos ordenamientos constitucionales y, a partir de una cautela de este tipo, intentar reconocer las concomitancias más notables entre sistemas constitucionales que comulgan con una tradición o substratos comunes.

El obstáculo principal que pone a prueba la propuesta doctrinal de la que estamos hablando sigue siendo el convencimiento todavía muy extendido de una equivalencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Político de cada Estado-nación. Pero aunque un presupuesto como éste siga siendo válido, no implica que deba entablarse una dialéctica competitiva o conflictiva entre lo que serían fenómenos jurídicos que conservan bastantes más analogías que divergencias. Efectivamente, la relación entre el Constitucionalismo de perfil nacional y el que hemos llamado como “Derecho Constitucional común Europeo” comparte posiblemente objetivos solidarios que tienden a acercar estas dos disciplinas en lugar de provocar un distanciamiento irreparable entre ambas. Esta sintonía se presentaría especialmente en materia de derechos humanos y defensa de la democracia, al igual que en determinados *fines* generales como el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho.

Entre los elementos integradores del Derecho constitucional europeo se tiene que contar en primer lugar con aquellos textos normativos desde los cuales se procede a la extracción de los principios generales que conforman lo que en los Preámbulos de varios de ellos se denomina el legado común de “tradiciones políticas” o “valores ético-espirituales”. Sin embargo, el papel más relevante en la construcción y consolidación de esta nueva dimensión jurídico-constitucional lo está jugando seguramente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, junto a éste, los propios Tribunales Constitucionales estatales, cada vez más receptivos a la adopción de criterios hermenéuticos que se han ensayado previamente en las jurisdicciones constitucionales foráneas y en la Corte Europea de Justicia. Por último, y en tercer lugar, no se puede olvidar el desarrollo de una dogmática del Estado Constitucional que, desde una óptica comparatística y dotada de una buena dosis de homogeneidad en los planteamientos sustantivos y las metodologías utilizadas, está contribuyendo a lo que Häberle denomina con expresiones como “la idea de un pensamiento jurídico común europeo constitucional” o la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” [88].

Así, una innovadora Ciencia iuspublicista debería encargarse a partir de ahora de delimitar el contenido y *standards* mínimos de esta nueva

[88] Vid. P.Häberle- *Retos actuales*...Cit. Pág. 15 y ss.

categoría -Derecho Constitucional *común europeo*- como paso previo para establecer a continuación su grado de funcionalidad. El perfil material del *ius commune constitutionalis*, -por lo pronto el que hasta el presente parece aceptarse sin demasiada controversia- abarcaría un conjunto de principios fundamentales o generales: dignidad humana, democracia pluralista, subsidiariedad, Estado social de Derecho, federalismo-regionalismo); además de algunos de los derechos fundamentales y libertades que se relacionan en las tablas de derechos constitucionales y convencionales. Desde estos pilares quizás sea posible alcanzar en un futuro a medio o corto plazo un auténtico "Estado Constitucional Europeo"; si bien, mientras tanto, es aconsejable no forzar los procesos de convergencia más allá del ritmo que voluntariamente los sistemas jurídico-constitucionales puedan ir admitiendo. La razón estriba en que el principio de la soberanía estatal se mantiene aún firme tanto en su condición de principio fundamental en el orden constitucional, como expresión al mismo tiempo de la voluntad libre y democrática de los ciudadanos de cada Estado-nación.

Entre las "aporías y dilemas" con que se presenta la propuesta de Häberle, habría que plantearse, en primer lugar, si ese Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE), formado por una serie de principios comunes de naturaleza constitucional, no es más que una hipótesis doctrinal, simplemente "ideal", teórica o bien representa una realidad en alguna medida vigente. A esta cuestión se ha respondido indicando la indudable operatividad de principios o fines compartidos por la mayor parte de las Constituciones europeas. Lo que no nos impide apostillar que todavía es una tarea inconclusa, encomendada a los distintos operadores jurídicos (legisladores, jueces y especialmente la doctrina científica del derecho) y paso previo a la elaboración de una Constitución europea común [89].

Por otro lado, el DCCE no puede pretender imponerse en sentido vertical a los derechos constitucionales nacionales, como si se tratase de un proceso fundacional acelerado por la voluntad de un macro-poder constituyente; al contrario, no cabe aceptar aquí "hegemonías jurídicas" de ninguna clase, que reproduzcan la teoría de las "dos velocidades" en el ámbito de las aportaciones de la cultura jurídico-constitucional. Frente al riesgo de crear nuevos "directores de orquesta" y, en consecuencia, justificar así una inédita versión de dominación cultural, Häberle sugiere la idea de "partitura" donde se integran armónicamente las aportaciones más relevantes para ese DCCE procedentes de los diversos sistemas constitucionales nacionales. Esta actitud mediadora no sería incompatible, sin embargo, con la presencia de cierto protagonismo temporal en algunas de esas construcciones constitucionales que han marcado la evolución del derecho público del continente: el parlamentarismo de origen británico, las declaraciones de derechos francesas o, más recientemente, la protección

[89] Vid. A.Pérez Luño, *El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle*. *REP*. Núm. 88. 1995.

del medio ambiente que tiene en el artículo 24 de la Constitución Portuguesa su exponente más emblemático [90].

3.- Federalismo y Constitución europea como soluciones al déficit democrático e impulso al mismo tiempo del proceso de integración

El desenlace lógico de este proceso de *comunitarización* va a conducir necesariamente la elaboración de un texto constitucional común al conjunto de Estados y ciudadanos de Europa. Sin que haya de ser incompatible con la conservación de sus propios ordenamientos constitucionales, los miembros de esta comunidad supranacional tienen ante sí el desafío, casi exigencia ineludible, de reelaborar los fundamentos teóricos del Estado-Nación e intentar definir cuál será la función que deben desempeñar en el futuro las Constituciones.

Las dificultades de adaptación que conlleva la hipótesis -cada vez más cerca de verificación- de una Constitución Europea se centran en el principio de soberanía nacional. Punto de inflexión que marcaría la consolidación de una tendencia imparable, la eventualidad de una construcción constitucional de vocación supranacional plantea automáticamente la necesidad de reconstruir en parte la idea o concepto de soberanía [91], a partir seguramente de una pérdida de "auto-referencialidad" de los ordenamientos jurídicos nacionales [92]. Por de pronto, lo que parece estar cada vez más claro es la pérdida de un "derecho de secesión" de los Estados respecto de la Comunidad supranacional en la que se integran. Está incapacidad para "segregarse" representaría un claro exponente de la concepción limitada de la soberanía en cuanto poder superior e incondicionado [93].

En todo caso, la aprobación de una Constitución Europea empieza a perfilarse como una necesidad cuando se acepta la unificación en materia de derechos y libertades entre los más reticentes hasta ahora a modificar sus antiguas tradiciones constitucionales nacionales. El ejemplo más sintomático de la imparable progresión hacia un consenso en torno a la configuración de

---

[90] La puntualización pertenece de nuevo a Pérez Luño, cit. Pág.170.

[91] En este sentido se pronuncia G.Jáuregui, para quien "O bien se sigue manteniendo la tesis clásica de una soberanía entendida en su triple sentido de poder supremo, originario e independiente, o bien optamos por la idea de que es posible una soberanía compartida". Vid. G.Jáuregui Bereciartu. *El estado, la Soberanía y la Constitución ante la Unión Europea*. *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 53 (II). 1999.

[92] Empleamos este concepto aquí en el mismo sentido en que lo hace Aláez Corral, como "condición funcional de la existencia del sistema jurídico", que permite por tanto "seguir manteniendo la identidad de aquél y el cumplimiento por el mismo de su función de garantía de expectativas". Vid. B.Aláez Corral .*Soberanía constitucional e integración europea*. En *Fundamentos*. Núm. 1. Oviedo. 1998.

[93] Los Estados habrían dejado de ser los "señores de los Tratados constitutivos" y habrían perdido, de hecho, la posibilidad de retirada unilateral. La concepción restrictiva de esta dimensión de la soberanía nacional tendría una proyección sobre otras potestades estatales. Como advierte Díez-Picazo- "si no existe un derecho de secesión unilateral, es forzoso concluir que la pretensión por un Estado miembro de someter a control de constitucionalidad nacional aquellas normas de derecho comunitario que no reúnan ciertas características (señaladamente, la interpretación restrictiva de las competencias cedidas) carece del necesario fundamento jurídico último". Vid. L.M. Díez-Picazo, *Europa: las insidias de la soberanía*. En *Claves de la Razón Práctica*. Núm. 79. Enero-Febrero. 1998.

una “ciudadanía europea” está latente en la reciente incorporación por Gran Bretaña de la Convención Europea de Derechos del Hombre; incluso nos llama la atención que se acepte allí de mejor grado la “importación” por primera vez de una *tabla de derechos* antes que la integración en el sistema monetario comunitario.

Pero justamente sobre el concepto de ciudadanía se reconocen todavía visiones notablemente contradictorias. Porque en una época en la que el capital carece de “nacionalidad”, es decir, cuando apenas si le afectan los problemas relativos a los límites de una soberanía estatal progresivamente cedida a organizaciones supranacionales, se refuerza una orientación completamente opuesta al proyecto de una sociedad “solidaria”. La mejor expresión de cuanto decimos se puede localizar en el debate que se plantea a propósito de la posible extensión de los derechos constitucionales -en especial de los denominados “derechos fundamentales”- a aquellos sujetos sometidos a un régimen jurídico de “extranjería” [94]. La paradoja reside en el hecho, objetivamente verificable, de que esas voluntarias transferencias que se están llevando a cabo de importantes cuotas o parcelas de soberanía fuera de la esfera institucional de los Estados no van acompañadas de una actitud más positiva hacia la cesión “individualizada” de esa otra dimensión de la soberanía que implicaría reconocer un estatuto jurídico “igual” a estos aún *no-ciudadanos* (o *semi-ciudadanos*). Lo curioso de este fenómeno es que si en la actualidad los Estados está dispuestos a compartir con otras entidades de igual naturaleza sus respectivos ámbitos de soberanía, antes exclusivos y excluyentes, sigue sin flexibilizarse esa otra dimensión -subjetiva y pasiva- de lo que constitiye el elemento fundacional básico del Estado-nación. Pese a que los impulsos son por lo general esporádicos y coyunturales, no obstante se estaría avanzando hacia una dirección apropiada a través de las reformas de los Tratados (especialmente después de Amsterdan) y la aprobación de una Tabla de derechos para la Europa Comunitaria [95]. Precisamente este último

[94] En uno de los trabajos que recientemente han contribuido de forma más significativa a esta discusión (doctrinal, política y, por último, jurídica), Giovanni Sartori, considera, sin embargo, que la concesión sistemática de “ciudadanía” no favorece de manera automática la integración social del extranjero que no acepta las pautas culturales de la sociedad receptora; se muestra así contrario a las que él mismo denomina tesis “ciudadanistas”, que pretenden amparar sobre todo las identidades culturales de los llamados “huéspedes”, sin proteger lo suficiente el “pluralismo” cultural de los Estados constitucionales hacia donde se dirigen los flujos emigratorios actuales y en los que residirán esas minorías étnicas. En el fondo lo que está rechazando el autor italiano -y con lo que no dejamos de estar de acuerdo- es la potencial creación de una pluralidad de “derechos de ciudadanía” que, en el seno de estas sociedades de acogida, no generarían sino nuevas “sevidumbres de etnia”. Vid. G.Sartori. *La sociedad multiétnica*. Madrid.

[95] Un examen del contenido de la Carta de Niza nos permitiría reconocer una evolución favorable al reconocimiento de derechos a ciudadanos extranjeros en la esfera superior del ordenamiento comunitario. En su articulado se observa una sensibilidad notable hacia la particular problemática que está ocasionando el aumento del número de personas que carecen de “ciudadanía estatal”. De este modo, una parte importante de los “derechos fundamentales” de *ciudadano europeo* se han configurado como derechos de cualquier persona que resida en el territorio de la Unión. En concreto, el legislador comunitario ha sido especialmente generoso en materia de derechos conectados con el valor de la dignidad (Capítulo I), la libertad (Capítulo II) y la igualdad (Capítulo III), ya que se reconocen por lo general como derechos de la “persona”. Como no podía ser de otro modo, la Carta

es un caso emblemático de creación -no exactamente *ex novo*, pero sí de alguna manera constituyente- de una Declaración de Derechos *constitucionales comunes*, contenida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de Diciembre del 2000 en Niza [96].

Indudablemente el establecimiento de un régimen homogéneo de derechos, y sus correspondientes mecanismos -también uniformes- de garantía sólo podrá llevarse a término mediante la puesta en marcha de un poder constituyente supranacional. La tesis de la soberanía "compartida" muestra entonces su aplicación más idónea, permitiendo superar el rígido *corsé* dogmático con el que ha sido entendida, en cuanto poder supremo, ilimitado e indivisible, para disolver las fronteras que separaban el derecho interno del derecho internacional. De este modo, la nueva noción de soberanía podría resultar perfectamente compatible con una estructura política, soberana y dotada de su propia legitimidad democrática, en la que los ciudadanos vean asegurados una buena parte de sus derechos. La implantación de un nuevo orden constitucional europeo no tiene por qué suponer, ni la desaparición de los que han impulsado su generación, cuya existencia se supondrá siempre y en todo caso, ni tampoco la imposición de una jerarquía sobre los sistemas constitucionales de los Estados.

Como hemos apuntado ya, uno de los aspectos que están dificultando sin duda alguna el proceso de integración europea es el bajo nivel de democracia en la estructura institucional de la Unión. Este déficit democrático tiene una estrecha relación con la limitación de la soberanía estatal que supone el proceso de integración europea. Los Estados tienen que aceptar eventualmente decisiones que se toman por los organismos de la UE, decisiones que son a veces contrarias a la voluntad democrática que representan los Gobiernos de esos mismos Estados. Y sin embargo, es incuestionable que estos últimos han renunciado libremente a una parte de su autonomía "nacional" para decidir sobre los asuntos públicos internos; una renuncia sobre cuya legitimidad constitucional no puede dudarse con argumentos jurídicos de peso, ya que ha sido aceptada de forma con los necesarios controles democráticos y constitucionales: referéndum y

---

es bastante más ambigua en materia de derechos socio-laborales (Capítulo IV), ya que se ha preferido remitir la concreción del alcance de la mayoría de estos derechos a las legislaciones nacionales. Finalmente, y salvando la lógica exclusión del derecho a participar en la elección al Parlamento Europeo (y la protección diplomática y consular) para ciudadanos no comunitarios, el Capítulo V de la Carta introduce la faculta de cualquier "persona" para dirigirse al Defensor del Pueblo (de la Unión), tener acceso a documentos oficiales de las instituciones comunitarias y ejercer el derecho de petición ante el Parlamento Europeo (artículos 42 a 44); sin embargo, constatamos una considerable indefinición respecto de los derechos a la libertad de circulación y residencia (art.45), que no quedan garantizados de manera directa e inmediata mediante un enunciado donde se dice únicamente que "se podrán conceder", dejando en manos del legislador por tanto su futuro reconocimiento para los ciudadanos no comunitarios.

[96] Sobre la influencia que va a tener esta Carta de Derechos de Niza sobre el legislador interno y el contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales nacionales, vid. J.I.Ugartemendía Eceizabarrena. *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. IVAP. Oñati. 2001

reformas constitucionales y legislativas aprobadas por mayorías parlamentarias cualificadas [97].

El déficit democrático se proyecta además en una segunda dimensión, sobre la misma estructura interna de la UE. En este otro ámbito, también resulta innegable que la organización política comunitaria no garantiza suficientemente los principios tradicionales de cualquier Democracia Parlamentaria. Las decisiones son adoptadas por un Consejo (y el Comité de Representantes Permanentes) prácticamente sin transparencia de cara a la opinión pública europea. No existen, por otro lado, mecanismos efectivos de control desde el Parlamento Europeo, ni cabe activar por el momento instrumentos con los que exigir responsabilidad política a quienes ocupan la dirección política de la Unión. El déficit democrático tiene una evidente procedencia "funcional", que conecta sin duda con la "forma de gobierno" europea, caracterizada -como se acaba de observar- por el debilitamiento del papel que juega en la estructura institucional comunitaria el único órgano que ostenta una legitimidad democrática [98].

Pero el problema no sólo se circunscribe a la debilidad de los instrumentos de control o a los limitados mecanismos de participación dentro de la estructura orgánica de la UE. Una democracia no es posible sin un"pueblo europeo" con capacidad decisoria, dotado de un específico y propio "patriotismo constitucional" (Habermas). Por lo tanto, antes de que sea superada esta asignatura pendiente no se puede esperar que el ciudadano se considere implicado en la política comunitaria, sintiéndose parte de esa comunidad o *demos europeo*[99]. Por análogos motivos, el déficit democrático está en la base de esa reacción lógica de los Parlamentos nacionales, cuando intentan conservar parte del poder de disposición sobre cuestiones esenciales para su soberanía (política, social, económica). De este modo, es lógico presuponer que el proceso de europeización estará sujeto siempre a fuertes resistencias mientras no se amplíen y mejoren los mecanismos decisionales de la Unión, o lo que es lo mismo, hasta que sea posible generar una *voluntad política supra-nacional* diferencial, al margen

[97] Rubio Llorente, sin embargo, tiene sus dudas al respecto, ya que -a su juicio- "el déficit que en este plano existe no viene por eso directamente de las transferencias de poder en favor de la Unión, y en especial de la Comunidad, sino de la muy defectuosa manera en que esa traslación, calificada unas veces de limitación de la soberanía y otras de cesión de competencias o de soberanía, se ha formalizado en las Constituciones de los Estados miembros". Vid. F.Rubio Llorente. *El futuro político de Europa*. En Claves de la Razón Práctica. Núm. 90. Marzo. 1999.

[98] En este sentido se pronuncia G.Moschella,. *Principi di rapppresentanza politica e diritto di voto*. Ponencia integrada al Congreso organizado por el Dipartimento di Diritto Costituzionale e comparato: *I principi fondamentali del diritto costituzionale tra ordinamento comunitario e Stati nazionali*. Universidad de Nápoles Federico II. Napoles. 2001. En prensa.

[99] Con una orientación análoga a la aquí apuntada, no deja de tener razón R.Dehousse cuando señala que "trabado notablemente por la ausencia de una lengua y de una cultura política comunes, el debate político europeo queda limitado, y los movimientos transnacionales relativamente debilitados"; más interesante aún sería la propuesta que el autor realiza sobre la necesidad de "completar la revolución constitucional por una revolución democrática", lo que en el contexto supranacional , requiere "una Europa fundada no tanto sobre los derechos subjetivos, sino sobre la posibilidad para los ciudadanos de influir en las decisiones que se toman a nivel europeo". Vid. R.Dehousse. *Naissance d'un constitutionnalisme transnational*. En *Pouvoirs*. Núm 96. 2001. Pág. 30.

de las *voluntades nacionales* que se manifiestan y articulan a través de los sistemas electorales estatales.

Esta situación en poco mejora con el simple reconocimiento del *principio democrático* en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza [100]. Tampoco es suficiente para garantizar una verdadera democracia interna con la simple articulación del derecho de sufragio (activo y pasivo) en las elecciones al Parlamento Europeo (art.39); sobre todo si esta institución carece de competencias efectivas desde el punto de vista de la dirección política de la Comunidad.

Pero entonces resulta inevitable plantearse si la aprobación de una futura Constitución Europea solucionaría el déficit democrático de lo que a partir de ese momento dejaría de ser una unión supra-nacional para configurarse como verdadera Federación. La solución a este interrogante pasa en cualquier caso por la modificación en profundidad de la actual estructura orgánica y funcional de la Unión. El Parlamento Europeo, cómo órgano de representación política de los ciudadanos, tiene que ser el verdadero centro de gravedad de la Comunidad Europea. Para consolidar esta transformación será imprescindible la generación también de un verdadero sistema de partidos "europeo", a través del cual se articulen las demandas del conjunto de los ciudadanos europeos en programas políticos"globales", con una identidad -quizás menos ideológica y más social y económica- diferente a la que caracteriza los habituales programas de las formaciones políticas nacionales. Únicamente cuando se considere partícipe de aquellas decisiones que se toman por sus representantes en un Parlamento y Gobierno europeos el elector-ciudadano se implicará en este proceso de construcción de una Unión Europea federal.

La superación del déficit democrático se encuentra por consiguiente en la creación de una nueva "arquitectura constitucional" dentro de la UE que asegure la transparencia y el control social. Sin estos dos elementos, característicos de las democracias parlamentarias, no se podrá nunca acortar la distancia que existe en el presente entre el ciudadano europeo y las instituciones comunitarias. La falta de "lealtad" del ciudadano hacia las instituciones europeas, o lo que es lo mismo, la ausencia de un sentimiento de comunidad, es una cuestión que no se puede solucionar sólo con respuestas jurídicas o institucionales, que mejoran los niveles funcionales y competenciales de la Unión pero siguen sin promover los habituales esquemas *in put-out put* de cualquier sistema democrático.

Para lograr ese objetivo probablemente sea necesario empezar las reformas desde las esferas político-administrativas internas de los mismos Estados. En la actualidad, los Ejecutivos actúan dentro del Consejo y

[100] En el Preámbulo de la Carta de Niza se proclaman, como bases fundacionales de la Unión "los principios de la democracia y del Estado de Derecho", junto a "los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad". Sin embargo, compartimos en este punto la opinión de Augusto Barbera, para el que "el principio democrático es un principio de derecho positivo que une los Estados de la Unión, pero no una condición para reconocer como tal una Constitución". Vid. A.Barbera. *Esiste una "costituzione Europea?"*. En *Quaderni Costituzionale*. Núm. 1. Abril 2000. Pág. 69.

deciden las políticas comunitarias prácticamente sin ningún tipo de control por parte de los Parlamentos nacionales. Un claro ejemplo de esta nueva expresión de "racionalización" parlamentaria lo ofrece en España la Comisión Bicameral (Congreso-Senado) para Asuntos relacionados con la UE; un órgano de reciente creación que -hasta hoy al menos- se ha demostrado tan inútil como inoperativo para revalorizar el papel de las Cortes Generales en la formación de voluntad estatal en materia de política comunitaria. Las deficiencias funcionales que presenta el vigente diseño institucional conducen a pensar en la necesidad de acometer las imprescindibles reformas (constitucionales o legislativas) que permitan garantizar un intervencionismo efectivo -y directo, por qué no [101]- del Parlamento ante la Unión Europea.

Las dificultades para constituir una Federación Europea a corto (o quizás también, a medio) plazo obligan a analizar otras alternativas más "realistas". Por ejemplo, la propuesta de establecer una delimitación más precisa de los poderes de la UE. En este sentido, la definición más clara de las competencias de las instituciones europeas proporcionaría una mayor transparencia sobre la responsabilidad de las decisiones que afectan a los ciudadanos comunitarios. Los Gobiernos de los Estados no podrían escudarse en la las instituciones europeas para eludir el control de sus Parlamentos nacionales. Este objetivo de lograr una mayor transparencia política requiere, sin duda, una reforma de los Tratados, para definir más exactamente los poderes comunitarios. Pero igualmente exigiría con carácter previo una modificación de los textos fundamentales de los Estados miembros, con objeto de concretar cuáles serían los límites constitucionales a ese proceso de integración europea; al estilo de como se ha hecho en Alemania con ocasión del Tratado de Maastricht, e inclusive -para nosotros- de manera más pormenorizada aún [102].

Pero en la nueva era "post-estatal", el modelo que se presenta más adecuado para esta dimensión supranacional sería precisamente el federal [103]. En cuanto síntesis institucional que intenta equilibrar los principios de

[101] Rubio Llorente propone en este sentido la transformación de la representación estatal en el Consejo de la UE, dominada hasta hoy por los Gobiernos, por un tipo de delegación "parlamentaria", designada por el Parlamento y responsable ante éste. Vid. *El futuro político de Europa*. Cit. A nuestro modo de ver, una propuesta como la anterior requeriría seguramente una importante reforma constitucional en nuestro país, donde la Constitución reconoce sin paliativos la "dirección de la política exterior" al Ejecutivo de la Nación (art. 97, CE). Cierto que cada vez más, y de acuerdo incluso con una doctrina consolidada de nuestra jurisprudencia constitucional, la "cuestión comunitaria" ha dejado de pertenecer a la órbita material u objetiva de la política exterior para integrar de hecho las diferentes "políticas internas"; pero la traslación a las Cortes del control de la negociación estatal en el seno de las instituciones europeas vendría a modificar sustancialmente la configuración constitucional de nuestra forma de gobierno.

[102] Para Rubio Llorente, "la definición de los límites competenciales de la Unión y la garantía eficaz de su respeto, difícilmente podrán lograrse sin establecer en el texto de los tratados y de las constituciones nacionales cambios sustanciales y una coordinación que hasta ahora no ha existido". Vid. F.Rubio Llorente. *El futuro político de Europa*. en *Claves de la Razón Práctica*. Núm. 90.

[103] Como sostiene Böckenförde, "el camino de la integración pasa por el federalismo "; para el ilustre Magistrado del Tribunal Federal alemán, "el federalismo es una forma de mantener la autonomía de los Estados integrándolos al mismo tiempo en una unidad más amplia (...) en esa forma de organización tiene lugar, sin duda, una limitación de las competencias estatales, pero, en el marco de

unidad (política y funcional), por un lado, y de autonomía y pluralidad territorial [104], de otro, el federalismo representa la aspiración, además, por alcanzar una relación proporcionada entre una democracia (consensual y participativa) y una Libertad (responsable individual y societaria) [105] .

Desde este punto de vista, una Federación Europea (o Federación de Estados Europeos) contribuiría a elevar los niveles de democracia y de transparencia en el funcionamiento de las instituciones comunitarias. Contaría con un Gobierno elegido bien de forma directa por los ciudadanos (hipótesis bastante difícil en la práctica) o indirectamente (a través de una investidura del Parlamento Europeo) por los ciudadanos; el carácter representativo de este Ejecutivo europeo lo convertiría automáticamente en un órgano responsable políticamente de sus propias decisiones ante quien lo haya designado. Los Estados estarían representados en un Consejo, convertido ahora en una especie de Bundesrat, formado por los representantes de los Ejecutivos de los Estados, y con competencias en materias esenciales; se darían, pues, los elementos característicos que aseguran el principio democrático. Pero la creación de un Estado Federal Europeo puede llegar a convertirse en ser sólo un proyecto imaginario muy a largo plazo) en el contexto de la Europa "real". Precisamente desde un punto de vista "realista", la solución se encuentre no tanto construir un nuevo Estado (Federal), cuanto en introducir en las estructuras y en el funcionamiento de la UE los principios e instrumentos característicos del federalismo. Es lo que podríamos llamar como "federalismo funcional" [106].

Desde una perspectiva como la anterior, eminentemente pragmática, resulta posible observar cómo, en cierto modo, algunos de los principios y elementos de naturaleza federal se localizan ya en la UE. Entre los componentes estructurales que acercan la UE a un modelo federal sobresale en primer lugar los Tratados fundacionales, los cuales son y actúan de facto como una verdadera Constitución. Representan la norma superior desde un punto de vista jerárquico a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. El efecto de primacía y efecto directo convierte así a los Tratados en un orden constitucional con características y funcionamiento similares a cualquier Constitución Federal.

Esta superioridad y efectividad de los Tratados sobre las legislaciones estatales ha sido contrastada permanentemente por el Tribunal de Justicia

---

sus diferentes competencias, los Estados pueden mantener su propia identidad". Vid. entrevista a E.W.Böckenförde. En *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Núm. 7. 1995. Pág. 16-17.

[104] Para Kymlicka y Raviot, los principios del federalismo en las sociedades plurales, sobre los que existiría un amplio grado de consenso doctrinal serían: autonomía, cooperación, "frenos y contrafrenos", participación, respeto a la diferencia y identidades y lealtades múltiples. Vid.Kymlicka y Raviot, *Vie comumune: aspect internationaux des federalismes*. En *Revue Etudes Internationales*. Núm. 4 Diciembre. 1997. Pág. 779 y ss

[105] Para Rojo Salgado, el federalismo representa incluso una estructura político-institucional capaz "de ejercer eficazmente funciones de dirección, integración, mediación y control en el conjunto del planeta", además "de establecer democráticamente en el ámbito mundial los supuestos reguladores de la vida social". Vid. A. Rojo Salgado. *Globalización, integración mundial y federalismo*. *REP*. Núm. 109. 2000. Pág. 68.

[106] Vid. F. Carreras Serra. *La idea federal en la integración europea*. En *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 53 (II). Enero-Abril. 1999. Pág. 29 y ss.

de Luxemburgo. Este órgano jurisdiccional representa de hecho el papel de una auténtica jurisdicción constitucional. El parecido es también notable con los procedimientos que se plantean ante los tradicionales Tribunales Constitucionales nacionales y dispone -como éstos- de un "parámetro de constitucionalidad" (los Tratados fundacionales) [107]. Además, al igual que en los Estados Federales, el Tribunal de Justicia no realiza nunca un control político, sino jurídico, de los actos y normas aprobadas por las autoridades estatales.

Otro elemento de carácter federal que suministra la estructura orgánica de la UE es la elección directa por los ciudadanos del parlamento Europeo. Lo mismo ocurre con la elección de la Comisión por este órgano de representación política europea. Es cierto, no obstante, que el funcionamiento de estas dos instituciones (Parlamento y Comisión) contiene rasgos típicamente confederales, en la medida en los parlamentarios y comisarios europeos actúan con frecuencia más en defensa de los intereses nacionales que los generales o comunitarios.

Igualmente, se puede reconocer otro rasgo característico de una Constitución Federal en el establecimiento de una Declaración de Derechos (Bill of Rights). Antes de la aprobación de la Carta de Derechos de Niza, la garantía de unos derechos del ciudadano europeo ha sido obra y responsabilidad de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, integrando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hoy ya se cuenta con una declaración propia de derechos *constitucionales*, cuyo ejercicio se debe asegurar por igual a los ciudadanos de cada país. Esta igualdad es un principio básico en cualquier Constitución democrática desde finales del Siglo XVIII.

Incluso según la postura que defiende el propio Tribunal de Justicia la Unión dispone sustancialmente de una verdadera Constitución (parecer emitido en diciembre 1/1991); dispone a su juicio de un núcleo irreductible de principios inderogables, control de legitimidad mediante un recurso directo ante el Tribunal, y procedimiento de revisión análogo al previsto en los textos constitucionales estatales. De ahí que sea en buena medida de recibo la tesis que considera a los Tratados más que como una fuente "pactista" entre Estados soberanos, una verdadera fuente de derecho constitucional [108].

Sin embargo, todavía se pueden marcar diferencias cualitativas que separan a la UE de una auténtica Constitución Federal. En materia de Derechos, la Declaración de Niza no tiene apenas efectividad como norma jurídica obligatoria para el legislador estatal. Por otro lado, las diferentes realidades sociales y económicas que subsisten entre Estados de la UE

---

[107] Vid. A.Saiz Arnáiz. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *como* Tribunal Constitucional. En *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 53 (II). Enero-Abril. 1999. Pág. 223 y ss.

[108] Augusto Barbera se plantea esta cuestión sin llegar -si no interpretamos erróneamente sus palabras- a una conclusión definitiva: "la respuesta a la pregunta es a mi modo de ver positiva como negativa al mismo tiempo; no existe ya -afirma- una constitución europea, pero estamos en presencia de una constitución europea en proceso, fruto del poder constituyente de los Estados". Vid. A.Barbera. Cit. Pág. 77.

hacen difícil -si no imposible- garantizar un principio elemental característico de los Estados y Constituciones Federales: la uniformidad de las condiciones de vida entre los ciudadanos de los estados. Esa igualdad real y efectiva en materia de derechos sociales (sanidad, educación, seguridad social, etc.) no deja de ser todavía una *desideratum* o utopía en el interior de la UE, pese a que algo se avanza en este sentido tras la regla programática que se enuncia en el artículo 36 de la Carta de Niza [109]

Finalmente, y en lo que respecta al sistema de distribución de competencias (UE-Estados) se observan en el ordenamiento comunitario algunos de los principios característicos de un modelo federal. Nos referimos tanto al principio de lealtad *comunitaria* (art. 5 del Tratado de la CEE) como al principio de los poderes implícitos (*implied powers*). Los rasgos de un federalismo están presentes cómo no también en el principio de subsidiariedad; este último parece un presupuesto competencial exclusivo o de origen netamente comunitario, pero en realidad se trata de un criterio de distribución funcional presente en cualquier forma de Estado descentralizada, en donde sea necesario dividir las responsabilidades públicas entre un centro (Federación) y una periferia (estados).

4.- Conclusiones

El reto "europeo" del Derecho Constitucional del siglo XXI se enmarca en un proceso de dimensiones superiores. Efectivamente la "globalización" representa uno de los desafíos a los que tendrá que enfrentarse el constitucionalismo del futuro. Estamos convencidos de que todavía con una "ideología de la Constitución" se puede seguir haciendo frente común contra una lógica de la globalización en la que se encuentra inmersas, o sería más correcto decir que perdidas, aquellas "viejas"categorías dogmáticas sobre las que en su día se asentó el nacimiento del Estado moderno constitucional [110].

Por tanto, en el futuro será inexcusable para la Ciencia del Derecho Constitucional examinar en profundidad este fenómeno de la "mundialización" para intentar descifrar sus efectos sobre los sistemas político-constitucionales. Con esta premisa metodológica hay que abordar el problema -sobre el que existe ya una constancia indudable- de cómo el

[109] En efecto, en ese precepto el "legislador *constitucional* europeo" parece haber tomado nota de la necesidad de hacer efectivo el principio de igualdad inter-territorial, propio de los Estados Federales, adaptándolo a la esfera política comunitaria:
"La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión".

[110] Porque, como afirma acertadamente Pedro de Vega, "nos enfrentamos (...) ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública". Vid. *Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual.* Cit. Algo más "optimista" quizás que el profesor de Vega, Asensi Sabater considera que "en cualquier caso, la constitución aparece ahora como la referencia última, como el símbolo estabilizador de una sociedad, como la norma a partir de la cual conjurar los evidentes síntomas de desintegración del Estado". Vid. J.ASensi Sabater, *La época constitucional.* Valencia. 1998. Pag. 182.

ensanchamiento de los espacios sociales, económicos y culturales que supone este proceso de globalización no ha ido acompañada al mismo tiempo de una ampliación de los "espacios políticos". Desde esta perspectiva hay que señalar -tomando de nuevo prestadas las palabras de Pedro de Vega- que "continúa siendo el Estado el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia" [111].

Aunque, en ese mismo marco *global* resulta igualmente cierto a todos los efectos que el Estado hoy es incapaz -por sí mismo- el bienestar general y el progreso social y económico de sus ciudadanos. De hecho, y para cualquier aproximación científica que pretenda descubrir la realidad constitucional que configura esta nueva situación, no se puede ocultar la existencia de unos hegemónicos"factores reales de poder" -llámense ahora los grandes meta-poderes financieros o las tecnocracias hegemónicas- que amenazan permanentemente la soberanía política del Estado constitucional, el concepto de ciudadanía y el mismo principio democrático.

Si seguimos el razonamiento de Pedro de Vega, la única salvación para un Habermas ante la generalización de tanta racionalidad instrumental y tecnocrática quedaría cifrada en las posibilidades que ofrece el "mundo de la vida", esto es, el espacio donde se desarrolla la vida cotidiana del ciudadano. Un planteamiento como éste tiene la ventaja acaso de desvelar "la cara oculta del poder" en los espacios de la micropolítica, allí donde se vuelve capilar o casi imperceptible pero donde está siempre presente [112]. Pese al interés de este tipo de prospectivas "desmitificadoras"–y, de alguna manera excesivamente optimistas- lo cierto es que se necesita todavía una dimensión estructural y general para comprender todas las consecuencias sobre el Estado Constitucional del que podríamos llamar, a partir de ahora, "efecto de globalización".

Quizás estamos asistiendo en realidad a una nueva edición de la clásica tensión dialéctica que ha girado siempre en torno al eje realidad-normatividad constitucionales. Sólo que ahora la integración del positivismo en un contexto socioeconómico que traspasa las fronteras del Estado nacional exige probablemente la adaptación de los tradicionales contenidos del constitucionalismo, sin renegar por ello de los valores y principios que forjaron en su día esa disciplina jurídica y la convirtieron en el -hasta ahora- mejor instrumento garantizador de los derechos y la libertad del ciudadano.

En el fondo no estamos proponiendo si no seguir a pie juntillas la recomendación que nos sugiere Hesse cuando se refiere a la necesidad de "observar cada vez más los acontecimientos futuros"; o lo que es lo mismo de "cobrar conciencia del significado de nuevos problemas para los derechos fundamentales, para los órganos estatales establecidos en la Constitución, sus tareas y la forma de realización , y para adoptar las disposiciones con

[111] Ibidem.
[112] Vid. J.J. Ruiz-Rico López -Lendínez. *Hacia una nueva configuración del espacio político*. San Sebastián. 1978.

las que el orden constitucional pueda hacer frente a nuevas situaciones o las condiciones de funcionamiento, y buscar vías que hagan posible bajo condiciones distintas una existencia libre y digna”[113].

[113] Vid. K.Hesse. *Constitución y Derecho Constitucional*. Manual de Derecho Constitucional. (AA.VV.). IVAP. Madrid. 1996.

LAS FUNCIONES SUBSIDIARIAS DE LA COMPARACIÓN EN EL ESTUDIO DE LOS ORDENAMIENTOS FEDERALES Y DEL GOBIERNO LOCAL[114]

Lucio Pegoraro
Universidad de Bolonia

SUMARIO: 1.- Premisa. 2.- Finalidad práctica del derecho comparado. 3.- Derecho comparado y federalismo: supuestos de recepción acrítica. 4.- Derecho comparado y administración local: la legislación nacional y las influencias externas. 5.- Las aportaciones del derecho comparado a nivel local. 6.- Conclusiones.

1. La creciente invasión del derecho producido por la Unión Europea, desde el Acta Única, pasando por el Tratado de Maastricht, hasta la «Carta» de Niza, comporta desde el punto de vista doctrinal importantes consecuencias en relación con el estudio del derecho comparado.

El proceso de integración europea, y paralelamente la consolidación de estudios de derecho comunitario, ha provocado, de una parte, que los ordenamientos de la Unión Europea sean más conocidos tanto en su individualidad como en su especificidad; y de otra, que el mismo ordenamiento de la Unión sea asumido como un ordenamiento de comparación con otras realidades institucionales. En particular, el proceso de federalización en marcha requiere de investigaciones comparatistas sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea, y sugiere la comparación con fenómenos similares existentes en el pasado, como el que condujo al nacimiento de los Estados Unidos de América o, más recientemente, a la Comunidad de Estados Independientes. (Aunque el derecho comunitario mantiene, aún hoy, una autonomía científica respecto del derecho público comparado, de hecho todavía es tratado en el ámbito de los estudios internacionales, debido al carácter pactista que mantienen las relaciones entre los Estados miembros de la Unión.)

En este contexto, los estudios comparatistas contribuyen a enriquecer el *milieu* cultural desde el cual, con el paso de los años, los Países europeos han encontrado o encuentran razones para formar una «*more perfect union*». Al mismo tiempo, tanto la normativa como la jurisprudencia europea obligan a la doctrina a desarrollar estudios desde nuevas perspectivas: por ejemplo, apartándonos de los esquemas tradicionales, quizás sea el momento de preguntarse sobre la influencia de los modelos nacionales en la formación del sistema comunitario de toma de decisiones (y viceversa); sobre el papel del intérprete comunitario respecto a los procesos de validación y homologación llevados a cabo por la jurisprudencia nacional (y viceversa, sobre la influencia de los modelos continentales e insulares en la jurisprudencia comunitaria); sobre la posibilidad de reconducir al esquema

[114] Traducido del italiano por Alberto Anguita Susí, de la Universidad de Jaén y supervisado por Jorge Lozano Miralles, de la misma Universidad.

clásico la «forma de gobierno» de la Unión, así como sobre la exigencia de reconsiderar los distintos modelos de formas de gobierno a la luz de la experiencia de la Unión Europea; sobre la oportunidad de investigar en términos de «proceso», en lugar de «estáticamente», las relaciones entre las constituciones económicas nacionales y la constitución económica europea, ... y así sucesivamente.

El sector más tradicional, dentro de la temática «europeísta», que queda al análisis de los comparatistas es el referente a los temas relacionados con los procesos de federalización y descentralización –que son actualidad en varios Países de la Unión (Bélgica, España, Reino Unido, Italia, incluso Portugal y Francia)– además de los procesos inversos, es decir centrípetos, que tienden hacia una mayor concentración de poderes en los órganos de la Unión.

Tomando igualmente como referencia la experiencia europea, en el tema de la descentralización del Estado el hecho de observar la experiencia de otros ordenamientos no sólo es conveniente sino indispensable para comprender las técnicas y los sistemas de reparto de competencias entre el centro y la periferia, los modelos organizativos, las relaciones entre órganos, el papel del personal político y funcionario, las modalidades de prestación de los servicios, los tipos de controles, las tendencias en materia de cooperación y de colaboración, la evolución en cuanto a la formación de la voluntad de los entes, el empleo de las instituciones de democracia directa y su incidencia en los procesos de decisión, etcétera.

El análisis sobre cómo se lleva a cabo el reparto horizontal del poder en otros ordenamientos –así como sus aspectos específicos– es importante no sólo para quien debe innovar y mejorar el sistema global –digamos el legislador nacional (por no decir el comunitario)– sino también para quienes tienen la función de interpretar la legislación nacional (o las normas comunitarias) y, sobre todo, de integrarla, aprovechando los espacios de autonomía concedidos por la Constitución, por los Tratados (por ejemplo: la Convención de Madrid, la Carta Europea de la autonomía local, etc.) y por la propia ley.

En una época de integración más estrecha entre los sistemas jurídicos, de circulación de conocimientos, de expansión de los principios de la liberal-democracia, el estudio del derecho comparado asume consecuentemente un papel cada vez mayor, especialmente en Europa, no sólo porque amplía los conocimientos sino también por su gran importancia práctica, por lo demás sólo extrañamente percibido por quien, inconscientemente, hace uso de él.

Con el fin de evitar el riesgo de acríticas introducciones, la ciencia comparatista proporciona los instrumentos idóneos para colocar cada institución en el contexto global, y para confrontar los diversos contextos. Sólo si el contexto es efectivamente homólogo puede conjurarse, o atenuarse al menos, el peligro de una «crisis de rechazo», que siempre podrá darse cuando exista una imitación servil de una institución en un sistema inadecuado, por una u otra razón, para acoger el «cuerpo extraño».

2. Si la finalidad básica del derecho público comparado consiste en organizar sistemáticamente el conocimiento en el sector que le corresponde, su misión no se agota con la simple investigación teórica, con meros fines especulativos. Como otros aspectos del conocimiento humano, el resultado de la investigación puede ser utilizado también a nivel práctico.

El análisis de los procedimientos de revisión constitucional, de la aplicación de las cartas de derechos, de las nuevas funciones de los Tribunales constitucionales, del proceso de *devolution* en el Reino Unido, de los referéndums en el ordenamiento local, del derecho de acceso a las administraciones públicas, etc. conlleva importantes repercusiones, que los comparatistas suelen destacar cuando delimitan las llamadas «funciones subsidiarias de la comparación». Funciones que, sin pretensión alguna de exhaustividad, nos disponemos a enumerar sumariamente.

a) En primer lugar, los resultados de los estudios comparados son indispensables en el ámbito de producción legislativa. Dentro de todas las asambleas parlamentarias (además de en los ejecutivos, y a menudo en las asambleas de los entes territoriales subestatales) existan órganos especializados en el estudio de ordenamientos extranjeros, siendo extraño que un proyecto de ley sea redactado sin tener en cuenta la experiencia vivida en otros lugares. A menudo, tales órganos proporcionan a los parlamentarios *dossieres* donde se contienen los textos normativos de referencia, a veces acompañados de comentarios, o incluso de prólogos ilustrados. Es necesario un sólido conocimiento comparatista para detectar tanto las afinidades como las diferencias, para evitar traspasos ineficaces o, aún peor, perjudiciales, y para comprender si el «caldo de cultivo» del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fértil o estéril.

En un plano superior, la elaboración y la modificación de textos constitucionales requiere, a su vez, una especial sensibilidad comparatista. Con la llegada de nuevas oleadas de constitucionalismo, especialmente de la Europa del Este, asistimos a un intenso intercambio de experiencias y de conocimientos (en una primera fase por lo demás unidireccional), que se demostró útil para la redacción de nuevos textos constitucionales en ordenamientos jurídicos que salieron de longevas dictaduras.

Este fenómeno no se ha limitado a las reformas constitucionales o legales. En una época caracterizada por la decadencia de los parlamentos como lugar de elaboración de los textos jurídicos, en beneficio de los ejecutivos y de los entes territoriales descentralizados, también la producción sub-primaria debe tener en cuenta el derecho comparado: no sólo para la articulación de técnicas de deslegalización y de control de ésta, sino también para la elaboración de su regulación sustancial. (Piénsese en la normativa reglamentaria en materia de organización de los órganos de la administración pública, de procedimiento administrativo, de estructura y poderes de las agencias y autoridades independientes, etc.)

En ausencia de la labor del comparatista, que no se limita a estudiar un sistema jurídico extranjero, sino que *además* analiza todos los elementos a

los que por ahora se han hecho mención, la producción normativa influida por experiencias extranjeras podría conducir a resultados desconcertantes. Basta pensar en la introducción de la figura de la moción de censura constructiva en el ordenamiento local italiano, efectuada con el fin de dar mayor estabilidad a los ejecutivos locales, sin que se den las condiciones que permiten a este instituto, al menos en Alemania, producir los resultados para los que ha sido previsto en el *Grundgesetz*: existencia de un fuerte bipartidismo, con un tercer partido pequeño que puede ser el árbitro de la situación; posibilidad del Gobierno de controlar al Parlamento desde una posición minoritaria; previsión del «estado de emergencia legislativa» para afrontar crisis. Estas condiciones faltan en Italia, donde incluso la moción constructiva ni tan siquiera existía, y donde todas las crisis eran consecuencia de dimisiones voluntarias, por lo demás debidas a litigios internos en las coaliciones de gobierno. El resultado debido a la falta de comparación, o a un uso meramente político y propagandístico de la misma, ha sido el fracaso más absoluto de la moción constructiva: los ejecutivos locales han continuado con la práctica de las dimisiones voluntarias, incluso algunos días después de la reforma legislativa, que al cabo de tres años ha sido superada por una nueva ley sobre la elección directa del alcalde.

b) La función de ayuda para la redacción de normas adquiere una importancia creciente en una época en las que las interacciones entre las experiencias jurídicas es cada vez mayor, especialmente en el ámbito comunitario, lo que conecta con una segunda función: la de dotar de uniformidad a las normativas.

El estudio y la comparación entre diversas normativas permite a los operadores jurídicos disponer del material necesario para elaborar textos jurídicos comunes, concretando los factores de contacto y de conflicto, con la finalidad de conseguir normativas lo más homogéneas posible.

c) La labor de los comparatistas es igualmente importante para la elaboración de los tratados y convenios internacionales. A su vez, los actos de derecho internacional y los derivados de los órganos de la Unión Europea, a la hora de crear un conjunto de principios y reglas comunes, influyen sobre otra función accesoria del derecho comparado: el auxilio interpretativo en la atribución de significado no sólo a los actos internacionales y comunitarios sino también a los propios de cada ordenamiento, lo cuales deben ser interpretados de acuerdo con su relación con las otras disposiciones del sistema jurídico de referencia, pero también de acuerdo con el significado originario que se les ha querido atribuir para obligar a *todos* los ordenamientos jurídicos interesados. También puede ser útil para el juez, para la administración –sea central o local– y para el mismo ciudadano, la búsqueda comparada de la interpretación que en otros ordenamientos se atribuye a una disposición que debe ser interpretada en el propio ordenamiento.

3. La doctrina jurídica siempre ha mostrado amplia atención a las distintas modalidades de descentralización de los ordenamientos jurídicos; los

estudios existentes hasta ahora se han dado siempre en clave macrocomparativa, casi siempre con una finalidad clasificatoria. Además, las investigaciones desarrolladas en diversos países no han dejado de producir resultados prácticos: de hecho se han utilizado para redactar nuevas constituciones, o para llevar a cabo reformas legales o administrativas y también en clave interpretativa.

Sin embargo, los resultados de las investigaciones y de las clasificaciones obtenidas no son unívocos: a la incertidumbre doctrinal para determinar qué significa «Estado federal», «federalismo», «Estado regional», «Estado autonómico», y ahora «*devolution*» (existe más acuerdo a la hora de definir el término «confederación») se unen, complicando la situación, también algunas autocalificaciones surgidas en sede constitucional, que ponen en entredicho su inclusión dentro de los (escasos) esquemas doctrinales consolidados. (Basta pensar en el caso de Bélgica, que se autocalifica como un Estado «federal», cuando éste carece de algunas de las características consideradas por la doctrina como esenciales para que un ordenamiento pueda ser calificado como tal.) La realidad es que los términos mencionados poseen una fuerte carga connotativa de carácter positivo, que condiciona las formas de admisión de modelos y también de singulares figuras propias de cada uno de ellos. Por último, puede observarse que son tantas y tales las mezclas, que incluso en la aplicación práctica es problemático referirse a modelos eurísticos unitarios, lo que lleva adicionalmente a aumentar la confusión.

Las propuestas de la Comisión parlamentaria para la reforma constitucional en Italia son significativas al respecto: aunque se adjetivó como «federal» el ordenamiento de la República, la susodicha Comisión propuso mantener básicamente la composición del Senado, excepto en lo que afecta a su integración con representantes de las Regiones y de los entes locales para la aprobación de aquellas leyes que les afecten. Esto –es notorio- no sucede en ningún otro ordenamiento federal (antes al contrario, una representación «mixta» es más bien típica de un Estado centralizado como Francia). Además, las Regiones eran excluidas del procedimiento de revisión constitucional, mientras que en los Estados considerados federales los entes periféricos mayores participan bien directamente, bien a través de la segunda Cámara en esa revisión.

Hasta aquí se podría decir que estamos sólo ante una utilización abusiva de la palabra «federal» para designar un sistema de distribución del poder que no es propio de los ordenamientos federales. (Esto mismo se repite también en gran parte de los proyectos legislativos presentados en las dos últimas legislaturas: incluso los propuestos por la Liga Norte fueron en la dirección no de un ordenamiento federal sino, más bien, confederal.) También cabe observar que, al menos en Italia, incluso las referencias específicas a determinados modelos de federalismo y regionalismo, como los casos alemán y español, están casi siempre fuera de lugar: en cuanto al primer caso, los políticos que se han referido a la experiencia de Alemania casi siempre han sugerido importar el sistema de reparto de las

competencias, pero no lo que parece caracterizar verdaderamente a aquél modelo: la singular composición de la Cámara Alta *(Bundesrat*), sus miembros provenientes de los Gobiernos de los *Länder* y el mandato que les vincula. Quien, en cambio, se ha fijado en el caso español, casi siempre ha quedado fascinado por el modelo de desarrollo económico de Cataluña, circunscribiendo las razones de ese éxito a las soluciones jurídicas del sistema autonómico, sin tener en cuenta otros importantes factores.

Además, desde hace algún tiempo –tras la reforma introducida por el Gobierno Blair en el Reino Unido– está en boga en Italia utilizar, en lugar del término «federalismo», la palabra «*devolution*»: con la que por otra parte no se designa un genuino modelo de descentralización, obtenido de un análisis diacrónico y sincrónico de los componentes comunes que caracterizan la *devolution*: en efecto, falta fuera del Reino Unido cualquier otra experiencia concreta que conecte el referente con el uso de la palabra. Y al contrario, el modelo histórico de *devolution* –el único llevado a cabo en este País– ha desarrollado características muy diferentes en Escocia y en Gales (en donde asume el perfil de un mero fenómeno de descentralización administrativa, a diferencia de lo que sucede en Escocia). En consecuencia, este término, fuera de Gran Bretaña, puede asumir todos los significados posibles, caracterizándose –a nivel comparativo– porque la transferencia de competencias puede ser tanto legislativa como administrativa o solamente administrativa y porque el control del reparto competencial queda fuertemente en manos del poder central.

Es cierto, por tanto, que sólo el sistema consistente en analizar las analogías y las diferencias, así como la sensibilidad a la hora de comparar contextos culturales, políticos, institucionales, e incluso lingüísticos, permiten construir las bases para hacer un uso perspicaz de las enseñanzas que provienen del extranjero.

Aunque esta sensibilidad, en materia de relaciones entre el Estado y las entidades superiores descentralizadas, se refleja en la doctrina de casi todos los Países, no siempre es suficiente para impregnar el nivel «político»: al que compete, en última instancia, proponer y asumir las decisiones.

La carencia cultural no es naturalmente la única causa de que se realicen imprudentes recepciones (o de abusos lingüísticos), como tampoco la profundización en algunos temas concretos, tarea llevada a cabo por la doctrina y conseguida a nivel práctico, es la única razón de algunos trasplantes exitosos. Y sin embargo, incluso en el ámbito que nos interesa, existe un profundo vínculo entre el trabajo de la doctrina jurídica y la actividad práctica (funciones «subsidiarias» de la comparación).

Los casos de aplicaciones incorrectas, o cuando menos de *misunderstanding*, o incluso de desinterés por las experiencias que provienen del exterior, se encuentran relacionados con algunos aspectos particulares. Nos referimos no sólo a la actividad legislativa elaborada a nivel nacional, sino también a algunas «trasplantes» realizados en el nivel descentralizado, en los espacios de autonomía normativa regional protegidos por la Constitución.

Por ejemplo, todas las Regiones italianas han previsto la Institución del Defensor del Pueblo, a través de una recepción «dialectal» de figuras similares implantadas en otros Países, sin tener en cuenta la existencia de posibles contraindicaciones.

Igualmente, son muchas las regiones que pretenden introducir la figura del referéndum abrogativo (también) para los actos administrativos, sin reparar en que el referéndum abrogativo de normas es una figura característica sólo de Italia (y si alrededor de doscientos ordenamientos estatales no lo han introducido será por alguna razón), mientras que el referéndum sobre resoluciones y actos administrativos resulta absurdo incluso para quien sólo tenga conocimientos rudimentarios del significado de los términos «abrogación» y «anulación».

Por otro lado, la comparación de figuras como las autoridades independientes (en nuestro caso, regionales: aunque este peligroso ejemplo provenga del poder central), que tendría su lógica en un contexto de *shared powers*, como el estadounidense, presenta no pocas contradicciones: provocan una radical separación entre el legislativo y el ejecutivo en ámbitos aún no preparados, desgastan el poder de control del legislativo local (además del central), permiten la creación de zonas francas tanto desde el punto de vista normativo como administrativo, sin que a esto se acompañe los *cheks and balances* que las hacen eficaces en la administración norteamericana.

Los ejemplos podrían continuar: baste pensar en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo (tanto el modelo semi-presidencial, como el de parlamentarismo racionalizado más en boga, aumentan las potestades de dirección del Gobierno sobre el procedimiento legislativo, siempre ausentes en los estatutos y en los reglamentos de los parlamentos regionales, y muy débiles también en las propuestas de reforma); en las relaciones entre el presidente directamente elegido y «su» ejecutivo. (También en este caso, a pesar de que los ejemplos extranjeros vayan en otra dirección, los criptotipos partidistas que invaden la cultura política italiana sugieren un férreo control sobre el presidente de la Región por parte de los partidos y, por tanto, con pocos poderes en relación con «su» equipo.); y también en las relaciones entre políticos y dirigentes, donde los esquemas del *spoils system* se han mezclado en una monstruosa criatura cuya otra cabeza es el modelo de administración neutral de tipo francés.

4. A diferencia de lo que ha sucedido con el federalismo/regionalismo, en el tema del gobierno local el estudio de las experiencias extranjeras no ha dado lugar, tanto en la literatura en lengua italiana como en la extranjera, a monografías comparatistas propiamente dichas; sin embargo, no faltan (incluso, son numerosos) las obras que recopilan trabajos referidos a ordenamientos particulares, más concretamente, a ciertos modelos clásicos (inglés, francés, alemán, americano etc.) o a algunos que despiertan un particular interés (belga, español, austriaco etc.) o, en fin, a ordenamientos que introducen –con algunos estereotipos emergentes de experiencias

pasadas– elementos obtenidos de los modelos prototípicos (Europa del Este).
Mientras que, por lo que se refiere al federalismo, la causa de que se den algunos casos de desacertada aplicación, tanto a nivel nacional como periférico, parece imputable a la fractura entre la teoría (que ha alcanzado un estadio avanzado) y la actuación práctica, en el ámbito local se advierte, *además*, una falta de fondo en el análisis (sólo parcialmente conseguido por algunos estudios pasados y recientes en la materia). Esto hace que los ejemplos de recepciones improvisadas se multipliquen, aunque nadie es tan ingenuo como para pensar que la sola aportación de la doctrina pueda incitar al legislador nacional o a los administradores locales a que sometan los intereses en conflicto a soluciones razonables. (Lo que naturalmente sirve también para las soluciones adoptadas a nivel regional).

El desinterés (o mejor, la mala comprensión) por las experiencias vividas de otros lugares se advierte, ante todo, en la actividad normativa, notándose tanto a nivel nacional como local.

Sobre la forma de gobierno local, el legislador italiano se muestra bastante atento al derecho comparado, tan es así que, experimentalmente, ha implantado una forma de gobierno vagamente semi-presidencial, copiada del clásico sistema nacional francés, lo que podría entenderse como una especie de experimento que podría ser trasladable posteriormente a niveles superiores. Por otra parte, algunos obstáculos de naturaleza política han contribuido a bloquear –al menos inicialmente– el mecanismo, con la introducción (ya denunciada) de una figura no importable al sistema de partidos italiano, como es la moción de censura constructiva. Del mismo modo, el estudio del derecho comparado es de vital importancia para señalar los méritos y defectos de los diversos sistemas electorales: si bien algunos de éstos no rechazan adaptaciones a la realidad política de cada País, tampoco aportan adecuados rendimientos cuando se mezclan excesivamente fórmulas y criterios copiados a la baja, casi siempre con poca perspectiva estratégica de modelos muy diferentes entre sí.

En íntima relación con el tema de la forma de gobierno encontramos el de la legitimación y la consecuente responsabilidad. En los último años, se ha asistido en Italia a una progresiva transformación de la administración local, no sólo mediante una devolución de competencias a los directivos, sino también con la entrada masiva de personal nombrado políticamente, que ha puesto en entredicho las bases del modelo de administración «neutral» de origen francés. La introducción de un parcial *spoils system* (utilizado durante mucho tiempo tanto en la administración americana como en la británica) ha suscitado (y continúa haciéndolo) problemas de índole teórica y práctica, que podrían resolverse, al menos parcialmente, o cuando menos afrontarse de manera más consciente, prestando una mayor atención a las experiencias extranjeras: baste pensar en las relaciones entre asesores (políticos) y directivos también nombrados políticamente; en el problema del nombramiento de asesores «técnicos» (¿quién trabaja como «técnico» en este supuesto? ¿El asesor o el directivo?); en las relaciones entre

funcionarios de carrera y funcionarios temporales. Y finalmente, en la delicada cuestión de las relaciones entre el director general (figura copiada del *city manager*) y el secretario general, cuyas funciones han ido devaluándose llegando en algunos casos a desaparecer.

En materia de participación, de referéndum, de procedimiento de formación de la voluntad del Pleno, la solución italiana ha consistido en conferir una amplia autonomía a las opciones adoptadas por cada administración. Consecuentemente, en este nivel es donde la sensibilidad comparatista puede operar y el conocimiento de otros ordenamientos (así como la problemática de las recepciones) puede resultar beneficioso.

El estudio de los modelos extranjeros también puede ser indicativo en otros importantes aspectos. Aparte de la comparación diacrónica italiana, también la sincrónica, en referencia sobre todo a Francia, demuestra la extrema dificultad que encuentran las uniones forzosas de los pequeños municipios, como recientemente han sostenido, confrontando sus respectivas experiencias, L. Vandelli y D. Rousseau. De aquí que sea oportuno profundizar en la experiencia francesa, donde la solución para una mejor y más económica prestación de los servicios se concreta en la institución de los consorcios tanto monofuncionales como polifuncionales. Así pues, sólo acudiendo a las instituciones de otros países es como pueden conseguirse significativos logros en cuanto a los sistemas de prestación de servicios, a la institución de ciudades metropolitanas, a la introducción de particulares formas de control (como el de calidad), etc.

Desde la perspectiva parlamentaria, finalmente, la comparación con otros ordenamientos –especialmente con los anglosajones– suscita algunas reflexiones sobre la técnica de redacción de las fuentes. La pertenencia del ordenamiento jurídico italiano a un sistema diferente –en el Reino Unido y en general en los ordenamientos de la *common law* la redacción de los textos jurídicos es bastante más rigurosa y detallada– no impide que también Italia (como otros países) pueda utilizar la cultura y las orientaciones que provienen de más allá del Canal de la Mancha (y de más allá del océano) en materia de elaboración de leyes. De análoga tradición –pero también de ámbitos diversos, como Francia o Alemania– provienen las solicitudes de periódicas reunificaciones o codificaciones de legislación (adoptadas por el legislador italiano, por ejemplo, con la redacción del Texto único sobre los entes locales); pero también aquéllas (no adoptadas) cuya finalidad es la de una mayor estabilidad normativa.

5. Desde la perspectiva de los entes locales, los espacios de autonomía garantizados desde 1990 (Ley 142) ha propiciado que los operadores experimenten conscientemente la introducción de algunas figuras extranjeras en ámbitos donde la posibilidad de rechazo esté lejana. Conocer el derecho comparado, en definitiva, puede ser útil no sólo para la redacción de estatutos y reglamentos más legibles (e interpretables), sino incluso más funcionales, con todas las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al nivel de eficacia del órgano de que se trate, a la estabilidad de la

administración, a la buena relación entre representantes y representados, a la mayor calidad en la prestación de los servicios, a la calidad y agilidad de las decisiones, y así sucesivamente. Pongamos algunos ejemplos.

En cuanto a la forma de gobierno local, la autonomía otorgada a los municipios (y a las provincias) obligaba (y todavía obliga) a la administración local a tener presente algunos modelos –en particular, el alemán y el austriaco– con el fin de distribuir las competencias entre los órganos políticos, remarcando o no el papel del alcalde. (No por casualidad, sobre todo en el Norte, ha habido quien ha llegado a evocar la figura del *Burgmaister*.) Paralelamente, a muchas administraciones les ha surgido el problema de configurar un adecuado sistema electoral para las circunscripciones municipales. En este sentido, más que la variada y compleja situación de los sistemas electorales utilizados en Italia en varios niveles territoriales, podría (y puede todavía) ser tomado como punto de referencia la normativa vigente de Países vecinos desde el punto de vista institucional. (Con la advertencia de no llevar a cabo nunca trasposiciones en bloque acríticos, es decir desatendiendo al dato político sustantivo.)

Sobre la utilización del *city manager* y de otros directivos contratados, la autonomía estatutaria y reglamentaria plantea nuevamente, al nivel de cada municipio (o provincia), las mismas cuestiones a las que ha tenido que hacer frente el legislador nacional. Es más, las distintas administraciones pueden acogerse a los logros obtenidos por otros ordenamientos en cuanto al régimen de los nombramientos. En efecto, la introducción de un sistema de responsabilidad casi-directa del alcalde y de los ejecutivos frente al cuerpo electoral convierte en problemática la imposición de vínculos al poder de designación. Aquí podría valer el ejemplo de los Estados Unidos (así como de otros Países receptores del sistema), donde para el nombramiento a nivel nacional el *advise and consent* del Senado se adopta sin problemas dentro de un sistema de separación de poderes, al que es extraño cualquier relación de confianza. En cambio, puesto que en el sistema italiano sí se da esta relación, la consecuencia que debería extraer una administración sensible a las experiencias desarrolladas en el exterior es que el poder de nombramiento no debería estar condicionado, pues el alcalde responderá de la elección realizada, al término de su mandato, directamente ante los ciudadanos.

A la hora de regular el instituto de la participación, los entes locales italianos no han tomado como ejemplo la regulación de otros Países –especialmente de los anglosajones– donde aquélla representa, aparte de una obligación jurídica, que debe regularse minuciosamente, sobre todo un modo normal de afrontar el proceso de toma de decisiones. Y al contrario, la cultura formalista que a menudo informa nuestra administración local ha tenido como efecto la elaboración de reglamentos (y estatutos) muy técnicos, extensos, farragosos desde el punto de vista del empeoramiento de los procesos, olvidándose así de que –como ha dicho G. Berti– la participación es un fenómeno *in fieri*, no una realidad.

De otra parte, sólo una adecuada cultura comparatista estaba en condiciones de poner de relieve la utilidad (evaluada por los redactores de los estatutos y de los reglamentos) del referéndum abrogativo, como ya se ha señalado, que representa una *figura única* en el panorama mundial, y que si ningún ordenamiento jurídico la ha adoptado es porque existirá alguna causa justificada. En este ámbito, en cambio, destaca la experiencia de los Estados Unidos (además de Suiza) sobre los referéndums consultivos y propositivos donde estas figuras, al igual que la iniciativa directa, han sido utilizadas desde hace tiempo. (Además debe tenerse en cuenta que estamos ante sistemas donde la carga ideológica ha sido atemperada y mitigada mediante medidas técnicas, como, por ejemplo, la coincidencia del voto para las elecciones políticas o administrativas.)

El proceso de deliberación representa un caso emblemático de terreno abonado para conseguir potenciales recepciones. Efectivamente, en este ámbito, se han producido trasposiciones, pero han sido «verticales» e «internas»: es decir, el modelo utilizado ha sido el del reglamento parlamentario, aplicado (con algunas adaptaciones) tanto a nivel regional como local. El resultado ha sido la adopción de textos pletóricos, inadecuados para órganos colegiados de pequeñas dimensiones, tradicionalmente influenciados por el ambiente consociativo que informaba a mitad de los años 80 (y que incluso todavía informa) los reglamentos del Congreso y del Senado, inadecuados para aflorar la distinción entre función de gobierno (atribuida al binomio ejecutivo-mayoría) y función de inspección y control. La experiencia francesa, sobre cuya plantilla se sustenta hoy el modelo de administración local, podía (puede) ser instructivo para la introducción de aquéllas figuras que mejor reflejen las nuevas tendencias: en Francia, el *indirizzo* político se muestra efectivo no sólo en los actos y en las actividades llevadas a cabo por el ejecutivo, sino también a través del control gubernativo de la legislación (o de la actividad deliberativa en los niveles inferiores). Instituciones como el orden del día prioritario, el voto bloqueado, la necesidad de una mayoría absoluta para derribar al gobierno, la prohibición de volver a presentar en un periodo de tiempo breve más mociones de censura etc... son susceptibles de ser incluidas en el contexto estatutario y reglamentario, y tras diez años de pruebas no se ha producido ningún rechazo en los (pocos) municipios que las han puesto en práctica. Por el contrario, en Inglaterra, en Alemania, o en la propia Francia ha proliferado la técnica de compensar el exceso de poder de los gobiernos, a través de aumentar los espacios reservados a las asambleas legislativas (particularmente a las minorías parlamentarias) a la hora de llevar a cabo su función de control, sea a través de las *question time* o de otros instrumentos.

En cuanto a la redacción tanto de los estatutos como de los reglamentos, el conocimiento de las técnicas de *drafting*, desarrolladas sobre todo en Inglaterra y en los Países de la *common law*, podría mejorar la calidad de las normas locales, asegurar un mayor grado de seguridad del derecho favorable a los asociados, limitar el contencioso político y jurídico bien entre las instituciones públicas bien entre éstas y los ciudadanos,

asegurar la imputación de la responsabilidad (jurídica y política), devolver a los órganos de decisión sus respectivas competencias, sustrayéndolas a las de los órganos de interpretación.

Igualmente en aquellos sectores en los que el legislador concede un cierto margen de discrecionalidad a las entidades locales (organización, formas asociativas, modalidad de prestación de servicios, etc.) el interés por las soluciones desarrolladas en otras partes puede ser relevante.

6. Los ejemplos citados de manera sumaria en los epígrafes precedentes, son sólo algunos de los muchos que confirman la importancia que puede tener un mayor conocimiento y una aguda sensibilidad por los temas comparatistas a nivel nacional, regional y local.

Como hemos visto, no se trata simplemente de conocer los ordenamientos extranjeros, sino de usar la técnica de la importación. El mero conocimiento de los modelos de regionalismo, de federalismo y de administración local implantados en otros ámbitos es, sin lugar a dudas, útil para conseguir una apertura cultural; pero puede ser también contraproducente si, en el legislador, en la administración o en el técnico que sugiere una innovación, la capacidad evocativa y simbólica de algunas palabras usadas en el contexto extranjero, que corresponden a algunas instituciones, influye sobre el análisis crítico del contexto de referencia y sobre el que el instituto debe adaptarse.

«Participación», «moción de censura constructiva», «Defensor del Pueblo», «proceso justo», «referéndum propositivo», «área metropolitana», «control de la gestión», «control de calidad», «sociedad de capital» o «sociedad por acciones» regionales, provinciales o municipales, etc. son palabras que poseen una fuerte connotación positiva. Nada es más fácil que dejarse sugestionar por ellas, aceptando simplemente un conjunto de trasplantes que ni han sido meditadas ni se adaptan al ámbito de recepción.

No basta, en consecuencia, con estudiar, de manera más o menos superficial, los ordenamientos y las instituciones extranjeras, para aplicar eficazmente las experiencias de otros sistemas; en el momento aplicativo se necesita, además, alimentar el espíritu crítico que caracteriza a la ciencia comparatista. Este espíritu, todavía anclado en el conocimiento de los modelos, en la conciencia sobre la importancia de las clasificaciones, en la percepción de la importancia de la lingüística, y en la sensibilidad por las aportaciones de otras ciencias (la historia jurídica, la sociología jurídica, la ciencia política etc.), facilita un análisis científicamente aceptable de los resultados de la actividad que, sin embargo, siempre es jurídico.

REFLEXIONES DE UN CONSTITUCIONALISTASOBRE EL FUTURO DEL ESTADO AUTONOMICO.

Manuel José Terol Becerra.
Universidad de Huelva

Introducción

Si algo caracteriza nuestra labor presente como profesionales del Derecho es que ya no somos propagandistas de la Constitución. Lo fuimos, desde luego, en los primeros tiempos de vigencia de la Constitución de 1978. Algo tuvimos de Ramón Salas y aun de Francisco Pacheco en la defensa respectiva de la Constitución y del régimen constitucional. En ese primer instante, cuando tantas fueron las reticencias de sus detractores que hubieron de afrontarse. En las aulas, casi siempre. Para convencer de lo que la Constitución significaba como instrumento, el mejor posible, al servicio de la forma de organización política de la convivencia, en tanto que fruto del consenso. Para convencer del valor normativo de la Constitución, de su aplicabilidad inmediata, frente a las resoluciones judiciales de aquellos primeros años de vida constitucional que subrayaban su exclusivo valor como documento político.

Casi siempre en las aulas, pues ¿cuantas veces hemos acudido cercano el 6 de diciembre a otros sitios extraños al lugar en que habitualmente desarrollamos nuestra vida académica para hablar de la Constitución? ¿Cuántas veces -valga la metáfora Laselliana- nos hemos reunido en torno a esa fecha con un grupo de electores?. Para defender el carácter integrador de la Constitución del que tanto hablara Smend como mejor fórmula de hacer calar entre nuestros convecinos su mejor virtud ciudadana, en tanto que norma suprema del ordenamiento jurídico.

Con éxito, desde luego. Aunque no todo el mérito haya sido nuestro. Pues ¿Cuántas veces hemos preguntado a nuestros alumnos, nacidos y educados en la Constitución, qué les sugiere ese término? ¿Y cuántas veces hemos oído de ellos respuestas del siguiente tenor?: Ley de leyes, norma suprema de la convivencia política, contrato que regula las relaciones sociales. Estas u otras parecidas que algo tienen de verdad sin llegar a encerrarla toda.

Algo hemos tenido también y aún tenemos de propagandistas constitucionales cuando, en el primer ejercicio de los concursos de acceso a cuerpos docentes del Estado, hemos defendido y, todavía defendemos, la necesidad de abandonar el enciclopedismo del Derecho Político para recalar en el mundo del Derecho, como exige el carácter normativo de nuestra Constitución. Y a este último propósito mencionaré que hace muy poco tiempo hemos justificado la opción del constituyente por la forma de gobierno monárquica, en base a argumentos harto conocidos: lo anacrónico de la discusión entre monarquía y república, de tanta importancia en la España de

finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Las escasas diferencias hoy existentes entre el Monarca y el Presidente de una República en los regímenes parlamentarios de nuestro entorno (apelando a la naturaleza puramente honorífica de sus funciones, así como a lo no insalvable de sus diferencias, en punto a desempeñar la función moderadora). Cuando somos conscientes de operar con arreglo a los parámetros de una mera simplificación. Este curso (y casi todos los cursos) hemos defendido la fórmula constitucional de las relaciones entre la iglesia católica y el Estado, en base a argumentos: sociológicos: atentos, como parece hacer la Constitución a la práctica por la mayoría de los españoles de la religión católica. Históricos: en tanto que confirmatoria del tratamiento casi habitual en nuestra historia constitucional.

Al ocuparnos de la estructura territorial del Estado podemos afirmar también que, por encima de las denominaciones (Comunidades Autónomas, Estatutos de Autonomía) hay que estar a la realidad del tratamiento jurídico del Estado de las Autonomías; por lo que cabe conceptuarlo como materialmente federal, destacando que ese Estado resultante de concretizar el Título VIII de la Constitución resiste la comparación con un Estado federal; y hasta, si no fuera estéril para un jurista, podría contrastarse el nivel de autogobierno alcanzado por la Comunidad Autónoma de Cataluña frente a la instancia que personifica el poder central en España, con el Estado de Baviera respecto de la Federación alemana, porque seguramente nos encontraríamos con sorpresas.

Acudimos, en definitiva, a la historia constitucional empleando argumentos alcanzados con la observación de la realidad constitucional que se desarrolla extramuros de nuestras fronteras para justificar las diferentes opciones del constituyente que he mencionado. Aun entendiendo que esta no es una tarea que le corresponda realizar al constitucionalista, la de justificar, no la de acudir a la historia constitucional o al Derecho constitucional comparado en busca de inspiración que, en nuestra opinión, sí es esa tarea que le corresponde desplegar al jurista.

Como también puede preguntarse el jurista por qué se han importado formulaciones constitucionales extranjeras tales como: la formulación del principio de separación de poderes, concatenada a la colaboración en el ejercicio de sus respectivas funciones por los órganos estatales convocados a desempeñarlas por la Constitución, por que parece inclinarse ésta. El instituto de la representación, sustentado en el reconocimiento de una clase política llamada a protagonizarla por intermediación de los partidos políticos. El principio de legalidad con el consiguiente sometimiento formal a éste de la Administración. El generoso repertorio de los derechos individuales y sociales y el no menos amplio elenco mecanismos para su garantía contemplado en la Constitución, en alguna ocasión completamente desconocido en nuestra historia y hasta en nuestro entorno constitucional más próximo, como es el caso del Defensor del Pueblo.

¿No será porque, como sostiene el Profesor Cruz Villalón, la Constitución es cultura? ¿No sucederá que, cuando menos en parte, según afirma el citado autor, la cultura constitucional tiene mucho que ver con la

socialización de las categorías constitucionales con tendencia a relativizar la centralidad o, cuando menos, la exclusividad de la Constitución escrita? [115].

Desde luego no parece faltarle la razón cuando manifiesta que la Constitución no nació de cero, en el seno de una asamblea de la que hubiera podido salir cualquier cosa. De modo que, según aclara, si se entiende por cultura tanto como caldo de cultivo, se comprende que la Constitución, antes de nacer, estuviera ya en buena parte prefigurada en su propia idea sin que pudiera ser muy diferente a como llegó a ser [116].

Y, ciertamente, que la Constitución es cultura, desde el momento en que sus notas más señaladas, la de ser una norma y, además, la norma suprema del ordenamiento jurídico, son hoy admitidas por todos. Al menos en el mundo occidental cultural, pues, es bien cierto que en el occidente geográfico ahí está el universo constitucional del Islam y la Torá.

En definitiva, si no somos propagandistas de la Constitución o, mejor, si no nos corresponde serlo, es porque ya no hace falta, porque la Constitución se defiende bastante bien ella sola, pero no porque no podamos serlo.

Pero, precisamente por eso, quizá no sea ocioso avisar de que para el constitucionalista es arriesgado desempeñar esa función y convertirse en propagandista de la Ley Fundamental, si no se atiene a lo estrictamente necesario en orden a divulgar la Constitución. Nos inspira esta reflexión la del profesor Cruz Villalón relativa al papel que, en su concepto de cultura constitucional, adquiere el tiempo, cuando propone considerarlo no tanto como una dimensión cuanto como un aspecto fundamental de la Constitución atinente a su contenido. De sobras elocuente a este propósito se manifiesta al sostener que duración sería su nombre [117].

El problema de la reforma

Quizá haya podido adivinarse, por la advertencia y la reflexión precedentes, que, a continuación, pretenden efectuarse algunas consideraciones sobre el papel del constitucionalista en relación con la reforma constitucional

Desde luego no puede decirse de Constitución alguna que contenga un proyecto de organización jurídico política inacabado. Ha de reconocerse que toda norma constitucional tiene cuando menos la vocación de contemplar todos los aspectos de la vida social del momento en que se redacta. Sin embargo, sabe cualquier jurista que la realidad no se aviene a encerrase en los estrechos márgenes de la norma y que a este fenómeno no escapan ni siquiera las determinaciones constitucionales.

Quizá sea el conocimiento profundo de esta causa la razón por la cual algunos constitucionalistas se han animado a defender la conveniencia de la

[115] Cfr. "Constitución y Cultura Constitucional", en *Tres Lecciones sobre la Constitución*, Sevilla, MERGABLUM, 1999, p. 11/24.
[116] Idem.
[117] Idem.

reforma constitucional, bien que mediante la formulación de propuestas que han quedado circunscritas a previsiones de la Constitución respecto de las que mediaban críticas doctrinales previas sobre su defectuoso tratamiento de los institutos en su virtud regulados, que, más modernamente, se han hecho extensivas a flagrantes silencios constitucionales. Recuérdese si no cuantos reparos se han puesto a la regulación que la Norma Fundamental concede al Senado y que algún reproche ha recibido también el mutismo de la Constitución sobre la integración de España en la Unión Europea[118].

La duda es si esta idea que, a fuer de propuesta por constitucionalistas, no deja de ser una formulación técnica sobre la reforma constitucional es compartida por nuestros conciudadanos. No se olvide que una vez abierto el proceso de reforma constitucional de ningún modo podría constitucionalista alguno controlar su alcance. A nadie se le escapa que si pudiera no sería sin el concurso de las fuerzas políticas representadas en las Cortes y muy seguramente que a costa de contribuir, mediante dicha connivencia, a un fraude al verdadero depositario del poder constituyente derivado. No se pase por alto que cualquier actitud doctrinal defensora de la reforma constitucional, aun cuando eluda concretarse, de modo que se atenga a suscitar únicamente la cuestión, por ejemplo, de si ha pasado o no una generación desde que se aprobó la Constitución -tanto más cuanto los sociólogos no terminan de ponerse de acuerdo sobre su fijación en los treinta años- debe aceptar la posibilidad de abrir la caja de Pandora.

Quiere decirse que tal vez interese más a la ciudadanía no constitucionalista como objeto de discusión y, por qué no decirlo, de una posible reforma de la Constitución, asuntos tales como la pena de muerte, la jefatura del Estado y la secesión de alguna parte del territorio nacional.

Pero, en absoluto pretende negarse que el constitucionalista, como cualquier jurista, pueda efectuar cuantas consideraciones de *lege ferenda* o *de constitutione ferenda* juzgue convenientes. Unicamente se persigue subrayar aquello que todo jurista sabe respecto al carácter *de lege data* que impregna su tarea, y para destacar que es entonces cuando se revela el acierto de los planteamientos doctrinales conocidos sobre la necesaria interpretación diacrónica de los preceptos constitucionales, atenta, además, a la necesaria interpretación de la realidad en la norma. De manera que, mientras que la interpretación sea suficiente para realizar la adaptación de la Norma Constitucional a las necesidades sociales, no es necesario desencadenar los mecanismos legales de reforma constitucional.

Casi no hace falta añadir en cómo, de acuerdo con este planteamiento, que aquí se asume el constitucionalista debe mantener una prudente actitud en torno a la defensa de la reforma constitucional, si no quiere verse compelido a sostener posiciones inconciliables con ese llamamiento al positivismo de la referida fórmula doctrinal y otras que podrían citarse, por acordes, también, con el carácter *de constitutione data* al que se espera que subordine su actividad.

---

[118] Cfr. Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 25.

Aun a sabiendas de que el alejamiento de lo ideológico nunca es absoluto en el caso del constitucionalista. Difícilmente podría serlo cuando, contemplada desde la óptica de la ideología, la Constitución española de 1978 no es neutral en sus contenidos, pues responde en buena medida a la idea de Constitución que era compartida por la conciencia social del tiempo en que se redactó.

Sea como fuere, existe un supuesto en el que, sin comprometerse con ninguna otra ideología que esa, la propiamente constitucional, no sólo sería comprensible que el estudioso de la Constitución sugiriese su reforma, sino en el que devendría injustificable que no la postulase. En esa tesitura ha de concluirse que se encontraría, de constatar que se producen vulneraciones de la Constitución consumadas en un clima de general indiferencia hacia las mismas y hasta con la complicidad de quienes podrían accionar el Tribunal Constitucional buscando ratificar la supremacía de la Constitución frente a las demás fuentes del Derecho, cuando, absteniéndose de hacerlo, consienten con ese comportamiento omisivo una reforma encubierta de la Constitución, en tanto que ejecutada prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento o procedimientos contemplados en la propia Constitución al efecto.

Conviene dejar claro, sin embargo, que hasta la fecha no se ha producido infracción alguna de la Constitución como la descrita. Se ha dicho ya y no es ocioso significarlo una vez más que la Constitución no necesita de propagandistas porque goza de buena salud. Al menos la Constitucional formal y los postulados que es evidente la sustentan, en tanto en cuanto ninguna dificultad hay en percibirlos enunciados en la misma, de manera explícita o implícita. Con lo que eso le comunica de ineludible a su reconocimiento como elementos vertebradores de la cultura y la ideología constitucionales al tiempo que como límites infranqueables por la reforma constitucional.

Otra cosa sucede con el conjunto normativo resultante de considerar a la Constitución formal en interacción con las leyes que, de manera significada y por expreso deseo de la misma, la desarrollan inmediatamente. Se alude, claro está, al bloque o, mejor, a los bloques de la constitucionalidad que (consecuentemente con el llamamiento efectuado en el Título VIII C.E. a los legisladores estatuyentes, para concretar el diseño de la organización territorial del Estado allí esbozado) concluye por componer la Constitución formal conjugada con cada uno de los Estatutos de Autonomía. Acerca de los cuales sí pueden mencionarse supuestos en que se haya producido su infracción tolerada o consentida por quienes están facultados para denunciarlo.

A este respecto se muestra paradigmático lo sucedido durante la vigencia del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Pues, de una parte, no autoriza éste la disolución anticipada del Parlamento que sí contempla la Ley 6/1994, de 17 de mayo. Mientras que, de otra, exige dicho Estatuto en su art. 44 la consulta del Consejo de Estado para los Reglamentos generales que dicte la Comunidad Autónoma de Andalucía en ejecución de las leyes estatales, y para los expedientes de revisión de oficio de actos declarativos de derechos en que se aprecie nulidad de pleno derecho o infracción manifiesta de las leyes. Lo que no ha impedido la creación por la Ley 8/1983, de 19 de

octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía, al que se le han encomendado las referidas tareas.

Desde luego que tales disposiciones legislativas aportan respuestas prácticas a problemas suscitados en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La pregunta es si estos habrían surgido de no haber propiciado, en primer término, los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña la solución de autorizar, por intermedio de la ley, a los Presidentes de tales Comunidades Autónomas para disolver sus respectivos parlamentos; y de no haber creado, en segundo lugar, el Estatuto de Autonomía de Cataluña un órgano como su Consejo Consultivo.

He aquí a las autoridades autonómicas andaluzas imbuidas del espíritu de emulación que, desde antes de aprobarse la Constitución, impregnara a las fuerzas políticas impulsoras del proceso constitutivo de la Comunidad Autónoma. Movidas por el cual es obvio que lograron superar las diferencias de matiz que separaban a ésta[119] de las Comunidades Autónomas cuyo ejemplo pretendían seguir. Bien que a costa, forzoso es decirlo, de vulnerar el propio Estatuto de Autonomía, si no la Constitución. Pues no se pase por alto que en un Estado de Derecho sus instituciones sólo pueden desplegar las actividades para las cuales se encuentran facultadas por la norma.

Que el Gobierno de la Nación no haya denunciado la inconstitucionalidad de las referidas leyes autonómicas, permite vislumbrar una actitud por parte del Estado que si, de un lado, cabe juzgarse proclive a consentir esta clase de vulneraciones estatutarias -quizá porque en nada comprometan el actual reparto de poder político entre el Estado y las Comunidades Autónomas-, admite entenderse, de otro, compensatoria de su resistencia a reformar los Estatutos de Autonomía aprobados gracias al art. 151 C.E., y, por consiguiente, expresiva de una invitación a descartar una inmediata iniciativa estatal en ese sentido.

En otros términos, quizá quepa entender que la referida pasividad gubernamental frente a las infracciones estatutarias del tipo descrito, encierra, tantas veces como se manifiesta, un acuerdo político, de carácter tácito, para la revisión, con el concreto alcance que en cada caso pueda inferirse, bien que fraudulenta, de los Estatutos de Autonomía afectados. Pero es obvio que no se ha producido ningún acuerdo político tendente a la reforma como es sabido de tales Estatutos y que en ausencia del mismo devendría improcedente la adopción por el Gobierno de ninguna iniciativa al respecto.

El caso es que durante la V Legislatura de las Cortes Generales se alcanzará un nuevo consenso en lo autonómico entre los partidos políticos allí representados, en cuya virtud se ha procedido a reformar buena parte, si no todos los Estatutos de las Comunidades Autónomas que se convirtieron en tales gracias a la fórmula contemplada en el art. 143 de la Constitución. Aunque esta medida se ha revelado sin consecuencias para las normas

[119] Afectada por la revisión del pacto constitucional autonómico que supuso el acuerdo sobre el particular de 1982. Al menos en lo que se refiere a su posible consideración como una “macrodiputación” provincial, en ausencia de habilitación a su Presidente para disolver anticipadamente la Asamblea Legislativa.

institucionales básicas de las Comunidades Autónomas de régimen especial. Es más, todo apunta a que el acuerdo no pretendía rebasar los límites de un desarrollo, algo tardío, es verdad, del art. 148.2 C.E., orientado a la ampliación del nivel competencial asumido por aquellas Comunidades Autónomas que aprobaron sus Estatutos por la vía del art. 143 C.E., y tendente a la equiparación entre todas las Comunidades Autónomas, a juzgar por las consecuencias de la igualación competencial, bien que con matices, lograda entre las recién citadas y las que accedieron a esa condición en virtud de lo dispuesto en el art. 151 C.E. Se comprende así que ese intento de uniformar por arriba exigiera mantener incólume el canon que se aspiraba a emular. Con lo que eso significa de continuidad con la actitud mostrada por las fuerzas políticas representadas en las Cortes, desde la aprobación del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de no reformar este Estatuto, ni los del País Vasco, Cataluña o Galicia.

Naturalmente que resultaría aventurado atribuirle distinto alcance del expresado al pacto autonómico logrado en el terreno de lo político durante la V Legislatura. Sólo como hipótesis podría afirmarse que este recoja además, aun de modo implícito, la voluntad concorde de las fuerzas políticas con implantación estatal, o incluso de las mismas con los partidos políticos nacionalistas y regionalistas de no reformar los Estatutos de Autonomía adoptados con el concurso del art. 151 C.E.

Lo llamativo es que apenas se hayan oído voces favorables a la reforma de tales Estatutos y que de las pocas propuestas políticas formuladas en este sentido falten las orientadas a corregir por dicha vía el tipo de infracciones que, según se ha mencionado, ha conocido el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aun cuando admitan enjuiciarse como meras correcciones funcionales, de menor cuantía, a lo dispuesto en dicho Estatuto.

No quiere decirse, sin embargo, que ante dichos cambios hayan reaccionado con indiferencia las fuerzas políticas de signo nacionalista vascas, catalanas y gallegas. Sus manifestaciones vertidas al respecto en la declaración de Barcelona o en los pactos de Lizarra y Estella son harto elocuentes de la atención que les han dedicado. A propósito de la cual no es exagerado sostener que aquellas reformas estatutarias han producido el efecto en tales fuerzas políticas de radicalizar el debate sobre el futuro del Estado autonómico.

Quizá obedezca esa actitud nacionalista a la motivación que indica Eliseo Aja, esto es, a la idea en cuya virtud una extensión de la autonomía a todo el territorio nacional pudiera menoscabar su cualidad, proporcionando al Gobierno central una excusa para reducir el ámbito de autogobierno de todas las Comunidades Autónomas, con el consiguiente perjuicio inmediato para las que hasta entonces lo habían ejercido en grado más intenso. Cuando, como sostiene con fundamento el citado autor, cabe identificar en la igualación competencial un instrumento eficaz para reducir las funciones ejecutivas del Estado y limitar su potestad de legislación básica a las líneas normativas

generales, ya que todas las Comunidades Autónomas tienen ahora competencia para aprobar sus leyes de desarrollo[120].

No menos fundado que el recién referido juicio de Eliseo Aja se advierte el que, a modo de complemento, emite éste a continuación denunciando implícita en la crítica nacionalista a la igualdad competencial la confusión entre "los conceptos de diferencia (opuesta a igualdad) y diversidad (opuesta a homogeneidad o uniformidad) (Idem). Baste con recordar al respecto, como hace dicho autor, la frecuencia con que se oye decir a portavoces nacionalistas que la igualdad entre las Comunidades Autónomas ha conducido a la uniformidad y a la homogeneidad. A nuestro juicio, en definitiva, no le falta razón a Eliseo Aja para albergar serias dudas respecto a cómo podrían resultar perjudicadas Cataluña, el País Vasco, Galicia o Andalucía porque Murcia o Castilla-La Mancha gestionen también sus universidades o cuenten igual que aquellas con la posibilidad de ejercitar potestades públicas de legislación o de ejecución en materia de medio ambiente[121].

Desde luego que tales críticas a la aproximación en lo competencial entre las Comunidades Autónomas, derivada de los acuerdos autonómicos de 1992, no monopolizan las reacciones surgidas frente a los mismos de las filas nacionalistas. Forzoso es reconocer que, desde éstas, se ha formulado alguna propuesta para reformar los Estatutos de Autonomía adoptados en virtud del art. 151 C.E., como también que son más numerosas las veces en que, tras hacer constar la aproximación en cuanto al grado de autonomía alcanzado por las Comunidades Autónomas, han reclamado esas fuerzas políticas un plus adicional de autogobierno sin llegar a proponer abiertamente la reforma del Estatuto de Autonomía. Recuérdense si no las manifestaciones en este sentido dimanadas del nacionalismo catalán y sustentadas en el hecho diferencial relativo a la identidad lingüística de Cataluña, así como el escaso predicamento que incluso este tipo de reclamaciones ha tenido en el espectro político del nacionalismo vasco, como tal vez cabía esperar que sucediera dado su desinterés por profundizar en el desarrollo autonómico y por crecer gracias al Estatuto.

Quizá sea ese el motivo por el cual no acaba de acometerse la reforma de los Estatutos de Autonomía aprobados con el concurso del art. 151 C.E. Considérese la enorme dificultad que entrañaría el intento de explicar políticamente una reforma de los Estatutos catalán, gallego y andaluz de la que fuera excluido el vasco. Júzguese si una operación así no podría entenderse como una ruptura del pacto constitucional de 1978 y estimarse, a un tiempo, legitimadora de tantas otras cosas.

Aunque puede darse otra causa que, alternativa o concurrentemente con la expresada, explique, de un lado, la penuria de propuestas tendentes a reformar los Estatutos de Autonomía aprobados mediante la fórmula consignada en el art. 151 C.E., así como, de otro, la referida proliferación, en los últimos tiempos, de críticas ideológicas hacia el Estado de las Autonomías provenientes de los partidos nacionalistas. En definitiva, es probable que

[120] Cfr. *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 1999, p. 246.
[121] Idem.

ambos fenómenos, susceptibles de contemplarse como las dos caras de una misma moneda, respondan al convencimiento compartido por las fuerzas políticas de todo tipo, de haberse producido, por decirlo con palabras de Eliseo Aja, el final del ciclo relativo a la construcción del Estado autonómico, porque casi todas las previsiones constitucionales han sido desarrolladas[122].

En cualquier caso, es obvio que para un jurista no tiene tanto interés preguntarse por la razón última de las cosas, explicar por qué esos Estatutos se muestran resistentes a la reforma, cuanto comprender la situación de orden jurídico generada por dicha circunstancia, conocer el universo resultante de su vocación a la inmutabilidad. Naturalmente que analizar como es debido ese universo rebasaría con mucho la finalidad a la que aquí se atiende, cuando en el fondo no se persigue a su propósito sino traer de nuevo a colación que viene asistiéndose a la revisión por vía legislativa de los Estatutos aprobados en virtud del art. 151 C.E. (prescindiéndose así, completamente, del procedimiento que los mismos contemplan para ello), con la intención de subrayar ahora que la consecuencia inmediata de ese proceder será la de acortar las diferencias de matiz que separan a tales Estatutos de Autonomía hasta hacerlas parecer irrelevantes.

Pues interesa llamar la atención al respecto sobre cierta jurisprudencia constitucional instrumentalizable como argumento para difuminar la importancia de dichos matices, desde el momento en que tiende el Tribunal Constitucional mediante la misma a suprimir las diferencias que separan a las materias competenciales[123], cuando es del todo descabellado suponer que el Tribunal atienda con esas formulaciones al propósito de justificar infracciones de los procedimientos que contemplan los Estatutos para su reforma, y, en todo caso, responden las motivaciones de la acción jurisprudencial que se comenta a otra finalidad bien definida, aunque lo bastante ajena al asunto aquí tratado que huelga mencionársela.

En definitiva, aunque no sea más que por subrayar las referidas infracciones de los Estatutos debería procederse a su reforma con arreglo al procedimiento que éstos contemplan. Máxime cuando cabe invocar una línea jurisprudencial concurrente en el tiempo con la anterior, susceptible de emplearse para evidenciar los beneficios adicionales de ese proceder, en tanto en cuanto puede acudirse a la misma para defender la sustantividad de las materias competenciales.

Baste con señalar al respecto que a la luz de esta última jurisprudencia cabe individualizar no pocas materias competenciales silenciadas en la lista del art. 149.1 C.E., y asumir las Comunidades Autónomas el ejercicio sobre las mismas de potestades públicas legislativas, ejecutivas o de ambas clases, adoptando así el modelo que hoy ya siguen algunos Estatutos de Autonomía cuando atribuyen a su correspondiente Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en algunas materias culturales específicas, denominaciones de

[122] Idem., p. 78.

[123] Recuérdese si no, cuantas veces se ha referido aquél a las materias de eficacia horizontal para significar su capacidad de incidencia en otras más concretas o específicas y hasta de englobarlas, con claro menoscabo casi siempre para las competencias autonómicas.

origen, seguridad industrial, vertidos industriales o contaminantes, montes y aprovechamientos forestales, o espacios naturales protegidos.

Quizá le convenga explorar ese camino a las Comunidades Autónomas de Estatuto silente sobre la posibilidad de ejercitar funciones públicas en ciertos ámbitos materiales, como le sucede al aprobado para País Vasco respecto de los espacios naturales protegidos, cuyo mutismo en este punto no le ha impedido al Tribunal Constitucional juzgarlo facultado para intervenir en ese ámbito material y crear el espacio de Urdaibai gracias al tipo de construcción jurisprudencial aludida más arriba en primer lugar (pues entenderá que a eso le autorizan sus competencias en medio ambiente), a fin de cuentas conciliable, según se insinuaba, con la idea de que las Comunidades Autónomas de régimen especial y, en particular, el País Vasco y Cataluña, comparten el mismo techo competencial.

Casi no hace falta añadir cómo, en nuestra opinión, el final del ciclo que ha conocido el Estado de las Autonomías, tras la reforma de los Estatutos del art. 143 C.E., no significa necesariamente que esté agotada la fórmula descentralizadora del poder político esbozada en la Constitución. Se espera haber logrado sugerir al menos un tipo de supuesto en el que la reforma de los Estatutos aún pueda resultar provechosa para continuar avanzando en la construcción del Estado autonómico, considerando además que nada se opone a esta clase de proceder, mediante el cual difícilmente podría entenderse que peligre ningún límite inmanente a la reforma constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., "La Ley orgánica de transferencia o delegación del art. 150.2", DA, nº. 232-233/1993.

ARAGÓN REYES, M.: "La reforma de los Estatutos de Autonomía", DA, 232/1992 y 233/1993.

BARCELÓ, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico,* Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991.

BIGLINO CAMPOS, P., "La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva", REDC, nº. 50/1997.

CARRILLO, M., "Noción de materia y de reparto competencial en la jurisprudencia constitucional", RVAP, nº. 36 (II)/1.993.

CRUZ VILLALON, P., "Las articulaciones de un Estado compuesto", REDC*, nº. 3/1983.*

CRUZ VILLALÓN, P.: "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", REDC, nº. 4/1981.

GARCÍA CANALES, M., "La reforma de los estatutos y el principio dispositivo", REDC, nº. 23/1988.

GUTIERREZ LLAMAS: *Procedimientos de reforma de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, Civitas, 1991.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Madrid, Civitas, 1993.

KELSEN, H., "L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello stato federale" en *La giustizia costituzionale*, Giuffré, Milán, 1981.
MEDINA GUERRERO, M., *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1993, CEC.
MENENDEZ REXACH A., *Los convenios entre las Comunidades Autónomas,* IEAL, Madrid, 1982.
OTTO y PARDO, I. de: *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Cívitas, Madrid, 1986.
PÉREZ CALVO, A.,*Estado Autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993.
PÉREZ ROYO, J., "Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico", REP, nº. 49/1986.
RALLO LOMBARTE, A., *La iniciativa legislativa en el Derecho Autonómico*, Universitat Jaume I, Castellón, 1993.
RUIPÉREZ ALAMILLO, J., "Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías", REP, nº. 81/1993.
RUIZ ROBLEDO, A.: *El Estado autonómico*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada, 1989.
TEROL BECERRA, M.J., *Los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas,* Universidad de Sevilla, 1988.
TERRÓN MONTERO, J. y CÁMARA VILLAR, G., "Principios y técnica de cooperación en los Estados compuestos: reflexiones sobre su aplicación al caso de España", en Cano Bueso (ed.), *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorrial,* Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1990.
TOMAS Y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Tecnos, Madrid, 1989.
TRUJILLO, Gumersindo (coord.), *Federalismo y regionalismo,* CEC, Madrid, 1979.
VERGOTTINI, G. de: "Regiones y Estado en la dinámica institucional. Consideraciones comparadas", RVAP, nº. 14/1986.
VIVER PI-SUNYER, C.: *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* Ariel, Barcelona, 1989.

LA NECESIDAD DE UN NUEVO SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA.

Manuel Medina Guerrero
Universidad de Sevilla

Introducción

Que a menudo los sistemas políticos descentralizados -con la anuencia de la jurisdicción constitucional- terminan imprimiendo a su evolución una tendencia centralizadora o *unitarizadora*[124], es un fenómeno bien conocido que no ha dejado de ponerse asimismo de manifiesto en el marco de la Comunidad Europea. E incluso -cabe ya adelantar- es posible afirmar que en este ámbito la tendencia centralizadora ha adquirido una intensidad y rapidez desusadas en la generalidad de los Estados federales, que se ha visto propiciada tanto por un muy peculiar sistema de distribución competencial como por una jurisdicción especialmente proclive a fomentar la integración europea. Sin embargo, y a diferencia también de la mayoría de los Estados políticamente descentralizados, dicho proceso centralizador no generaría durante largo tiempo (hasta la aprobación del Acta Única Europea) conflictos apreciables entre los órganos comunitarios y los Estados miembros: sencillamente, hasta entonces el predominio de la regla de la unanimidad garantizaba a estos últimos el control sobre la extensión de las competencias normativas de la Comunidad[125]. A partir de esa fecha, comenzarían ya a surgir algunas desavenencias y, con ellas, las primeras dudas acerca de la idoneidad del modelo competencial diseñado en el Tratado; dudas que serían sobre todo aguijadas por algunos niveles intermedios de gobierno –en especial los Länder alemanes- desde el momento en que las instancias europeas iniciaron la ocupación de los ámbitos materiales que les resultaban políticamente más sensibles (cultura, radiodifusión, medioambiente, etc.). Críticas estas últimas que, en fin, sólo se verían parcialmente amortiguadas mediante el reconocimiento a los entes

[124] Por utilizar la terminología de Konrad Hesse. Como es sabido, este autor distingue entre los conceptos de "centralización" y "*unitarización*" (*Unitarisierung*), entendiendo que el primero entraña el debilitamiento de los poderes territoriales en beneficio del poder central, mientras que el segundo evoca la disminución de las particularidades regionales a favor de la armonización del Derecho y de las condiciones de vida dentro de un territorio federal ("Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland", en *Ausgewählte Schriften*, Müller, Heidelberg, pág. 150, en especial nota 8). Sobre el proceso de *unitarización* experimentado en Alemania, en especial mediante la instauración de prácticas cooperativas basadas en la equiparación de los derechos de intervención del Bund y de los Länder -señaladamente, las "tareas comunes"-, véase M. Medina Guerrero: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 218-244

[125] Así, por ejemplo, Jean-Paul Jacqué y Joseph H. Weiler: "Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire", *Revue trimestrielle de droit europeén* 26 (3), 1990, pág. 452

subcentrales de una relevante participación en el proceso de toma de decisiones comunitarias[126].

Pues bien, cumplido ya el vigésimo aniversario de varios Estatutos de Autonomía, efemérides que ha dado ocasión en alguna Comunidad Autónoma a abrir el debate sobre una eventual reforma estatutaria[127], cobra más sentido que nunca la conveniencia de reflexionar, desde la perspectiva autonómica, acerca de los posibles defectos de que pueda adolecer el sistema competencial europeo y hacia dónde debe apuntar su posible revisión; máxime cuando el Estado Autonómico dista mucho de haber resuelto satisfactoriamente el problema de la participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento normativo comunitario[128]. Necesidad de reflexionar al respecto que se hace tanto más sentida si se atiende a que, de hecho, la cuestión de la modificación de dicho reparto competencial fue abiertamente planteada la pasada primavera por el canciller federal Gerhard Schröder, quien, teniendo en el horizonte el año 2004, sugirió la "devolución" a los Estados miembros de esferas hoy ocupadas por la Unión cuya importancia para buena parte de las Comunidades Autónomas está fuera de toda discusión, a saber, la política estructural y la política agraria.

A nadie se le oculta, ciertamente, que las competencias normativas autonómicas hoy existentes -u otras que pudieran reconocerse mediante una reforma del pertinente Estatuto- pueden escurrirse entre las manos, hasta vaciarse por completo, si no se cierra el flanco abierto que ofrece un sistema de distribución de competencias europeo singularmente abierto e indeterminado. No parece exagerado afirmar que la preservación de una instancia política verdaderamente autónoma, dotada de amplios poderes sustanciales y efectivos, pasa, hoy por hoy, antes que por una ampliación de las competencias estatutarias, por la recuperación de las esferas perdidas con motivo de la ocupación comunitaria o, más modestamente, por el mantenimiento de las que están aún disponibles, procurando evitar la expansión creciente e incontrolada del radio de acción de los órganos europeos. Ahora bien, el problema estriba en que el vigente modelo competencial impide discernir con un mínimo de certidumbre hasta dónde pueden llegar las facultades comunitarias, dadas las peculiaridades que lo caracterizan (I); singularidades que, usualmente, han sido apuradas por el

[126] Por citar algunas referencias que abordan el tratamiento de los tres Estados europeos que más han avanzado en esta dirección, puede consultarse al respecto Rainer Arnold: "Federalism and European Community Decision Making in Germany, Austria, and Belgium", *The Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 12, 1997, págs. 159-180; así como Raffaele Bifulco: "Forme di Stato composto e partecipazione dei livelli regionali alla formazione della volontà statale sulle questioni comunitarie", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1-2/1997, págs. 101 y ss.

[127] Así, en el debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma, celebrado los días 28 y 29 de junio de 2001, el Presidente de la Junta de Andalucía señaló que, una vez agotada una primera etapa política iniciada con la constitución y puesta en marcha de la Comunidad Autónoma, era preciso embarcarse en «la segunda modernización de Andalucía», recurriéndose incluso, en el supuesto de que fuera preciso, a la pertinente reforma del Estatuto de Autonomía (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía* 48/VI Legislatura, especialmente pág. 2948)

[128] Un detenido análisis del estado de la cuestión en España ha ofrecido recientemente Enrique Lucas Murillo de la Cueva: *Comunidades Autónomas y política europea*, IVAP/Civitas, Madrid, Madrid, 2000

TJCE para avanzar en la medida de los posible en el proceso de integración europea, con el consiguiente postergamiento de la posición de los Estados miembros (II). Por lo demás, los instrumentos que se han incluido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europa al objeto de defender las atribuciones estatales apenas han servido para mitigar unos problemas competenciales que, en puridad, radican en la esencia del propio sistema (III). De todo ello tendremos que ocuparnos, aunque de un modo necesariamente somero, en las siguientes páginas.

1. Las peculiaridades del sistema europeo de distribución de competencias

El principio de competencias de atribución constituye la regla esencial sobre la que se fundamenta el sistema competencial de la Comunidad Europea[129]. Entre otras manifestaciones, este principio estructural[130] se halla recogido en el párrafo primero del art. 5 TCE: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna"[131]. Se trata del principio típico de las organizaciones internacionales, puesto que éstas, a diferencia de los Estados, no pueden aspirar a tener una capacidad de actuación general, inicialmente ilimitada, sino que debe necesariamente circunscribirse a las específicas atribuciones que quieran asignarle los Estados integrantes de las mismas. Y asimismo este principio es el que tradicionalmente se ha seguido en los sistemas de corte federal, especialmente cuando se atribuye una gran relevancia a la preservación del equilibrio originario entre los intereses de los órganos federales y estatales[132]. No debe ser motivo de sorpresa, por tanto, que el TJCE desde el comienzo de su jurisprudencia respaldase la vigencia de este criterio; y así, en el caso *van Gend en Loos*, tras conceptuar a la Comunidad como "un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en virtud del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos", apostillaría que tal restricción opera, sin embargo, "en ámbitos limitados"[133].

Tal y como se desprende de la forma en que queda regulado este principio en el inciso primero del art. 5 del TCE, para que la Comunidad Europa pueda operar lícitamente se requiere: a) que el Tratado le atribuya una específica competencia y b) que la acción se dirija a la consecución de

---

[129] Peter M. Huber: "Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung", *Archiv des öffentlichen Rechts* 116 (1991), pág. 214; Werner Schroeder: "Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft", *Europarecht* 1999, pág, 455

[130] Los Tratados ya recogían este criterio en su versión inicial (véase al respecto J. Martín y Pérez de Nanclares: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 24)

[131] Y en el art. 7.1 TCE se apunta: "La realización de las funciones asignadas a la Comunidad Corresponderá a: -un Parlamento Europeo, -un Consejo, -una Comisión, -un Tribunal de Justicia, --un Tribunal de Cuentas. Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado"

[132] Joseph H. H. Weiler: *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, pág. 115

[133] Sentencia de 5 de febrero de 1964, as. 26/62, Rec. 1963, pág. 1 y ss. (señaladamente, pág. 23)

alguno de los objetivos que el Tratado asigna a la Comunidad. Quiere decirse con esto que -a excepción del supuesto previsto en el art. 308 TCE (el anterior art. 235 TCE) que más adelante analizaremos- no basta con que los órganos comunitarios esgriman que su actuación se incardina a la satisfacción de los fines estructurales genéricos de la Comunidad señalados en el art. 2 TCE, y que los arts. 3 y 4 se encargan de concretar, o a la consecución de los específicos objetivos que aparecen diseminados a lo largo del Tratado; sencillamente, las normas que delimitan tales fines y objetivos de la Comunidad no son fundamento directo y suficiente de los poderes de los órganos comunitarios[134].

Por su parte, a los Estados miembros les corresponde la competencia residual[135], esto es, el conjunto de facultades y poderes que no se le haya atribuido específicamente a la Comunidad por el Tratado. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, esto formalmente supone que la competencia de los Estados miembros será el supuesto normal, en la medida en que no precisa de ninguna fundamentación concreta, siendo, por el contrario, la excepción la competencia comunitaria en cuanto precisada de una legitimación directa en una disposición del Tratado[136]. Y, en este sentido, no cabe sino respaldar la afirmación que el Consejo Europeo de Edimburgo, en las conclusiones de la Presidencia, vertiera a propósito del principio de atribución expresa de competencias, a saber, que "la Comunidad sólo puede actuar cuando se le ha atribuido facultad para ello –lo cual supone que la competencia de los Estados miembros es la norma y la comunitaria la excepción-"[137].

Ahora bien, si la consecuencia que se deriva del principio esencial estructurador del sistema comunitario de reparto de competencias es que, por regla general, la competencia corresponde a los Estados miembros, ¿dónde radican los problemas de este sistema? ¿cuáles son los eventuales defectos que pueden hacer aconsejable su modificación sustancial? Pues bien, como veremos a continuación, este principio de competencias de atribución vino a insertarse sin embargo en el seno de un sistema que, dadas sus peculiaridades, hacía difícil que el mismo desplegase sus máximas virtualidades. Antes al contrario, tal sistema propiciaría que las relaciones competenciales se desenvolviesen en la dirección inversa, esto es, hacia el desmantelamiento y casi total vaciamiento del principio de competencias de atribución. Así fue; la práctica seguida condujo a una verdadera "mutación" del esquema inicialmente previsto, al producirse

---

[134] En esta línea, consúltese Maria Luisa Duarte: *A teoria dos poderes implícitos e a delimitaçao da competências entre a Uniao Europeia e os Estados-Membros*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 237, así como Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten", *Archiv des öffentlichen Rechts* 121(1996), pág. 174

[135] Véase L. Parejo Alfonso: "Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario", en *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 44

[136] Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen..." *cit.*, pág. 175. O, para emplear los términos de Martín y Pérez de Nanclares, la «presunción competencial» opera a favor de los Estados miembros (*El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, pág. 104)

[137] J. Martín y Pérez de Nanclares: *op. cit.*, pág. 27

alteraciones claramente perceptibles del equilibrio competencial originario entre la Comunidad y los Estados miembros sin acudir al procedimiento formal de reforma contemplado en el Tratado[138].

Las razones que explican esta singular evolución residen en la propia formulación del modelo de reparto competencial acuñado en el Tratado, que presenta las siguientes peculiaridades.

a) No hay un catálogo de competencias sistemáticamente perfilado. En vano tratará de hallarse en el TCE una concreta Parte o Capítulo dedicada a enumerar las atribuciones de la Comunidad en relación con las diferentes materias; antes al contrario, las competencias de los órganos comunitarios aparecen diseminadas a lo largo y ancho del Tratado. Y el análisis de éste revela que, si bien es cierto que no atribuye a la Comunidad casi ningún ámbito competencial "propio" y "exclusivo", también es cierto que apenas excluye ningún ámbito material *per se* de la intervención comunitaria[139].

b) El carácter evolutivo de la integración comunitaria constituye un factor que ha dificultado la tarea de interpretar el Tratado, y que, paralelamente, ha incrementado el margen de maniobra de los llamados a aplicarlo. Este "gradualismo" de la integración europea condujo a que se rechazase la posibilidad de adoptar un sistema de distribución de competencias basado en la formulación de reglas competenciales precisas. Se optó, en suma, por que el reparto de competencias, lejos de presentarse como un sistema fijo y estático, pudiera adaptarse y acomodarse a lo largo del proceso de integración[140].

c) De resultas de lo anterior, el TCE se configura como un "Tratado-marco", en el que se indican los objetivos a perseguir pero se deja a las instancias comunitarias determinar los medios a través de los cuales los mismos serán satisfechos. Buena parte de sus disposiciones tiene, por tanto, un carácter programatorio, lo que no deja de suscitar numerosas incertidumbres sobre la delimitación de las competencias comunitarias[141]. De ahí que la atribución de las específicas competencias se determine, la mayoría de las veces, desde un punto de vista *finalista o funcional*. Esto es, con independencia de los objetivos generales de la Comunidad apuntados en los arts. 2, 3 y 4 TCE, la asignación de las concretas competencias a los órganos comunitarios se realiza en función de y para la consecución de los fines que se reseñan en las diversas disposiciones de los Tratados. Así, cuando en el Tratado se van precisando las posibilidades de actuación comunitaria en relación con las diferentes políticas comunes, se apuntan, al

---

[138] Véase la conocida tesis de J. H. H. Weiler en *Il sistema comunitario europeo*, pág. 127 y ss.

[139] En esta línea, Patrick Mittmann: *Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, pág. 109

[140] Denys Simon: *L'interprétation judiciaire des Traités d'organisations internationales. Morpohologie des conventions et fonction juridictionnelle*, A. Pedone, Paris, 1981, págs. 214-215

[141] Las disposiciones materiales del TCE, que vienen a acotar las atribuciones y los ámbitos de actuación de la Comunidad, se hallan, en efecto, más próximas a la técnica del "Tratado-marco" que a la del "Tratado-Ley". Sobre esta distinción y su incidencia en el difícil deslinde de las competencias comunitarias, consúltese Maria Luisa Duarte: *op. cit.*, pág. 239 y ss.; Denys Simon: *op. cit.*, pág. 215

tiempo, los objetivos a los que debe encauzarse el ejercicio de tales facultades. Así, los objetivos de la política agraria comunitaria se enumeran en el art. 33 TCE y las posibles medidas a adoptar para la consecución de tales objetivos se contienen en el art. 35 TCE; en política de transportes los objetivos se recogen en el art. 70 y las medidas en el art. 71; respecto de la política monetaria el art. 105 se hace eco de los objetivos, recogiéndose las medidas en el art. 110; los objetivos de la política social se enumeran en el art. 136 y las medidas en el art. 137; por lo que hace a la política en materia de educación, formación profesional y juventud, los objetivos aparecen en los arts. 149.2 y 150.2, mientras que las medidas se apuntan en los arts. 149.4 y 150. 3 y 4; los objetivos de la política de salud pública se mencionan en el art. 152.1 y las medidas en el art. 152.4; en cuanto a la política de protección a los consumidores, sus objetivos se contienen en el art. 153.1 y las eventuales medidas a adoptar en el art. 153.3; los objetivos de la política industrial se reflejan en el art. 157.1 y las medidas en el art. 157.3; en política de investigación y desarrollo tecnológico, sus objetivos aparecen en el art. 163 y las medidas en el art. 164; etc.

Este método de asignación de competencias en función, no de las materias como sucede generalmente en las Constituciones federales, sino de la consecución de determinados fines u objetivos, lejos de operar en la práctica como un límite o freno de la propia atribución competencial tal y como se infiere del principio *ex* art. 5 TCE, conduce casi inevitablemente a una expansión del radio competencial de la Comunidad. Y ello es así porque, de una parte, tales objetivos suelen estar descritos en términos muy genéricos; de tal modo que, aun en la hipótesis de que las específicas medidas pudieran estar razonablemente bien delimitadas en el Tratado, el hecho de que aparezcan conectadas con finalidades muy amplias acarrea que la propia norma atributiva de competencias se interprete también extensamente. Y porque, de otro lado, el legislador comunitario dispone de un amplio margen de maniobra en la tarea de determinar si una medida es adecuada para la satisfacción del fin exigido, toda vez que, como sucede con toda prognosis o predicción, es de naturaleza difícilmente justiciable, escapando en buena medida al control jurisdiccional[142].

d) Otra circunstancia que influye en que la interpretación jurisprudencial ocupe un lugar predominante en la delimitación competencial radica en la presencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados en el enunciado de las normas atributivas de competencia ("exacciones de efecto equivalente" en los arts. 23 y 25; "medidas de efecto equivalente" en el art. 28; "orden público", "moralidad pública" y "seguridad pública" en los arts. 30, 39 y 46; "incidencia directa" en el art. 94, etc.). Se trata, no obstante, de una práctica usual en aquellos Tratados que, destinados a estar vigentes durante un largo períodos de tiempo, contemplan su propia evolución, atribuyendo el consiguiente margen de maniobra a los órganos

[142] Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen..." *cit.*, pág. 180

encargados de su ejecución[143]. Asimismo influye en la indeterminación del ámbito competencial el hecho de que, en ocasiones, la interpretación no pueda agotarse enteramente en operaciones de deducción jurídica, ya que el verdadero alcance de la disposición únicamente es aprehensible tras efectuar un análisis de naturaleza económica, como sucede sobre todo en los ámbitos de la competencia y de la armonización de las legislaciones nacionales sobre obstáculos técnicos al comercio intracomunitario[144].

e) El hecho de que las competencias de los Estados miembros no aparezcan expresamente enumeradas en el Tratado, sino que sólo se determinen indirectamente en cuanto competencias residuales, también beneficia la dinámica centrípeta de la integración, puesto que «incluso el más débil argumento que cree una conexión con uno de los poderes enumerados del gobierno central prevalecerá –tanto en sede judicial como en el debate político- sobre las apelaciones genéricas a la competencia residual de los Estados miembros»[145].

f) Naturalmente, la tendencia expansiva inherente a este sistema se ve amplificada en aquellos casos en que la competencia se describe en términos muy amplios y se anuda, además, a unos objetivos descritos igualmente en términos excesivamente genéricos. Tal sucede con las facultades previstas en los arts. 94 y 95 TCE (anteriormente, arts. 100 y 100a), que permiten a la Comunidad adoptar disposiciones armonizadoras de la normativa estatal que tengan por objeto la instauración y el funcionamiento del mercado interior o las libertades fundamentales. La armonización puede, por tanto, afectar a cualquier ámbito material que resulte concernido en la realización del mercado interior, lo que ha permitido una continua extensión del Derecho Comunitario secundario a parcelas tales como la cultura, los medios, la formación, el medio ambiente, la sanidad y la política social[146].

g) Es más; en un supuesto concreto la atribución competencial es absolutamente genérica, casi ilimitada. En efecto, según reza el ar. 308 TCE (antiguo art. 235): “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Esta cláusula fue concebida por los que elaboraron el Tratado como una *cláusula de cierre* del sistema de

---

[143] Véase Hans Kutscher: “Alcuni tesi sui metodi d’interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d’un giudice”, *Rivista di Diritto Europeo* 16 (1976), pág. 288

[144] Véase al respecto Denys Simon: *L´interprétation judiciaire des traités d´organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981 p. 214

[145] Fritz Scharpf: “Can There Be a Stable Federal Balance en Europe?” (Centre for European Estudies, Nuffield College Oxford, Discussion Paper No. 15), Oxford 1992, pág. 11. La cita la he tomado de Anita Wolf-Niedermaier: *Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik. Der Einfluß auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitigliedsstaaten*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pág. 268

[146] Consúltese Thomas Fischler y Nicole Schley: *Europa föderal organisieren*, Europa Union Verlag, Bonn, 1999, págs. 65-66

distribución de competencias, en cuanto destinada a contrarrestar un posible efecto negativo que podría acarrar la asunción del principio de competencias de atribución, a saber, la omisión de un poder o facultad de la Comunidad que impidiese llevar a cabo una acción que se revelase en la práctica como imprescindible o muy necesaria.

De producirse esta eventualidad, es evidente que los requisitos materiales establecidos en el precepto no dificultan en demasía la adopción de la medida considerada pertinente. Pues, aun cuando la exigencia de que la medida sea "necesaria" restringe el margen de maniobra de los órganos comunitarios, la amplitud de los objetivos legitimadores de la misma compensa sobradamente esta inicial restricción. Y es que, como se sostiene mayoritariamente en la doctrina, entre tales objetivos han de incluirse los muy genéricos contenidos en el art. 2 TCE, lo que permite la intervención comunitaria en casi todas las áreas materiales susceptibles de regulación jurídica[147]. En contraste con el escaso alcance de las condiciones materiales, los *requisitos formales* son especialmente rigurosos, toda vez que se requiere el consentimiento unánime del Consejo. De este modo, queda a la entera disponibilidad de los propios Estados miembros decidir si optan o no por que la Comunidad actúe más allá de sus poderes expresamente conferidos por el Tratado.

La interpretación del sistema competencial efectuada por el Tribunal de Justicia.

En las líneas anteriores hemos constatado cómo, por la propia naturaleza del sistema de distribución de competencias, la capacidad de actuación de las instancias europeas muestra cierta inherente potencialidad o *vis* expansiva. Pues bien, esta tendencia natural ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias por el Tribunal de Justicia, el cual, como se admite generalizadamente, ha sido un factor clave favorecedor de la ampliación del radio de acción de los órganos comunitarios, que se han basado en una "interpretación dinámica" de las disposiciones competenciales para extender sus atribuciones[148].

Es más; cabe apuntar que, durante largo tiempo, los Estados miembros apenas ejercieron resistencia frente al proceso centralizador, como lo acredita la circunstancia de que sólo excepcionalmente los Estados miembros recurriesen al Tribunal de Justicia alegando que la Comunidad

[147] Sobre la inclusión del art. 2 entre los objetivos mencionados en el antiguo art. 235 TCE, véase Maria Luisa Duarte: *op. cit.*, pág. 467; J. Martín y Pérez de Nanclares: *op. cit.*, pág. 218, así como Patrick Mittmann: *Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeisnchaften und die Rechtsstellung der Mitigliedstaaten der Europäischen* Union, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, pág. 116

[148] Que esta comprensión "dinámica" de sus propias competencias ha producido una clara extensión del ámbito de actuación comunitario, es una impresión que comparten incluso aquellos que sostienen que se ha exagerado mucho el peligro real de que la Comunidad se extralimite en el ejercicio de sus competencias (en este sentido, véase Werner Schroeder: "Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft", *Europarecht* 1999, págs. 456-457)

había actuado al margen de sus competencias[149]. Y es que, en efecto, en relación con las medidas adoptadas por el Consejo, usualmente los Estados miembros han consentido y participado en tal decisión, o bien, a lo sumo, en caso de discrepancia lo que se cuestiona es el alcance de la atribución, la interpretación de la norma de competencia, pero no la competencia en cuanto tal. Y cuando se trata de una decisión de la Comisión, generalmente, lo que pretenden demostrar los Estados es que tal medida debió ser adoptada por el Consejo, pero por lo general no se niega que la Comunidad Europea sea competente[150]. En suma, los problemas competenciales que plantean los Estados ante el Tribunal de Justicia se refieren más bien al problema del reparto interno de competencias Consejo/Comisión, que a una pretendida falta de fundamento jurídico para actuar, en su totalidad, la Comunidad Europea.

Dicho lo anterior, procede abordar ya los concretos métodos o líneas de interpretación que ha utilizado el Tribunal de Justicia para expandir al máximo las posibilidades de actuación que el Tratado permite a la Comunidad.

a) *La interpretación de las competencias comunitarias a la luz de los objetivos generales que el Tratado fija a la Comunidad*. Como ya apuntamos, los preceptos del TCE en donde se establecen los fines generales de la Comunidad (actualmente, arts. 2 a 4) no han operado nunca como normas atributivas de competencia *per se*, pero sí han jugado un muy relevante papel en la interpretación de tales normas[151]. En principio, como se desprende del art. 5 TCE, en la lógica del sistema tales objetivos deben servir para encauzar el ejercicio de las competencias comunitarias, sirviendo, por tanto, como límites de dichas atribuciones. Pues bien, lo cierto es que, por el contrario, tanto los Estados miembros como los órganos comunitarios han coincidido a menudo en considerar tales objetivos generales el fundamento, que no el límite, para una intervención comunitaria que se consideraba políticamente oportuna en una determinada fase del proceso de integración comunitaria. Se encontraba, así, un excelente apoyo para una lectura amplia del ámbito competencial de la Comunidad, habida cuenta de que tanto la extrema generalidad de algunos de estos objetivos como su heterogeneidad hacen inevitable un extenso margen de libre apreciación en la determinación de los mismos. En puridad, los reiterados fines no son algo claramente "predefinido" que se imponga al intérprete, sino unos conceptos que, en buena medida, son "construidos" en última instancia

[149] Habida cuenta de que, hasta la aprobación del Acta Única Europea, la regla de la unanimidad regía en numerosos ámbitos, en cierto modo los Estados miembros sentían recuperar a través del Consejo lo que habían perdido inicialmente en el reparto de poderes asumido en el Tratado. Únicamente a partir de esa fecha se aprecia, por tanto, alguna conflictividad. Consúltese, por ejemplo, Kieran St. C. Bradley: "The European Court and the Legal Basis of Community Legislation", *European Law Review* 13 (1988), págs. 381 y 402; Jean Mischo: *Der Beitrag des Gerichtshofes zur Wahrung des föderalen Balance in der Europäischen Union*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 1999, pág. 5.

[150] En esta línea, Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 226

[151] Peter M. Huber: "Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung", *Archiv des öffentlichen Rechts* 116 (1991), pág. 215

por el juez[152]. Así, pues, la invocación a los fines u objetivos de la Comunidad se ha empleado a menudo para ampliar el ámbito de la habilitación contenida en las diferentes normas atributivas de específicas competencias; y ha servido asimismo como criterio para concretizar las cláusulas competenciales de carácter genérico, señaladamente la del actual art. 308 TCE.

b) *El argumento del efecto útil*. De acuerdo con esta figura argumentativa, las disposiciones de los Tratados deben ser interpretadas de tal modo que se potencie en lo posible su eficacia. Constituye una argumentación que el Tribunal de Justicia ha utilizado sobre todo para asegurar el Derecho Comunitario frente a una negligente implementación o ejecución de los Estados miembros. Y, en esta línea, se ha recurrido a la idea de la "eficacia práctica" para fundamentar la primacía del Derecho Comunitario, la inmediata aplicabilidad de sus normas o el establecimiento de límites o restricciones en la ejecución del Derecho Comunitario por los Estados miembros. Desde esta perspectiva, por tanto, el argumento del "efecto útil" se ha traducido en una reducción del margen de maniobra de los Estados miembros[153]. Pero, de otra parte, también se ha empleado para efectuar una interpretación extensiva de las competencias comunitarias[154], por cuanto ha permitido en ocasiones al Tribunal de Justicia defender determinadas lecturas de las normas atributivas de competencias difícilmente sostenibles a la luz de su tenor literal[155].

c) *La teoría de los poderes implícitos*. Como sucede igualmente en los Estados federales, el Tribunal de Justicia ha admitido que las instancias centrales de gobierno ostentan asimismo competencias implícitas, esto es, facultades que, pese a carecer de una base jurídica expresa, son imprescindibles para poder desarrollar razonablemente las competencias que explícitamente les vienen conferidas por el Tratado. A menudo, el reconocimiento de los poderes implícitos aparece conectado con el argumento del efecto útil, con la subsiguiente expansión competencial. Así se desprende con claridad, por citar un ejemplo, de la Sentencia de 9 de julio de 1987, en donde, al referirse a la competencia comunitaria para instaurar un procedimiento de concertación sobre la política migratoria en relación con terceros países, argumentó el Tribunal: "(...) cuando un artículo del Tratado, en este caso el artículo 118, confía a la Comisión una misión concreta, hay que admitir, so pena de restar todo efecto útil a esa disposición que, por ello, dicho artículo le otorga los poderes indispensables para hacer frente a esa misión"[156].

---

[152] Maria Luisa Duarte: *op. cit.*, pág. 238

[153] Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung...", *cit.*, pág. 181

[154] Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 218

[155] Bastante generalizada es la crítica en relación con la interpretación del entonces art. 128 TCE sostenida en la Sentencia ERASMUS (as. 242/87 -Comisión/Consejo-, Rec. 1989, p. 1425 y ss.). Véase, por ejemplo, Rudolf Streinz: "Der «effet utile» en der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", *Festschrift für Ulrich Everleng* (Due/Lutter/Schwarze, Hrsg.), Band II, Nomos, Baden-Baden, 1995, págs. 1504 y 1508

[156] As. 281, 283, 284, 285 y 287/85 *Alemania, Francia, Dinamarca y Reino Unido/Comisión*, Rec. 1987, pág. 3203, y especialmente pág. 3253

En relación con los poderes implícitos, es posible distinguir entre una vertiente instrumental y otra vertiente material[157]. Cuando se utiliza la expresión poderes implícitos *en sentido instrumental*, se está indicando el reconocimiento a favor de un órgano comunitario de una nueva función, inicialmente no prevista, en relación con un ámbito material sobre el cual sí tiene atribuida alguna competencia. Ésta ha constituido en la praxis jurisprudencial, sin duda alguna, la vertiente más relevante de los poderes implícitos en lo que concierne a la expansión del radio competencial comunitario. Así, con base en la doctrina de los poderes implícitos se ha admitido la competencia de la Comunidad sobre las relaciones exteriores: de acuerdo con el principio de paralelismo, la capacidad de operar en las relaciones internacionales vendría a ser casi el reverso de las competencias que el Tratado confiere a la Comunidad en la órbita interna. Es decir, como se sostiene desde el asunto *AETR*[158], siempre que la Comunidad tenga, en virtud del Tratado, una competencia interna, dispondrá también de la correspondiente competencia para establecer acuerdos internacionales. Como es palmario, esta ampliación del margen de actuación comunitario no se traduce en una expansión material, puesto que con la misma no se afecta ningún ámbito que no pudiera ser objeto de tratamiento con base en las disposiciones expresas del Tratado; sencillamente, es un nuevo instrumento, una nueva función (la capacidad de concertar acuerdos internacionales), la que vendría a añadirse a las posibilidades de actuación explícitamente previstas. Otros ejemplos de poderes implícitos en sentido instrumental proporciona la arriba citada Sentencia de 9 de julio de 1987, en donde, con base en el art. 118 TCE –que permitía a la Comisión elaborar estudios e informes, así como organizar consultas para que se lograse una colaboración estrecha entre los Estados en la materia-, se la consideró también competente para establecer un procedimiento de concertación obligatorio para los Estados. O, para terminar con los ejemplos, en el asunto *ERASMUS*[159], trayendo asimismo a colación el argumento del efecto útil, el Tribunal de Justicia entendería que el art. 128 TCE daba cobertura a acciones comunitarias concretas, como el Programa Erasmus, por más que dicho artículo sólo preveía la competencia para establecer "los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional".

En lo referente a los poderes implícitos *en sentido material*, la expansión competencial se produce al reconocerse a la Comunidad la capacidad de actuar en sectores anejos o conectados con los expresamente contemplados en la norma del Tratado atributiva de competencias. La Sentencia de 7 de julio de 1992[160] constituye un supuesto reseñable en el que el TJCE ha utilizado generosamente esta figura de la competencia en virtud de la "conexión material"[161], toda vez que en la misma se utiliza como

[157] La distinción procede de Maria Luisa Duarte (*op. cit.*, especialmente págs. 436 y 441)
[158] Sentencia de 31 de marzo de 1971, as. 20/70 *Comisión/Consejo*, Rec. 1971, p. 263
[159] Sentencia de 30 de mayo de 1989, as. 242/87 *Comisión/Consejo*, Rec. 1989, p. 1425 y ss.
[160] As. 295/1990, *Parlamento/Consejo*, rec. 1992, p. 4193
[161] Por utilizar la expresión alemana que designa una modalidad de competencia no escrita del Bund (*Kompetenz kraft Sachzusammenhangs)*, con la que evidentemente guarda un estrecho paralelismo

fundamento jurídico de una Directiva relativa al derecho de residencia de los estudiantes el principio de no discriminación por razón de nacionalidad establecido entonces en el art. 12 TCE.

Pues bien, aunque en efecto, con base en la teoría de los poderes implícitos, el TJCE haya dado cobertura a puntuales actuaciones comunitarias no previstas expresamente en el Tratado, la valoración general que suele hacerse es que, en términos globales, las críticas que se han vertido contra la teoría por considerarla un riesgo de expansión ilimitada de las competencias comunitarias han sido exageradas, habida cuenta de que no ha entrañado una excesivamente relevante ampliación de tales competencias, si se exceptúa –claro está- el reconocimiento de facultades en materia de relaciones internacionales. Y, además, suele también coincidirse en apuntar que la razón de que los "poderes implícitos" no hayan jugado un papel tan destacado como podía esperarse estriba en que el Tratado ya proporcionaba un instrumento idóneo para hacer frente a eventuales lagunas de atribuciones competenciales específicas: el art. 235 TCE (el actual art. 308)[162]. Precisamente con una somera referencia al empleo que ha hecho el Consejo de este precepto y a la línea jurisprudencial tradicionalmente recaída sobre el particular habremos de terminar este apartado.

d) La interpretación de la cláusula general competencial del art. 308 TCE (anterior art. 235).- Frente a las previsiones de los autores del Tratado, lo cierto es que en la praxis política ha terminado utilizándose esta cláusula con una frecuencia e intensidad muy superiores a lo inicialmente esperado. Aunque en principio su empleo fue prudente, apenas limitado a las áreas de la política agrícola y de la unión aduanera, se recurrió a esta cláusula con absoluta naturalidad a partir de la Cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de París, celebrada en 1972, en donde se acordó extender la acción de la Comunidad a otros ámbitos y, para ello, "agotar al máximo todas las disposiciones de los Tratados, incluyendo el art. 235"[163]. De este modo, se produjo una extraordinaria ampliación del ámbito material de las competencias comunitarias, puesto que el holgado uso de este mecanismo permitió incluso que la Comunidad atrajera hacia sí nuevas materias cuya conexión con el Tratado sólo podía hallarse en los objetivos más generales y programáticos contenido en su art. 2[164].

---

esta vertiente de los poderes implícitos (así lo destaca Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen..." *cit.*, págs. 176-177). Sobre dicha modalidad competencial, puede consultarse E. Alberti Rovira: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, pág. 84

[162] Entre otros, consúltese Maria Luísa Duarte: *op. cit.*, pág. 446; Patrick Mittmann: *op. cit.*, pág. 137 y Rudolf Streenz: *op. cit.*, pág. 1503

[163] Maria Luísa Duarte: *op. cit.*, pág. 487; Patrick Mittmann: *op. cit.*, pág. 119; J. Martín Pérez y Nanclares, p. 215; así como Rudolf Streinz: *op. cit.*, pág. 1503

[164] Precisamente en este uso amplio del entonces artículo 235, conjugado con la asunción jurisprudencial de la teoría de los poderes implícitos, fundamentó J. H. H. Weiler el fenómeno de *mutación* de la línea de demarcación del equilibrio competencial entre la Comunidad y los Estados (*Il sistema comunitario europeo*, especialmente pág. 179 y ss.)

Por lo demás, esta práctica no se mostró siempre respetuosa con los requisitos y límites impuestos por el entonces art. 235[165], sin que el TJCE viniese a oponerse a la misma. Y, ciertamente, puede considerarse hasta cierto punto comprensible esta actitud tendente a no entrar a revisar con intensidad el eventual carácter *ultra vires* de las decisiones del Consejo, en cuanto no ajustadas estrictamente a las condiciones fijadas por el art. 235 TCE, puesto que sus requisitos materiales son difícilmente justiciables al atribuir a dicho órgano un amplio margen de decisión política[166]. Se aprecia, en definitiva, en la jurisprudencia del TJCE una cierta "pasividad" en su tarea de controlar los requisitos materiales del art. 235 TCE cuando lo que se pretende, precisamente, con la alegación de su incumplimiento es demostrar la falta de competencia de la Comunidad para intervenir en una concreta materia. Supuesto, por lo demás, nada frecuente, habida cuenta de que la exigencia de la unanimidad para adoptar las medidas en el marco del art. 235 TCE hace bastante improbable que los Estados miembros que han dado su consentimiento recurran posteriormente ante el TJCE arguyendo la vulneración de sus competencias residuales. Por eso, en la mayoría de las ocasiones en que se residencia ante el TJ un caso en el que está involucrado el art. 235 (actualmente, el art. 308 TCE) lo que se discute no es un problema de reparto de competencias Comunidad/Estados miembros, sino un problema de selección del concreto fundamento jurídico que habilita la actuación comunitaria. Es decir, el supuesto usual es que, frente al reiterado precepto, se alegue otra disposición que atribuye una participación más relevante a la Comisión o al Parlamento, o que sencillamente no requiere la unanimidad del Consejo.

Pues bien, en contraste con la usual "pasividad" mostrada por el TJCE al controlar la acción del Consejo cuando lo que está en juego es una pretendida invasión de la competencia de los Estados por parte de la Comunidad, el TJCE ha extremado su celo cuando lo que se debate es si, en lugar del art. 235 TCE, puede aplicarse cualquier otra disposición del Tratado que permita actuar a la Comunidad sin el "lastre" de la regla de la unanimidad. Y es que, en efecto, cabe apreciar que, en un momento dado, el TJCE intensificó el rigor de su doctrina sobre el carácter subsidiario de la "cláusula de imprevisión"; doctrina de acuerdo con la cual el art. 235 TCE (actual 308) sólo deviene aplicable cuando la medida discutida no encuentra fundamentación en ninguna otra norma atributiva de competencia (incluyendo los poderes implícitos). Cierto es que, en el caso *Massey-Ferguson*[167], que durante mucho tiempo se consideró el *leading-case* en la materia[168], el TJCE adoptó una lectura laxa de tal requisito, al estimar que el art. 235 podía utilizarse no sólo cuando se careciera por completo de toda facultad para actuar, sino también en caso de insuficiencia, esto es, cuando

[165] Hand D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen..." *cit.*, pág. 177
[166] Maria Luísa Duarte: *op. cit.*, pág. 485; Rudolf Streenz: *op. cit.*, pág. 1503
[167] Sentencia de 12 de julio de 1973, as. 8/73, Rec. 1973, pp. 897 y ss. (especialmente pág. 908)
[168] Kieran St. C. Bradley: "The European Court and the Legal Basis of Community Legislation", pág. 388

la competencia prevista en el Tratado no resultase eficaz o su aplicabilidad exigiese una interpretación extensiva –y, por ende, controvertida- de la misma. Pero, sin embargo, la jurisprudencia recaída a partir de la Sentencia de 26 de marzo de 1987[169] ha endurecido dicha exigencia, al considerar que únicamente es posible recurrir a la reiterada disposición para fundamentar un acto cuando ningún otro precepto del Tratado atribuya a los órganos comunitarios las competencias precisas para adoptarlo.

En resumidas cuentas, el TJCE viene a vigilar estrictamente que no se aplique la cláusula contenida en el actual art. 308 TCE en aquellos casos en que la facultad necesaria para actuar pueda inferirse de una competencia prevista en el Tratado –interpretando éste extensivamente, si fuera necesario- o de una competencia implícita. Pero, por otra parte, no se ha opuesto en absoluto a la utilización generosa de dicho precepto por el Consejo cuando no cabía identificar ninguna competencia específica de la Comunidad[170]. Posiblemente, de cuanto llevamos dicho puede extraerse la conclusión de que la jurisprudencia recaída sobre el art. 235 TCE incurre en una cierta contradicción: adolece de una clara pasividad al controlar el cumplimiento de los requisitos consistentes en que la medida del Consejo se incardine a la consecución de los objetivos de la Comunidad, y que sea verdaderamente necesaria a tal objeto; mientras que procede con prestancia cuando se trata de examinar si cualquier otra disposición del Tratado (incluyendo las competencias implícitas) debió haber servido de fundamento para la actuación comunitaria. Esta pretendida contradicción es, sin embargo, meramente aparente. En realidad, lejos de haber contradicción, esta jurisprudencia se mantiene absolutamente fiel al principio o directriz fundamental que ha dirigido la actuación del TJCE durante largo tiempo, a saber, la de autoarrogarse el papel de “motor de la integración”. Y al fomento de la integración apunta inequívocamente ese aparente contradicción: la pasividad en el control de los requisitos materiales aludidos permitía la expansión de la Comunidad en nuevos ámbitos materiales, hasta entonces reservados en exclusiva a los Estados miembros en virtud de sus competencias residuales; mientras que, indiscutida la competencia de la Comunidad en su conjunto, el control efectivo del carácter subsidiario de la “cláusula de imprevisión” permitía diluir el protagonismo de los Estados miembros en beneficio de los órganos comunitarios más atentos a la defensa de los intereses supranacionales.

La limitada virtualidad de las medidas destinadas a contener la expansión competencial

Las singularidades de las reglas competenciales contenidas trazadas en el Tratado, unidas a la lectura procomunitaria asumida por el TJCE, condujeron a que, a principios de la década de los noventa, se propiciase la

[169] As. 45/86 *Comisión/Consejo*, Rec. 1987, p. 1517 y ss. (especialmente pág. 1522)
[170] Véase Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 204

impresión de que los límites de las competencias comunitarias llegaban tan lejos como lo considerasen oportuno la Comisión, el Parlamento y el Consejo[171]. Ante este franco proceso de expansión de las competencias de la Comunidad, en buena medida impulsado por un Tribunal de Justicia que reivindicaba para sí un mandato político como "motor de la integración"[172], no es de extrañar que se comenzaran a dar ya en dicho momento algunos pasos dirigidos a asegurar el margen de maniobra de los Estados miembros. Sencillamente, como se apuntó por un sector de la doctrina, alcanzado ya un determinado grado en el proceso de integración, debía iniciarse una nueva etapa en la jurisprudencia del TJCE en la que, abandonando su –deseable- proclividad inicial a la expansión competencial comunitaria, adoptase una posición más neutra y objetiva[173]. Por lo demás, la necesidad de preservar el ámbito competencial de los Estados resultaba tanto más necesaria en relación con aquellos países dotados de una estructura descentralizada, dada la necesidad de garantizar asimismo las competencias de sus entes subcentrales frente a posibles extralimitaciones de las instituciones comunitarias.

Por lo tanto, tampoco debe ser motivo de sorpresa que, precisamente, proviniese de un Estado federal (Alemania) la más seria resistencia frente a la línea hermenéutica seguida hasta entonces por el TJCE e, incluso, la más grave puesta en cuestión de su propia autoridad en el conjunto del sistema jurídico comunitario. Así fue; en la conocida Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (12 de octubre de 1993) el Tribunal Constitucional Federal alemán se hizo eco de la "ampliación dinámica de los tratados" que se había llevado a cabo con base en las doctrinas del efecto útil y de los poderes implícitos, así como a través de un generoso entendimiento de la cláusula general del art. 235 TCE (actual 308). En suma, proseguía el Tribunal Constitucional, se había venido produciendo una evidente mediatización o matización del principio de competencias de atribución, que, sin embargo, debía evitarse en lo sucesivo: en adelante, la interpretación de las normas competenciales que realizasen los órganos comunitarios habría de observar la línea divisoria trazada por el Tratado sobre la Unión Europea entre la asunción de una atribución competencial limitada y la reforma del Tratado. Y en el caso de que los órganos comunitarios actuasen *ultra vires*, esto es, operasen más allá del ámbito competencial reconocido por la Ley que autorizó la ratificación del Tratado, los órganos del Estado alemán se verían impedidos de aplicar esos actos jurídicos en Alemania, correspondiendo al propio Tribunal Constitucional verificar si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se atienen a los derechos de soberanía a

[171] Peter M. Huber: "Bundesverfassungsgericht und..." *cit.*, pág. 211
[172] Ulrich Everleng: "Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts", *Europarecht* 22 (1987), pág. 235
[173] *Vid.*,entre otros, Ulrich Everleng: "Subsidiaritätsprinzip und «ausschließliches» Gemeinschaftsrecht – ein «faux problème» der Verfassungsauslegung", en *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag* (Joachim Burmeister, Hrsg.), C. H. Beck, München, 1997, pág. 1231; Rudolf Streinz: *op. cit.*, págs. 1509-1510, así como Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 275

ellos otorgados[174]. Esta muy debatida Sentencia, que planteaba con toda crudeza desde el máximo nivel las distorsiones derivadas del sistema competencial de la Comunidad, se proyectaba sin embargo sobre un Tratado (el de Maastricht) que había introducido algunas medidas destinadas precisamente a contener la *vis*expansiva del radio de acción comunitaria: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En efecto, descartada la más enérgica vía de proceder a una entera reordenación del sistema competencial[175], la principal medida adoptada a tal propósito fue, sin duda, la recepción expresa, con alcance general, del principio de subsidiariedad. Principio que se incorporó, sobre todo, a iniciativa de Gran Bretaña, en cuanto partidaria de una "Europa mínima"[176], y de Alemania, que pretendía con ello proteger el ámbito competencial de los Länder, que había quedado especialmente afectado al prever el Tratado la acción de la Comunidad en parcelas que para ellos tenían un hondo contenido político (escuela, universidad, radiodifusión y, parcialmente, medio ambiente)[177]. Según establece expresamente el segundo apartado del actual

---

[174] Como se ha afirmado, presumiblemente la Sentencia Maastricht no dejó de hacer sentir su influencia en algunas decisiones del TJCE en las que parece abandonarse la anterior precomprensión del sistema competencial invariablemente favorable a los poderes de la Comunidad (en esta línea, por ejemplo, Maria Luísa Duarte: *op. cit.*, pág. 304; Hans D. Jarass: *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und die Folgen für die Mitgliedstaaten*, Zentrum für die europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 1997, pág. 1; Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 286). Así, una decisión desusadamente celosa de los límites competenciales comunitarios es el Dictamen 2/96, de 28 de marzo de 1996, en donde se descartó que la Comunidad pudiera adherirse al Convenio de Roma de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales recurriendo al entonces art. 235 TCE. En la misma, ciertamente resuenan los ecos de la Sentencia Maastricht: "Al ser parte integrante de un orden institucional basado en el principio de competencias de atribución, dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad. En cualquier caso, no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo".

[175] En realidad, la asunción del principio de subsidiariedad fue la alternativa a la decisión más radical de modificar profundamente la fórmula de distribución competencial, tendente a sustituir el sistema funcional o por objetivos por un sistema de enumeración de las competencias en listas (Jean-Paul Jacqué/Joseph H. Weiler: "Sur la voie de l'Union européenne..." *cit.*, pág. 454).En cualquier caso, que dicha opción no resultaba plenamente satisfactoria para los entes subcentrales se puso de inmediato de manifiesto en Alemania y Austria. Así, con ocasión de la preparación de la Conferencia Intergubernamental de 1996, el Bundesrat aprobó una Resolución, con fecha 31 de marzo de 1995, en la que instaba a la misma a alcanzar "una más clara distribución de las competencias entre la Unión y los Estados miembros"; nuevo distribución que debía tener como objetivo "una más enérgica aplicación de la subsidiariedad como regla para el reparto y el ejercicio de las competencias" (*Drucksache 169/95*). En esta misma dirección, la conferencia de los Presidentes de los Länder austriacos aprobó, el 4 de mayo de 1995, el documento "Posiciones de los Länder sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996", en donde se reivindicaba la elaboración de un catálogo competencial de la Unión Europea [véase Gregor Woschnagg: "Welchen Einfluß haben die Länder auf die Festlegung österreichischer Positionen zu EU-Politiken?", en *Die Teilnahme der Bundesländer am europäischen Integrationsprozeß* (Fritz Staudigl/Renate Fischler, Hrsg.), Wilhelm Braumüller, Wien, 1996, págs. 76-77]

[176] Pierre Pescatore: "Mit der Subsidiarität leben", en *Festschrift für Ulrich Everleng* (Due/Lutter/Schwarze, Hrsg.), Band II, Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 1075

[177]*Vid.* Christian Calliess: *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 1999, págs. 56-60; Volkmar Götz/Michael Hecker: "Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale", en

art. 5 TCE, el alcance del principio es el siguiente: "En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario"[178].

¿Cuál puede ser la virtualidad de este principio de subsidiariedad como instrumento destinado a proteger el radio de acción de los Estados miembros?

De entrada, resulta evidente que su virtualidad depende, en primer término, de cómo se entienda el concepto de "competencia exclusiva" de la Comunidad, pues el principio sencillamente no resulta de aplicación en este ámbito. La contestación de este interrogante no resulta en absoluto fácil, habida cuenta de que se trata de un concepto que no es utilizado expresamente en el Tratado y sobre el cual no hay un pronunciamiento unánime en la doctrina. Con todo, suele distinguirse entre dos tipos diferentes de competencias exclusivas, a saber, las competencias exclusivas en virtud del Tratado y las competencias exclusivas por ejercicio[179]. *Las competencias exclusivas en virtud del Tratado* serían aquellas que, según el TJCE, se fundamentan en las normas habilitadoras del Tratado, y que impiden por completo toda actuación de los Estados en esa esfera. Por el contrario, se habla de *competencias exclusivas por ejercicio* a propósito de las competencias concurrentes, es decir, aquellas en las que también pueden operar los Estados miembros pero en la medida en que no ha intervenido previamente la Comunidad. Pues, en el caso de que ésta decida intervenir, el terreno ocupado por la normativa comunitaria no queda ya a disposición de los Estados (*pre-emption*): en definitiva, desde esta segunda perspectiva, una competencia concurrente puede convertirse en exclusiva con motivo de su completo ejercicio por parte de la Comunidad.

La mayoría de la doctrina se inclina por considerar que el art. 5 TCE se refiere únicamente a las primeras. Aun así, subsiste bastante inseguridad acerca de cuáles pueden considerarse competencias exclusivas en virtud del Tratado[180], puesto que hasta el momento el TJCE no ha entrado

---

Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali (a cura di Rinella/Coen/Scarciglia), CEDAM, Padua, 1999, pág. 47

[178] En el Tratado de Amsterdam se incorporó un "Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad"; el cual, sin embargo, apenas apunta algún criterio que permita delimitar con mayor precisión el alcance exacto del principio (en este sentido, Bernhard Schima: "Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", *Österreichische Juristen-Zeitung* 1997, págs. 761 y 770; y Thomas Fischler, Nicole Schley: *Europa föderal organisieren*, Europa Union Verlag, Bonn, pág. 68)

[179] Entre ambas categorías distingue el Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993, Rec. 1993, pág. 1061

[180] Hasta el momento sólo respecto de tres materias el TJCE ha deducido del Tratado una competencia exclusiva de la Comunidad: la política comercial común (antiguo art. 113 TCE; actual art. 133), las medidas para la conservación de los recursos marinos (art. 102 del Acta de Adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) y ciertos aspectos del Derecho institucional comunitario (*vid*. Christiana Calliess: *op. cit.*, pág. 80; J. Martín y Pérez de Nanclares: *op. cit.*, pág 164; Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 130 y ss.)

frontalmente a resolver el interrogante. Obviamente, la Comisión[181] ha tendido a realizar una interpretación amplia del concepto, incluyendo entre ellas las facultades relativas a la implantación del mercado interior mediante la eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (antiguo art. 7a; actual art. 14)[182]; posición ésta que ha sido criticada porque, al ser relativamente fácil hallar cualquier conexión de una medida con la implantación del mercado interior, se corre el riesgo de desvirtuar enteramente la garantía que el principio de subsidiariedad entraña[183].

Pues bien, con independencia de cuál sea el exacto alcance de las competencias exclusivas comunitarias que termine prevaleciendo, lo cierto es que no parece que el principio de subsidiariedad esté llamado a jugar un papel tan relevante en la salvaguarda de las competencias de los Estados miembros como la opinión pública en general había apreciado inicialmente[184]. De entrada, hay que comenzar recordando que tanto las conclusiones finales adoptadas en el Consejo Europeo de Edimburgo (12 diciembre de 1992) como el "Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad" incorporado al Tratado de Amsterdam subrayan que, en ningún caso, el principio pone en cuestión las atribuciones conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado según son interpretadas por el Tribunal Justicia, pues no contiene sino una directriz acerca de cómo tienen que ejercitarse tales atribuciones a nivel comunitario. Por lo tanto, está claro que el principio –llamado a jugar en el terreno del ejercicio de las competencias- no proporciona ningún remedio a los errores o distorsiones cometidos en el pasado en torno a la interpretación excesivamente amplia del alcance del ámbito de las competencias comunitarias[185].

Pero es que, además, la virtualidad jurídica del principio en orden a lograr un "ejercicio" de las competencias comunitarias más sensible a las intervenciones de otros niveles de gobierno parece adolecer de cierta fragilidad, dada la naturaleza difícilmente justiciable de la disposición. En efecto, en el test de la subsidiariedad debe procederse a la evaluación de dos condiciones: la insuficiencia de los medios de los Estados miembros para alcanzar los objetivos de la acción y la posibilidad de ser mejor realizada a nivel comunitario. Y este examen ha de fundamentarse tanto en criterios cualitativos como cuantitativos, según se apuntó en el Consejo

[181] Por su parte, en la conclusiones finales del Consejo de Edimburgo (12 de diciembre de 1992) se apuntó lo siguiente: "Con base en los Tratados tienen los órganos comunitarios una serie de obligaciones específicas, como, por ejemplo, en relación con la evolución y aplicación del Derecho Comunitario, con la política en materia de competencia así como con la protección de los medios comunitarios. Estas obligaciones no se han visto afectadas por el art. 3 b (...)"

[182] Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo, de 27 de octubre de 1992, sobre el principio de subsidiariedad. Respecto de esta cuestión, véase Ivo E. Schwartz: "EG-Kompetenzen für den Bennenmarkt: Exclusiv oder konkurrierend/subsidiär?", *Festschrift für Ulrich Everleng*, Band II, pág. 1331 y ss.

[183] Así, Christian Calliess: *op. cit.*, pág. 83; Fischler/Schley: *op. cit.*, pág. 64

[184] Aunque también desde un primer momento hubo manifestaciones de escepticismo (Fritz W. Scharpf: *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Campus, Frankfurt am Main, 1994, pág. 122)

[185] Véase al respecto Fischler/Schley: *op. cit.*, pág. 70

Europeo de Edimburgo: “La declaración de que un objetivo de la Comunidad no puede realizarse suficientemente por los Estados miembros y que, consiguientemente, puede ser mejor alcanzado a nivel comunitario, debe basarse en criterios cualitativos y –en la medida de lo posible- cuantitativos”. En estas circunstancias, y dadas las enormes diferencias existentes entre los Estados miembros tanto en lo relativo al desarrollo económico como en lo concerniente a su poder financiero y capacidad administrativa, la Comunidad siempre podrá reivindicar la pertinente competencia, al poder esgrimir que está en mejores condiciones de desempeñar la tarea en cuestión[186]. Posición que se ve respaldada por la circunstancia de que en el examen sobre la subsidiariedad intervienen de forma determinante consideraciones de orden político y económico, razón por la cual debe necesariamente reconocerse a los órganos comunitarios un amplio margen de apreciación[187]. Dificultad de controlar judicialmente la aplicación del principio que, además, se exacerba precisamente en relación con aquellos supuestos en que la *vis* expansiva de las competencias comunitarias adquiere su máxima intensidad, a saber, las cláusulas competenciales de los arts. 94, 95 y 308 TCE (antiguos arts. 100, 100a y 235). En definitiva, vistas las dificultades existentes para predecir con claridad la virtualidad exacta del principio, no debe ser motivo de sorpresa que tanto el Consejo Europeo de Edimburgo como el “Protocolo” partan de la idea de que la subsidiariedad es un “concepto dinámico”, que permite a la Comunidad, en el ámbito de sus poderes, expandir su actividad hasta donde las circunstancias lo requieran, y que, a la inversa, permite restringirla o suspenderla cuando ya no esté justificada[188].

Dada la amplia libertad de configuración política inherente a las decisiones sobre la subsidiariedad[189], se ha subrayado que la máxima virtualidad del principio puede residir en su dimensión procedimental. Sobre la base de que el art. 253 TCE (antiguo art. 190) impone, con carácter general, el deber de fundamentar los actos jurídicos comunitarios, se trataría de exigir un mayor grado de fundamentación de las decisiones que no se hayan adoptado en ejercicio de una competencia exclusiva de la Comunidad, exigiéndoles que argumenten acerca de las razones que aconsejan la intervención comunitaria[190]. Y, de hecho, en las primeras ocasiones en que los principales impulsores de la inclusión de este principio

---

[186] Frtiz W. Scharpf: *Optionen des Föderalismus...*, pág. 135

[187] En este sentido, Maria Luisa Duarte: *op. cit.*, pág. 538; Patrick Mittmann: *op. cit.*, pág. 113

[188] Fischler/Schley: *op. cit*, págs. 68-69

[189] Fuerte penetración de la vertiente política en estas decisiones que ha motivado la aparición de propuestas que apuntan a la creación de un órgano específico, de corte político, encargado precisamente de examinar la adecuación al principio de proporcionalidad de las diferentes medidas comunitarias (consúltese sobre el particular Jacqué/Weiler: *op. cit.*, págs. 454-456; Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 272). En otros casos, aun manteniéndose la conveniencia de que el control siga encomendado al TJCE, no deja de reconocerse la peculiaridad del mismo, inclinándose por la existencia de un control preventivo o *a priori* al respecto (J. Martín y Pérez de Nanclares: *op. cit.*, págs. 123-124)

[190] Así, entre otros, Jürgen Schwarze: “Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1995, págs. 1266-1267

en el Tratado (Alemania y Gran Bretaña) impugnaron ante el TJCE disposiciones comunitarias, se ciñeron a invocar la quiebra de la subsidiariedad desde esta perspectiva procedimental, sin que, por tanto, alegasen la vulneración material del principio. Esta tendencia inicial, que ciertamente puede parecer *prima facie* paradójica[191], tal vez revele el temor de los Gobiernos nacionales a que el TJCE –tradicionalmente defensor de las instancias comunitarias-, al abordar el examen sustantivo de un concepto especialmente abierto a criterios de oportunidad, vaya paulatinamente cerrando el paso con su jurisprudencia a las posibilidades de actuación de los Estados miembros[192].

Pues bien, si ya es controvertido precisar el alcance de este principio como instrumento destinado a proteger el radio de acción de los Estados miembros frente a eventuales intromisiones de los órganos comunitarios, tanto más debatido resulta determinar si el mismo está llamado a operar únicamente en el marco de las relaciones Comunidad Europea/Estados miembros, quedando excluidos los entes regionales y locales, o si, por el contrario, también éstos gozan de la protección jurídica inmediata que brinda el artículo 5 TCE. Lo cierto es que, *prima facie*, viene prevaleciendo en sede política la tesis contraria a reconocer esta última proyección del citado precepto. Así, en relación con la pregunta formulada por el parlamentario Víctor Arbeloa acerca de una posible extensión de la virtualidad del principio a las regiones, se pronunció la Comisión en los siguientes términos categóricos: «El principio de subsidiariedad [...] no afecta [...] a la relación que se entable, dentro de cada uno de los Estados miembros, entre las competencias del Estado, por una parte, y las de los interlocutores sociales o de las entidades locales, por otra. Dicha relación se rige por los derechos nacionales de los respectivos Estados miembros»[193]. Y, en esta línea, el "Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad" (1997), anejo al TCE, no reconoce otra proyección del mismo que la que se concentra en los Estados[194].

Frente a esta tesis de corte más tradicional, no han faltado opiniones proclives a ampliar el radio de acción del principio tanto en sede doctrinal[195]

---

[191] A. Estella de Noriega: "La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B (2) del Tratado de la Comunidad Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 101, 1999, pág. 71 y ss.

[192] A una dirección semejante apunta Estella de Noriega ("La paradoja de la subsidiariedad...", pág. 99)

[193] Tanto la referencia a la pregunta escrita E-3100, de 10 de noviembre de 1993 (*DOCE* C 147, de 30 de mayo de 1994, pág. 1), como la relativa a la contestación de la Comisión proceden de J. Martín y Pérez de Nanclares: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, pág. 116, nota 333

[194] De hecho, la única referencia a los entes subcentrales es la siguiente, contenida en el punto 9) del Protocolo: "Sin perjuicio de su derecho de iniciativa, la Comisión debería: [...] –tener debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Comunidad, los Gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar"

[195] Así, por ejemplo, Christian Calliess ha sostenido que del artículo 5 TCE se deriva el principio general de que las Regiones sean tomadas en consideración en la máxima medida posible (*Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 1999, pág. 170 y ss.). En lo que a España concierne, véase J. Barnés Vázquez: "El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas", en *La Comunidad Europea, la*

como institucional. En relación con esta última cabe destacar la decidida posición del Parlamento Europeo, según la cual el principio de subsidiariedad no se refiere sólo a las estructuras centrales del Estado, razón por la que la aplicación y la gestión de las políticas comunitarias debe realizarse en el plano administrativo más descentralizado posible, teniendo en cuenta las competencias de las regiones y de los poderes locales y la organización político-administrativa de los Estados miembros (puntos 4 y 5 de la *Resolución* A3-0325/93, de 18 de noviembre, sobre la participación y la representación de las regiones en la construcción europea: el Comité de las Regiones)[196]. Por su parte, el Comité de las Regiones, en su Dictamen de 20 de abril de 1993, sobre la Revisión del Tratado de la Unión Europea, propuso la modificación del entonces artículo 3 B para mencionar, además de los Estados, a «las colectividades regionales y locales dotadas de competencia según el derecho interno de los Estados miembros». Idea en la que vino a abundar el Comité en su Dictamen complementario sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, fechado el 21 de abril de 1995[197].

Pese a todo, hasta que no se reconozca su virtualidad jurídica inmediata respecto de las atribuciones de los entes subcentrales, resulta evidente que, a lo sumo, el principio de subsidiariedad únicamente de forma refleja podrá servir de freno a la erosión de sus competencias procedente de las autoridades comunitarias, habida cuenta de que la eventual eficacia protectora que despliegue sobre el ámbito competencial de los Estados miembros no podrá dejar de proyectarse, mediata o inmediatamente, a la totalidad de los niveles de gobierno. Desde esta perspectiva, no puede sino compartirse la apreciación de George A. Bermann de que una de sus cualidades estriba, precisamente, en la preservación del reparto interno de poderes de los Estados miembros, ya que, al reducir la intervención de la Comunidad al mínimo necesario, la subsidiariedad tiende a refrenar la

---

instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros, Civitas/Junta de Andalucía, Madrid, 1993, especialmente pág. 561 y ss.; del mismo autor: "Subsidiariedad y autonomía local en la Constitución", *Anuario del Gobierno local 1997, passim*. En este sentido, L. Parejo Alfonso se ha mostrado partidario de «la declaración formulada por Alemania, Austria y Bélgica (de la que tomó nota la Conferencia Intergubernamental) en el sentido de que la acción comunitaria, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no sólo interesa a los Estados miembros (a su instancia central), sino también a las entidades en que internamente se desagregan, en la medida en que éstas disponen asimismo de potestad legislativa (la cual se ve afectada directamente por las decisiones normativas comunitario-europeas y, por tanto, por las decisiones sobre la toma o no de tales decisiones)» (prólogo al libro de A. M. Moreno Molina: *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 17)

[196] Sobre esta Resolución, véase el "Informe de la Ponencia de la Comisión General de las Comunidades Autónomas sobre el papel y las funciones de los entes territoriales en el futuro de la Unión Europea" (*BOCCGG*. Senado. V Legislatura, núm. 360, 21 de diciembre de 1995, pág. 14). Asimismo, consúltese J. Astola Madariaga: "Las regiones en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pág. 130

[197] Además de proponer la aplicación del principio, con efecto retroactivo, en todos los ámbitos y fases de la actividad comunitaria, este Dictamen apuntó que tal aplicación debería ser objeto de un doble control: previo, a realizar por las instituciones de la Unión, en particular la Comisión; y *a posteriori*, de carácter jurisdiccional, ante el Tribunal de Justicia (*vid.* el "Informe de la Ponencia de la Comisión General de las Comunidades Autónomas sobre el papel y las funciones de los entes territoriales en el futuro de la Unión Europea", *loc. cit.*, pág. 17)

merma competencial que puedan sufrir las propias partes componentes de los Estados[198].

Pero además del principio de subsidiariedad el Tratado de Maastricht incorporó otro mecanismo llamado a operar como límite de las competencias comunitarias, a saber, el principio de proporcionalidad. Según reza el tercer párrafo del art. 5 TCE: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". En realidad, aunque el principio encontraba así una recepción expresa en el Tratado, lo cierto es que gozaba ya de una estable presencia en la jurisprudencia del TJCE[199], en donde había operado fundamentalmente en las relaciones entre el poder público (tanto comunitario como estatal) y los ciudadanos, aunque no eran enteramente desconocidos supuestos en los que se argumentaba con el principio como límite de las competencias comunitarias. Con su incorporación explícita en el Tratado, está fuera de toda duda que rige también en las relaciones Comunidad/Estados[200].

Por lo que hace a su ámbito de aplicación, conviene destacar que, a diferencia del principio de subsidiariedad, se extiende también a las competencias exclusivas comunitarias, según se afirmó en términos inequívocos en el Consejo de Edimburgo: "Este párrafo [el tercero] se aplica a todas las medidas de la Comunidad, con independencia de si los ámbitos afectados recaen o no bajo su competencia exclusiva". Por lo demás, es asimismo evidente que entre los párrafos segundo y tercero del art. 5 TCE existe una estrecha vinculación o complementariedad, hasta el punto de que se ha considerado que no es fácil hallar una clara diferenciación entre uno y otro[201]. Con todo, suele coincidirse en señalar que el principio de subsidiariedad juega en una primera fase, en donde se determina *si* la Comunidad puede o no actuar, mientras que el principio de proporcionalidad opera a continuación, fijando *cómo* debe ser su intervención. En cualquier caso, parece innegable que ambos principios se hallan íntimamente interrelacionados, por lo que usualmente se procederá a una valoración conjugada de los mismos.

Esa íntima conexión se pone especialmente de manifiesto si se atiende a la estructura interna del principio de proporcionalidad. Como es sabido, éste se escinde a su vez en los principios de adecuación (la medida debe ser adecuada para alcanzar el objetivo perseguido), necesidad (ha de elegirse la medida que, siendo igualmente eficaz para lograr el objetivo, resulte menos gravosa) y proporcionalidad en sentido estricto (ha de haber una adecuada relación medio/fin, en el sentido de que exista un razonable equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la

---

[198] "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", *Columbia Law Review*, 94 (1994), pág. 343. Véase asimismo sobre el particular Christian Calliess: *op. cit.*, pág. 172

[199] Suele considerarse uno de los principios generales del Derecho Comunitario [*vid.* D. U. Galetta: "El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), p. 76]

[200] Hans D. Jarass: "Die Kompetenzverteilung zwischen...", pág. 193

[201] Hans D. Jarass: *idem*, pág. 194

intervención). Pues bien, es claro que el test de la adecuación se lleva ya a efecto cuando se procede a la aplicación del principio de subsidiariedad, pues éste parte del presupuesto de que, en efecto, la medida comunitaria es apta para la consecución del objetivo pretendido (de hecho, se le exige que sea "más apta" que las medidas que puedan adoptar los Estados-miembro). Por lo tanto, en puridad, al añadirse el principio de proporcionalidad al tercer párrafo del artículo 5 TCE no se pretende sino incorporar los principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto como técnicas encauzadoras del ejercicio de las competencias comunitarias. Así se desprende con toda evidencia de las conclusiones del Consejo de Edimburgo, en donde se afirmaría: "La carga administrativa o financiera de la Comunidad, de los gobiernos de los Estados-miembro, de las autoridades locales, de la economía y de los ciudadanos debe mantenerse tan leve como sea posible, y debe estar en una relación adecuada con el objetivo pretendido"[202].

Por lo que hace a la virtualidad que pueda tener el principio de proporcionalidad como técnica limitadora del ejercicio de las competencias de la Comunidad, en cierto modo cabría reproducir lo ya afirmado en relación con el principio de subsidiariedad acerca del amplio margen de maniobra de que disponen los órganos comunitarios para decidir cuándo su intervención es proporcional. Amplia libertad de configuración política que, en términos generales, suele reconocerse en los diferentes ordenamientos cuando se emplea el principio de proporcionalidad frente al legislador, incluso en materia de derechos fundamentales. La conclusión que arroja el examen de la jurisprudencia recaída sobre el principio de proporcionalidad revela con claridad que el TJCE ha venido tradicionalmente empleando tanto mayor rigor en controlar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de las medidas adoptadas por los Estados que en relación con las disposiciones de los órganos comunitarios[203]. Y que esa línea jurisprudencial no parece haberse modificado a raíz de la recepción expresa del principio como límite de las competencias comunitarias, de tal modo que sigue resistiéndose a anular una decisión comunitaria basándose en la conculcación del reiterado principio de proporcionalidad[204].

---

[202] En opinión de D. U. Galetta, el párrafo tercero del art. 3 B introducido por el Tratado de Maastricht se habría limitado a recoger el principio de necesidad (*op. cit.*, p. 78)
[203] D. U. Galetta: *op. cit.*, especialmente pp. 102-103
[204] *Vid.* D. U. Galetta: *op. cit.*, p. 89; Bernhard Schima: *op. cit.*, pág. 767; Anita Wolf-Niedermaier: *op. cit.*, pág. 273

FORMA DE ESTADO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS NORMAS REGIONALES EN ITALIA.

Giovanni Moschella
Universidad de Messina

1. El debate sobre la forma de Estado en el ordenamiento constitucional italiano ha registrado a lo largo de los últimos años una fuerte aceleración tras la aprobación en el Parlamento de una serie de reformas legislativas constitucionales de gran relieve que, desde el punto de vista de las competencias legislativas administrativas (leyes 59/95 y 127/97, llamadas "leyes Bassanini"), de la estructura organizativa y estatuaria de las Regiones (leyes constitucionales 1/99 y 2/01), así como en relación con las competencias legislativas regionales (revisión reciente del titulo V de la Constitución), han influido decisivamente en las formas y modalidades de articulación del poder en el seno del Estado.

Este proceso, como es lógico, ha tenido y tiene un valor político especial, que ha condicionado no poco el debate político-institucional y doctrinal, dando lugar a dos enfoques diferentes, políticos y constitucionales. El primero, aún a riesgo de caer en una extrema simplicidad, se puede reconducir a la categoría conceptual de federalismo conflictual; el segundo se adecua mejor a los modelos del federalismo cooperativo o solidario, si bien – en consideración de la efectiva configuración de las relaciones y competencias entre Estado central, Regiones y Entes locales que se vislumbra en su conjunto del proceso de reforma – se puede clasificar como modelo neo-regionalista.

La dificultad de hallar una relación entre estos distintos orientaciones se pone de manifiesto ya en la forma como ha sido aprobada la modificación del Título V, conseguida con una mayoría muy exigua, y que adquiere eficacia solo después de la convocatoria, por primera vez en la historia constitucional, de un referéndum suspensivo[205].

Si buscamos aunque sea sumariamente las razones por las que ha sido necesario este proceso de redistribución, uno de los factores determinantes ha sido la alteración sufrida en la relación entre sistema político y regionalismo que, con el paso del tiempo, ha congelado las previsiones constitucionales (si es verdad que la institucionalización de las Regiones ordinarias tiene lugar solamente en 1970, después de mas de veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución), relegando las instancias regionalistas a una pequeña figura político-partidista institucional de tipo esencialmente contractual.

[205] Para una distinta valoración de la oportunidad de proceder a reformas constitucionales, sin tener en cuenta a sus opositores parlamentarios cfr. *Quaderni Costituzionali,* 2001, n. 2 BEN R., "Riforma costituzionale" a colpi di maggioranza: ¿Por qué no? e CHAPPETTI A "Un passo indietro sulla via del regionalismo".

Desde este modelo que se ha venido afirmando en el ámbito de la experiencia constitucional, ha surgido -tal y como se ha apuntado- "un sistema de regiones sin regionalismo", el cual, por otro lado, si se piensa en la inconsistencia institucional que ha representado el ente Región hasta la aprobación de la ley constitucional 1/99, podría ser, con alguna razón, rebautizado como "regionalismo sin regiones"[206].

Como tendremos ocasión de profundizar, las líneas más sobresalientes del proceso de reforma regional que ha sido aprobado recientemente en el ordenamiento constitucional italiano, entre las dos orientaciones antes mencionadas, federalismo conflictual *versus* federalismo cooperativo, tienden decididamente hacia este ultimo, si bien – como se ha dicho antes- también con alguna confusión, el modelo de distribución territorial del poder prevalente en la clasificación jurídico-constitucional no parece autorizar a hablar de federalismo, pero si de neo-regionalismo.

De otro lado, en el plano sistemático-constitucional, la doctrina y la misma Corte Constitucional han hallado límites inconstitucionales en los procesos de concentración del poder en el ámbito territorial que conlleven una alteración del carácter unitario e indivisible del Estado, es decir, de aquellas formas de autodeterminación o segregación[207].

Esta dirección encuentra una plena confirmación tanto en el debate constituyente[208], como en el enunciado constitucional donde se localizan dos

---

[206] Cfr Falcon G., *Lo stato autonomista*, Bolonia, 1998.

[207] Cfr. Gambino S., "Stato regionale e diritti sociali: l'esperienza italiana nella prospettiva comparatistica", en Aparicio M.A. (Coordinador), *Derechos constitucionales y Formas Políticas*, Barcelona, 2000, Pág. 361 ss, también del mismo autor "I diritti sociali e la riforma federale", en *Quaderni costituzionali,* 2001 n. 2.

[208] En el desarrollo del debate constituyente con el término *Región* se señalaban conceptos bastante distintos que se vinculaban bien a los estados miembros en los sistemas federales, o bien a los entes locales en los sistemas centralizados (Cfr. DE SIERVO U., *Gli statuti delle Regioni,* Milano 1974). En concreto, se partía de un concepto prevalentemente político, fundamentado en la necesidad de no desnaturalizar el conjunto normativo del estado centralizado, hasta llegar a la formación de regiones con poderes legislativos tutelados constitucionalmente y la atribución a ellas de una potestad estatutaria. Todavía en un plano doctrinal, resultaba bastante fuerte la influencia de la doctrina alemana, que profundizando los conceptos de estado federal y soberanía, tendía a distinguir el estado federal con el estado unitario, aún en la hipótesis de estado articulado en autonomías locales. Por otra parte "no ha sido muy incisiva en el ámbito del debate político-constitucional la influencia de las elaboraciones doctrinales relativas a nuevas formas de organización local que se han desarrollado en la experiencia europea (España 1931, Alemania de Weimar, Austria 1920), quedando bastante clara la diferencia "entre ente local de un estado descentralizado y 'región' de un estado regional". Sin embargo, en el debate constituyente empezaron a afirmarse unos principios, tales como la previsión y la tutela constitucional de los poderes regionales, la entrega a las regiones de los poderes legislativos, el reconocimiento de un poder estatutario, que representan sin duda institutos técnicos de la experiencia de los estado federales (o regionales). En los trabajos de la Asamblea constituyente, entonces, se perfila desde un principio la preferencia por un modelo organizativo fundamentado en la descentralización política y la institución de entidades autónomas "en el ámbito de la comunidad estatal, en el plan constitucional" (AMORTH A., *Il problema della struttura dello Stato en Italia – Federalismo, regionalismo, autonomismo,* Como-Milano 1946, pag. 68), las cuales se garantizan por medio del estatuto una potestad de autoorganización, así como el ejercicio de una potestad legislativa para determinadas materias. Considerando simplemente la composición de los modelos de sistema regional que resultan en el debate durante el periodo de fundación de la Republica, se advierte que, en comparación con las posiciones originarias que se afirmaron en el ámbito doctrinal y en las comisiones pre-constituyentes, la postura de la Asamblea, órgano de naturaleza prevalentemente política, sentía mas fuerte la influencia de los impulsos de renovación que arrastraban las fuerzas

principios que se integran estrechamente, la unidad y la indivisibilidad de la República, por un lado, y el reconocimiento y la promoción, por parte de la República misma, de las autonomías locales[209]. Mientras el principio de la unidad fija un claro límite a la autonomía de los entes locales, en el sentido que «el pluralismo no se puede transformar en separación política», el segundo principio asume una configuración positiva "estableciendo una dirección a la actividad del Estado hacia la descentralización y la autonomía"[210]; esta última, sin embargo, no se puede configurar como nivel de autonomía absoluta, como una categoría equivalente a la de la soberanía.

A estas referencias constitucionales hay que añadir unos principios y valores, como los de centralidad de la persona y de igualdad, que constituyen un límite no solamente para el legislador, sino también para el poder de revisión constitucional. Como se ha subrayado también recientemente, "tales principios encuentran en la positivización constitucional de los derechos sociales el medio formal de garantía por la cual funciona el propio principio recogido en el art. 5 Const. de la unidad y indivisibilidad de la

---

políticas unidas en la lucha antifascista, "que habían hecho de la autonomía política local y del pluralismo una de las ideas fuerza por la reconstrucción del nuevo estado". Con este marco de referencia, las líneas fundamentales de la definición del modelo regional encontraron apoyo en las tesis de Ambrosini, para quien la región debería configurarse como ente tutelado por una Constitución que afirmara sus propios derechos y poderes legislativos y administrativos detallados, a pesar de que no se configuraba como Estado-miembro de un estado federal. Sin embargo, como ya hemos constatado, el debate sobre las formas organizativas de las regiones se centralizó particularmente en aspectos como la potestad legislativa o estatutaria, más propias de experiencias constitucionales federales. Considerando la opinión mayoritaria, se debe subrayar la posición comunista, fuertemente hostil a la atribución a las regiones de una competencia legislativa que –en su opinión- debería quedar reducida a una potestad legislativa delegada y reglamentaria, con el fin de evitar que se consolidara "un federalismo disfrazado". Las líneas de dirección de la discusión dentro la Asamblea Constituyente vienen fijadas en la aprobación del *o.d.g.* (orden del día) Piccioni, con "la segunda subcomisión, que examinaba la cuestión de las autonomías locales, a través de la cual ha encontrado una amplía actuación la renovación democrática y social de la nación, y en concordancia con la propia estructura tradicional y natural, se reconoce la necesidad de dar lugar a la creación, estipulada por la nueva constitución, del ente región (persona jurídica territorial): a) como ente autárquico (es decir con fines propios de interés regional y con capacidad de desarrollar actividades propias para conseguir estos fines), b) como ente autónomo (es decir, con poder legislativo en el ámbito de las competencias especificas que le serán asignadas y en el respeto de las normas jurídicas generales del estado); c) como ente representativo de los intereses locales, con bases electivas; d) como ente que tiene una autonomía financiera, que asigna a una propia sección la formulación de un proyecto de normativas regionales, teniendo en cuenta las situaciones particulares existentes (Sicilia, Sardegna, Val d'Aosta, Trentino Alto Adige) y otros criterios informadores, que resultan en la amplia discusión que se ha desarrollado dentro a la subcomisión".

[209] BERTI G.,*Le autonomie territorriali, Relazione al Convegno Dalla Costituente alla Costituzione*, Roma 18-20 diciembre 1997, ha afirmado que "el art. 5, en relación con los principios fundamentales, expresa también el encuentro entre los antecedentes jurídico y político con el actual poder publico del derecho positivo. En efecto las autonomías son "reconocidas" antes de ser posiblemente también promovidas. « Reconocidas » quiere decir que ellas expresan una especie de derecho natural y derecho positivo, al tiempo que resultado también de una larga historia, que hunde las raíces en el medioevo. La combinación entre derecho natural y derecho positivo, entre derecho de la sociedad y poder político produce sin embargo efectos débiles. La debilidad de las autonomías del Estado unitario es, ante todo, el hecho de ser esas mismas el ámbito en el cual se ejecuta una primera experiencia de esta connivencia, pero tal vez también donde se pone en prueba la aceptación del poder político de la sociedad.

[210] Cfr. CUOCOLO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, 1990 p. 23 ss.

Republica, relativo al reconocimiento y a la promoción de las autonomías locales"[211].

En este plano se ha movido la jurisprudencia de la Corte constitucional, que por lo general ha establecido, junto a los limites explícitos, los limites implícitos a la reforma constitucional, reconducibles a aquel núcleo inderogable de principios supremos contenidos en la Constitución "que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial tampoco mediante leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales"[212], ya que su modificación daría lugar a un orden constitucional completamente distinto del vigente, lo que implicaría una infracción de la Constitución[213].

Más concretamente, la Corte ha definido unos límites al mismo poder de las Regiones de intervenir en el procedimiento de revisión constitucional por medio de referéndum consultivos regionales con la finalidad de promover iniciativas de revisión de la Constitución.

La Constitución, en efecto, aún reconociéndoles la titularidad para ejercitar iniciativas legislativas, incluso en materia de revisión constitucional, no prevé que el pueblo sea "el impulsor de la innovación constitucional", porque la expresión de la propia voluntad debe manifestarse según formas típicas basadas en reglas procedimentales y organizativas reconducibles al concepto de "unidad y indivisibilidad de la República" excluyendo las consultas populares regionales[214].

---

[211] Así GAMBINO S., "Stato regionale e diritti sociali: l'esperienza italiana nella prospettiva comparatistica", cit., p. 375.

[212] Se reenvía a la sent. Corte Const. n. 1146 del 1988.

[213] En este sentido cfr. LUCIANI M., "Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti tra cittadino e pubblica amminstrazione", en Revista *crit. Dir. Priv.*, 1985 y sobre lo mismo A., "Sui diritti sociali", en *Democrazia e diritto*, 1995 n. 1.

[214] En consideración de la jurisprudencia de la Corte respecto a referéndum consultivo regional cífr. Sent. n. 256 del 1989, en el cual la Corte afirma que este instituto, aunque no concurra a la formación de la voluntad de los órganos que lo promueven, manifiesta una validez política, sobre todo en lo que respecta tanto "a la esfera de la consonancia entre comunidad y poder público", como a la de la responsabilidad política. En este marco, el éxito del referéndum podría condicionar la actividad futura y las opciones discrecionales que son competencia de los órganos centrales. Respecto al juicio de admisibilidad del referéndum regional y sobre los limites de viabilidad de este referéndum relativos a otras materias, en particular sobre la creación de nuevos *comune* y la modificación de circunscripciones territoriales de los entes locales cfr. dece 175 dal 1981 ; 43 y 165 del 1982; 279 del 1994, 433 del 1955; 285 del 1999 y nota red. En esta Revista 1999, 2409, n. 94 del 2000. Para la doctrina cfr. NANIA F., "Il referendum nella normativa regionale", en *Giur. Cost*., 1974, p. 2781; MURGIA C., "I referendum regionali al vaglio della Corte costituzionale", en *Giur. Cost*., 1980, p. 1280; BETTENELLI E., "Metamorfosi di un referendum en Sardegna", en *Leg. Reg.,* 1979, 1278; SCUDIERO M.,*I referendum nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1971, FALCON G., Diritto al referendum regionale e giudizio di ammissibilità nella prospettiva della giurisdizione", en *Le Regioni*, 1986, p. 1880, BARRERA P., "Una novità istituzionale: i referendum consultivi (o d'indirizzo?" di iniziativa popolare, en *Le Regioni*, 1987, n. 6, p. 1297; MAZZIOTTI DI CELSO M.- SALERNO G.M., "Competenze legislative delle regioni e limite territoriale", en *Giur. Cost.* 1988, p. 3969; LIPPOLIS V., "Regioni treaty-making power e giurisprudenza della Corte costituzionale", en *Giur. Cost*. 1989, p. 1206; BARRERA P., "Referendum consultivo e limiti dell'interesse regionale", en *Giur. Cost*. 1989, p. 1223; SALERNO G.M., "I limiti del referendum regionale consultivo: gli interessi nazionali di carattere unitario ed i principi costituzionali impliciti", en *Giur. it.*, 1990, p. 1703; ZANO N., "I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze del diritto costituzionale materiale", en *Giur. Cost.*, 1992, p. 4267; PEGORARO L., "Il referendum consultivo del Veneto: illegittimo o inopportuno?" en *Quaderni costituzionali*, 2001, n. 1, p. 126 ss.; SPADARO A., "I referendum consultivi regionali: perché illegittimi",

En la sent. n. 470 del 1992, la Corte constitucional, tras afirmar la potestad de iniciativa legislativa de las Regiones, también en materia de reforma constitucional, excluía sin embargo, por el principio de tipicidad del procedimiento legislativo en general, y en particular en virtud del art. 138 Cost., cualquier forma de agravio comparativo mediante consultas populares "variables de una Región a otra".

Con esta orientación jurisprudencial, la Corte afirma en la sent. n. 496 de 2000 que la Constitución no prevé que el pueblo sea "el impulsor de la innovación constitucional", porque la expresión de la propia voluntad debe operar según formas tipificadas (*forme tipiche*) en reglas procedimentales y organizativas reconducibles al concepto de "unidad y indivisibilidad de la República" que excluyen consultas populares regionales.

La Corte, aun cuando reconoce la posibilidad de una proyección de los intereses regionales mucho más allá del ámbito regional y por lo tanto la atribución a las Regiones de una representación general de la colectividad nacional, precisa qua hay intereses que competen, en su esencia unitaria, a la colectividad nacional y que, como tales, quedan a la exclusiva disponibilidad del Estado, sin que los institutos regionales puedan afectarlos.

En otras palabras, la jurisprudencia de la Corte sobre los referéndums consultivos regionales puede resumirse de este modo: el referéndum consultivo, aunque no sea vinculante, tiene en cualquier caso influencia, dirige u orienta las fases siguientes del procedimiento legislativo estatal, asumiendo un indiscutible poder político y condicionando las "opciones discrecionales confiadas a la exclusiva competencia de órganos centrales del Estado", con posibles efectos negativos "respecto al orden constitucional"; el desarrollo de un referéndum consultivo orientado a la activación de una iniciativa de revisión constitucional por parte del Consejo regional se configura entonces como una lesión del procedimiento del art. 138 Const., y por lo tanto hay que considerarlo ilegitimo, ya que -advierte la Corte – "en nuestro sistema las decisiones fundamentales de la comunidad nacional que se insertan en el pacto constitucional, competen a la representación política, sobre cuyas determinaciones el pueblo no puede intervenir sino en las formas típicas previstas en el art. 138 de la Constitución".

Por lo tanto se debe excluir, según el parecer de la Corte, la posibilidad que una porción del cuerpo electoral, que coincide con el cuerpo electoral de la Región, pueda expresarse dos veces sobre la misma petición de reforma, una de forma preliminar, en el ámbito del cumplimiento del referéndum consultivo regional, y la otra después, cuando se plantea el referéndum constitucional, puesto que –a efectos de la reforma– únicamente un "solo pueblo" puede dar "forma a la unidad política de la Nación".

Esta orientación de la Corte, sin duda "preciso, antiguo y recientemente confirmado" en la sent. n. 496 del 2000, ha sido sin embargo,

---

en Quaderni costituzionali 2001, n. 1 p. 129 ss.; MOSCHELLA G., "Referendum consultivi regionali: la Corte ci ripensa?", en *Giur. Cost.*, 2001, n. 1 (en prensa).

si no cambiado, sí al menos contestado en la Sentencia n. 102 del 2001, en la cual la Corte constitucional, aún cuando no profundiza demasiado sobre el tema, rechaza la petición de suspensión adelantada por el Gobierno central respecto de la deliberación del Consejo regional de la Lombardia, que promovía un referéndum consultivo que, en el marco de la unidad nacional, impulsaba a la Región a tomar iniciativas institucionales necesarias para la transferencia de funciones estatales sobre sanidad, policía local, formación profesional y instrucción, al considerar que esas trasferencias sólo podían efectuarse a través de una ley de revisión constitucional.

2. Un primer elemento que se observa en el examen de las líneas evolutivas del proceso de transformación en un sentido neo-regionalista del sistema constitucional italiano es la falta de sistemática, es decir, la ausencia de un principio inspirador capaz de racionalizar y de reconducir a la unidad el proceso de redistribución del poder que se verifica en los distintos ámbitos, desde la organización constitucional al legislativo y administrativo.

Este carácter asistemático que *magna pars* de la doctrina encuentra en el proceso de reforma regional, se puede ampliar también a los desacuerdos de naturaleza política e ideológica, al menos en lo que se refiere a la contraposición entre distintas filosofías constitucionales/institucionales, que han determinado que este proceso sea verificado en etapas sucesivas, por medio de una superposición de niveles que deberían disciplinarse simultaneamente, o cuanto menos según un orden de prioridad. Así, debido a la quiebra del proyecto integral de reforma delineado por la Comisión bicameral para la reforma constitucional instituida con la ley constitucional 1/97, la primera fase de la reforma se limita al denominado "federalismo administrativo (ley 59/97 y respectivos decretos legislativos de actuación) y se verifica a "Constitución invariata", es decir, sin ninguna modificación de la Constitución, lo que se ha mantenido hasta la entrada en vigor de la revisión del Titulo V, determinando las relaciones entre funciones legislativas y administrativas competencia del Estado y de las Regiones. La ley 15 marzo 1997, n. 59 ha procedido a una integral y profunda reordenación de la organización administrativa del Estado, de las Regiones y de los Entes locales mediante la emisión de una ley ordinaria, de acuerdo con la Constitución y el "régimen de compatibilidad" por ella delineado.

Con respecto al modelo de reparto vigente para las funciones administrativas, la "reforma Bassanini" supera la tradicional y en cierto sentido "contenida" interpretación de la Constitución[215], fundada en el principio según el cual, a excepción de las funciones administrativas de competencia regional para las materias enumeradas en el art. 117 Cost., delegadas a las Regiones por el Estado y de interés exclusivamente local, cualquier otra función administrativa compete al Estado, para afirmar por el contrario un modelo (a definir con la adopción de decretos legislativos),

[215] En este sentido Cfr. VOLPE I., *Nei confini tracciati dalla Corte Costituzionale valorizzate le competenze degli enti territoriali*, en *Guida al diritto*, en *Il Sole 24 Ore*, 1997, n. 3.

caracterizado por la “asignación”, es decir -como confirma la ley misma-, por la transferencia, la delegación o la atribución de todas las funciones y las competencias administrativaa a las regiones y entes locales, a excepción de aquellas que pertenecen exclusivamente al Estado.

La atribución como regla general al Estado (art. I, párrafo III) con la ley 59/97 responde al criterio, muchas veces repetido en la jurisprudencia constitucional, de dejar a la exclusiva competencia del Estado la disciplina y el relativo ejercicio de funciones y competencias en aquellas materias que se afectan a valores fundamentales de la Republica y como tales, inseparablemente conexos a los principios de unidad y indivisibilidad de la misma (art. 5 Const).

Desde este punto de vista interpretativo, se advierte el carácter prioritario atribuido al principio di subsidiariedad, principio fundamental del derecho comunitario, y criterio fundamental con relación con los antes mencionados ámbitos competenciales y la atribución de la generalidad de funciones administrativas, por medio de la imputación “de las responsabilidades públicas a la autoridad territorialmente y funcionalmente más cercanas a los ciudadanos interesados”.

La ley reconduce la asignación a dos criterios distintos, el funcional y el territorial. En el primer caso, las funciones y competencias “son atribuidos de acuerdo a la propia idoneidad y medios para responder a los intereses y al desarrollo de la comunidad, cuyo ente exponencial queda como titular”[216] y que, a efectos de esa atribución de competencias, se configura como punto de referencia en razón de su potencialidad para el desarrollo y promoción de esos intereses. Por otro lado, y en lo que concierne al criterio de territorialidad, éste se utiliza prescindiendo de los instrumentos funcionales para responder a los intereses de la comunidad, aunque sí en razón de ese elemento objetivo constituido por la extensión territorial.

En la primera hipótesis prevalece una *ratio* de asignación al mismo sujeto fundada en el exclusivo interés local de la función de las competencias atribuidas. Por el contrario, en la segunda, se tienen en cuenta la eficiencia y eficacia administrativa, objetivos que se logran mejor a través de la atribución al ente local más cercano a los sujetos destinatarios.

Desde este enfoque interpretativo, el principio de subsidiariedad asume la función directriz a la hora de atribuir la mayor parte de las competencias y funciones administrativas de ayuntamientos, provincias y comunidades, según las respectivas dimensiones territoriales, asociativas y organizativas, tanto en el caso de una asignación funcional como en la que hemos llamado “territorial”.

La segunda fase de transformación constitucional del sistema regional se identifica con la aprobación de la ley constitucional 1/99, que introduce en el ordenamiento italiano unas innovaciones relevantes,

[216] Cfr. FORLENZA O., *Legge “Bassanini” senza alcun segret. con il vademecum per capire la normativa*, en *Guida al diritto,* en *Il Sole 24 Ore*, 1997 n. 3.

orientadas prevalentemente hacia el tema de la autonomía estatutaria de las Regiones de derecho común y a la forma de gobierno regional[217].

Se va a ampliar así el ámbito de competencial del Estatuto en relación con la forma de gobierno, mediante la posibilidad de una disciplina estatutaria de la forma de gobierno regional (art. 122 Const., ultimo párrafo); se asigna además a la ley regional, según un esquema que recuerda el procedimiento da revisión constitucional por el Parlamento, la aprobación y la modificación del Estatuto (art. 123 Const.). Sin embargo, al mismo tiempo la Constitución establece la disciplina con carácter general, a no ser que el Estatuto disponga otra cosa, de la forma de gobierno de la Región, al prever la elección con sufragio universal y directo del Presidente de la Región, al cual se le atribuye el poder de nombramiento y de revocación de los componentes de la Junta.

Esta disposición se extiende también a las regiones de estatuto especial con la ley constitucional 2/01. En el plano de la configuración de la relación entre Estado y Regiones, y en particular sobre el tema objeto de nuestro análisis, la transformación de la forma de Estado, la revisión constitucional considerada presenta unos aspectos contradictorios[218], haciendo convivir elementos de profunda descentralización, en cierto modo orientados hacia una forma federal ("autodeterminación" del Estatuto, posible competencia del Estatuto en orden a la forma gobierno), con otros de signo totalmente opuesto, de tipo centralista (previsión constitucional, al menos de partida, de la forma de gobierno).

Se trata entonces de verificar cual será el contenido del proceso de revisión estatutaria, que hasta hoy registra fuertes atrasos, y si las Regiones tendrán la capacidad de aprovechar totalmente las oportunidades ofrecidas por el nuevo texto constitucional, sin replegarse hacia modelos de homogeneización político-institucional, que han caracterizado la fase más oscura y engañosa del regionalismo italiano.

3. La necesidad de armonizar los principios y el cuadro organizativo de las funciones públicas introducidas con la ley 59/97 ha hecho improrrogable la revisión del Titulo V de la Constitución. A esta exigencia parece responder, aunque según una inclinación conceptualmente invertida, al menos desde el punto de vista de las relaciones entre fuentes normativas, la ley de revisión constitucional que, una vez aprobada por el Parlamento con mayoría absoluta y no cualificada, ha sido sometida con éxito positivo a referéndum constitucional con fecha 7 octubre 2001.

Los principios inspiradores de esta reforma vienen a modificar el criterio de separación a las competencias legislativas entre Estado y Regiones, con la asignación exclusiva al Estado tan sólo de las materias

[217] Para un comentario sobre la ampliación de la potestad estatuaria regional sobre la forma de gobierno que ha diseñado la Ley Const. N. 1/99 (para las regiones de Estatuto especial en la l. Const. N. 2/01), cfr. RUGGERI A. – SILVESTRI G. (coord.*), Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001.

[218] Cfr OLIVETTI M., *Sulla forma di governo delle Regioni dopo la legge costituzionale n. 1 del 1999*, en *Diritto Pubblico*, 2000, n. 3, p. 943.

enumeradas en el art. 117 Const., y de la definición de los principios fundamentales en las materias en que está prevista la competencia compartida. El resto de las otras materias son competencia de las Regiones. Los limites a la potestad legislativa de las regiones están representados por el respeto de la Constitución y las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario e internacional, su se afecta al interés nacional.

Además se ha constitucionalizado el principio de subsidiariedad ya introducido con la ley Bassanini, como principio fundamental de "ubicación de las funciones administrativas"[219], en virtud del cual deriva la definitiva inaplicación del principio de paralelismo funcional que, como se ha dicho, ha caracterizado -y no siempre de manera positiva- la experiencia constitucional italiana.

Otro de los aspectos más específicos de la reforma que sintéticamente debemos considerar son: la eliminación de los controles previos de la ley regional y de la figura del Comisario de Gobierno; la atribución del denominado "poder exterior" a las Regiones en materias de su propia competencia, esto es, el poder "para concluir acuerdos con Estados y entes territoriales internos de otro Estado, en los casos y formas establecidas mediante ley del Estado", prevista en la ultima coma del art. 117 Const., y la previsión de una participación directa de las Regiones, siempre en el ámbito de las materias de su competencia, en aquellas decisiones dirigidas a la formación de actos normativos comunitarios y a su ejecución, así como a la actuación y ejecución de los acuerdos internacionales (art. 117, párrafo V); finalmente la previsión constitucional, junto a la tradicional distinción entre Regiones de derecho común y Regiones de derecho especial (cuya vigencia, debido a las innovaciones introducidas como diremos después, ha suscitado muchas perplejidades), de atribuir a algunas Regiones, mediante ley del Estado, pero con iniciativa y en base a un acuerdo con la Región interesada, de formas y condiciones particulares de autonomía.

Aun no teniendo la posibilidad a proceder a una análisis critico articulado en los distintos perfiles del nuevo texto constitucional, parece necesario hacer algunas reflexiones ya que, por las razonas que se acaban de exponer, el diseño la reforma presenta por un lado aspectos incongruentes, si no contradictorios, y por otro lado no parece capaz de resolver definitivamente y de forma convincente "la configuración completa de la relación entre Estado y Regiones ... no introduciendo con claridad la opción *«garantista»* o, al contrario, la «cooperativa» entre control y autonomías"[220]. Por supuesto, suscita alguna perplejidad tanto el criterio de selección de las materias reservadas al Estado como el de reparto entre Estado y Regiones. Por ejemplo al Estado le viene atribuida de modo

[219] Cfr. CARETTI P., *La faticosa marcia di avvicinamento ad un assetto razionale del regionalismo italiano",* en *Le Regioni*, 2000, n. 5, p. 795.

[220] Así RUGGERI A. – NICOSIA P. *Verso quale regionalismo?* (Note sparse al progetto di revisione costituzionale approvato, en prima lettura, dalle Camere nei mesi di settembre ottobre 2000), en *Rassegna Parlamentare,* 2001, n. 1.

exclusivo la disciplina de las "funciones fundamentales de *Comune*, Provincias y Ciudades metropolitanas", pero -como se ha observado[221]- si por un lado esta atribucióngarantiza a los entes locales menores contra el temido retorno del centralismo regional, por otro "parece implícita negación de un principio de subsidiariedad que, una vez afirmado tendría que representar por sí mismo la garantía principal para el sistema de las autonomías locales dentro de cada región[222].

Otros problemas se localizan en la superposición de competencias entre Estado central y entes regionales en el mismo ámbito material; por ejemplo, el Estado tiene competencia exclusiva en normas generales sobre educación e instrucción, pero las Regiones tienen competencias concurrentes en esa misma materia; al Estado se le otorga la competencia exclusiva de tutela del ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales, pero está previsto que las Regiones tengan competencias concurrentes en temas de ordenación del territorio y protección de bienes culturales y ambientales[223].

Estas incongruencias han inducido a algunos autores a sostener que, a fin de garantizar un reparto de competencias "basado en criterios de claridad y nítida separación", presupuesto esencial no solo para una óptima distribución funcional, sino también para un eficaz logro de los objetivos contenidos en la nueva forma de distribución del poder, sería preferible asignar menos competencias a las Regiones, pero de forma exclusiva, a fin de evitar la mezcla de papeles, confusiones e irresponsabilidades"[224]. Alguna perplejidad suscita también la previsión del poder sustitutivo del Estado, previsto en el nuevo art. 120 Const., en virtud del cual es el Gobierno, y no el Parlamento, el único órgano legitimado para sustituir, incluso cuando se trata de materias que afectan a la "tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes los derechos civiles y sociales".

Otro tema controvertido sería el mantenimiento de la distinción entre Regiones de Estatuto especial y Regiones de Estatuto ordinario que, tanto por las innovaciones introducidas con la ley constitucional 1/99 (solo parcialmente re-equilibradas por las Regiones de Estatuto especial con la ley constitucional 2/01), como sobre todo por la ley de revisión constitucional del Titulo V, parecen haber perdido su razón de ser.

En efecto, la nueva disciplina constitucional parece casi prefigurar un trato de favor hacia la Regiones de derecho común, desde el momento en que el texto prevé, en las disposiciones transitorias, que "hasta la adecuación de los correspondientes estatutos las disposiciones de la presente ley constitucional se aplican también a las Regiones de Estatuto especial y a las Provincias autónomas de Trento y Bolzano, en la parte que prevén formas de autonomía más amplias de aquellas ya atribuidas".

---

[221] Cfr. CARETTI P., *op. cit.,*p. 796
[222] Ibidem
[223] Sobre este tema ver RESCIGNO G. U., *La reforma da riformare*, en *Rivista del Manifesto*, aprile, 2001.
[224] Cfr. CHIAPPETTI A. *Un passo indietro sulla via del regionalismo*, cit.

Por otro lado, parte de la doctrina ha advertido que las razones de aquella diferenciación originaria tal vez ya no existen, "y que una nueva especialidad, antes que construirse a priori por su circunstancias "históricas", puede fundarse sobre elementos totalmente distintos y ligados esencialmente a la capacidad de gobierno de las instancias políticas de las comunidades regionales"[225].

En este marco suscita un particular interés la posibilidad, prevista por el párrafo III del art. 116 Const. tras la estela de la Constitución española, de atribuir a algunas Regiones, mediante ley del Estado, pero a iniciativa de la Región interesada, formas y condiciones particulares de autonomía.

Otro aspecto esencial en la redefinición de la organización de los poderes en el seno del Estado, que la revisión del Titulo V de la Constitución no ha logrado resolver, es el que se refiere al mecanismo de representación territorial y a los instrumentos de colaboración entre Estado, Regiones y autonomías locales.

Como se ha advertido por la mayor parte de la doctrina, el punto crucialse centra en la ausencia de una Cámara de las Regiones y de las Autonomías; esta carencia de un organismo representativo de los entes territoriales, junto a la falta de reconocimiento de una participación más intensa de éstas en el procedimiento de revisión constitucional, excluye la posibilidad de transición hacia una forma de Estado de tipo federal.

No se puede en efecto eludir que, incluso bajo formas y modalidades distintas, e independientemente de que se trate de Estados federales surgidos de una unión o de una descentralización, la relación pactista que liga a los Estados miembros de un estado federal excluye modificaciones unilaterales por parte de uno de los contratantes, previendo por el contrario "formulas para la reforma que exigen el consentimiento de mayorías calificadas"[226], expresadas a través del voto popular o la deliberación de asambleas representativas.

No es casualidad que, en muchos Estados calificados como federales, para garantizar la Constitución federal y llevar a cabo una función de integración de las "comunidades territorialmente individualizadas", los procedimientos de revisión de la Constitución contemplan siempre formas mas o menos intensas de participación de los entes territoriales, lo que se realiza generalmente mediante la función desarrollada por segundas Cámaras representativas de las entidades descentralizadas. A lo anterior se une el hecho de que la presencia de una Cámara de las regiones garantiza un seguro *locus* de debate y acuerdo institucional, del cual ha estado carente hasta hoy la experiencia regionalista italiana. Esta carencia parece más evidente por la falta de constitucionalización del sistema de las Conferencias (Conferencia Estado-Regiones, Conferencia Estado- Ciudades y autonomías locales) que no parece se vaya a solucionar con la posibilidad, prevista por

[225] Cfr. CARETTI P., *cit.*, p. 797 ss.
[226] Cfr. GROPPI T., "Riforma federale e revisione costituzionale", en *Quaderni costituzionali,* 2001, n. 1 p.122.

el art. 11 de la ley de revisión del Titulo V de la Constitución, según la cual hasta a la revisión del Titulo I de la segunda parte de la Constitución, los reglamentos parlamentarios pueden prever la participación de representantes de las Regiones (además de las provincias autónomas y de los entes locales) en la Comisión parlamentaria para los Asuntos Regionales; ni tampoco con la disposición del nuevo art. 123 Const., último párrafo, donde se establece que el estatuto de cada Región regula el Consejo de la autonomías local como órgano consultivo entre la Región y los entes locales.

Sin embargo, el aspecto más relevante pero también mas controvertido, en lo que respecta a la configuración de la forma de Estado que nace del proceso de reforma del ordenamiento constitucional italianp, afecta a los limites relativos a la competencia de las Regiones y los otros entes territoriales en materia de derechos sociales y derechos fundamentales. Como la doctrina ha subrayado[227], en esta materia las principales experiencias constitucionales, sean de tipo federal o regional, excluyen la competencia de los distintos entes territoriales a la hora de garantizar a todos los ciudadanos, independientemente de la respectiva pertenencia territorial, la igualdad de las condiciones de vida. Con esta fórmula interpretativa, el principio de igualdad viene a configurarse, en el ámbito del Estado democrático, como un límite a la articulación autonomista, concretándose en un limite constitucional insuperable al confrontarse con "cada desigualdad de hecho originada por la pertenencia territorial".

Si es verdad que "las formas territoriales del poder conocen el límite inderogable del respeto a los principios y la garantía de los derechos fundamentales" [228], esta interpretación, por otro lado confirmada asimismo en la experiencia italiana por la mas reciente jurisprudencia constitucional, parece entonces dar una respuesta clara al problema de la determinación, también en una forma de Estado neo-regional, del garante de la efectividad los derechos sociales. Bajo este perfil se pueden compartir las preocupaciones, adelantadas por aquella parte de doctrina mas crítica respecto al modelo de distribución del poder en el interior del Estado promovida por la reciente reforma constitucional[229], relativas a la previsión de reservar al Estado "los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en el territorio nacional"; como si la afirmación del principio de igualdad en una forma de estado democrático y social debiese considerarse sólo un umbral mínimo, a partir del cual serían legítimas las desigualdades entre ciudadanos por razón de su distinta pertenencia territorial. A esta interpretación parece reconducirse también la constitucionalización del principio de subsidiariedad horizontal, contenida en el nuevo art. 118 Const., que favorece "la libre iniciativa de los ciudadanos, singularmente asociados, para al desarrollo de actividades de interés general, por el principio de

[227] Por todos ver GAMBINO S., *op. ult. cit.*
[228] Ibidem.
[229] Cfr. RESCIGNO G. U., *La riforma da riformare*, op. ult. cit., p. 16.

subsidiariedad", prefigurando una tendencial renuncia por parte del Estado y de los entes públicos en favor de los particulares, con todo lo que esto implica, en razón a cuanto se ha dicho, sobre la efectividad del principio de igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales.

4. Para reanudar brevemente el hilo del discurso desarrollado hasta aquí, hay que resaltar algunos perfiles que se contradicen en el desarrollo de este proceso en el ordenamiento constitucional italiano, y que en cierto sentido consideramos pueden constituir un factor condicionante de las modalidades de redistribución territorial del poder.

Al nivel metodológico -aunque sabemos que este método ha sido dictado a un ritmo obligado por las relaciones político-partidistas- no puede dejar de advertirse que el *federalizing process* ha transformado no solamente la tradicional cultura jurídica italiana[230], mediante la elección de sistemas de gobierno que preceden a la determinación de los criterios de competencia, sino también y particularmente el orden y la relación entre Constitución y ley, desde el momento en que –lejos de desarrollar la propia función fundamental de fuente originaria de aquellos principios cuya realización debe ser asignada a la legislación ordinaria– se ha limitado a formalizar transformaciones institucionales ya realizadas, y principios de redistribución de poderes y competencias entre Estado y entes territoriales ya fijados par el legislador.

A nivel más general se ha dicho que la implantación del conjunto de la reforma parece empujar excesivamente hacia la inversión del criterio de reparto de las competencias legislativas, mientras la doctrina más atenta ha evidenciando que "la estructura federal o parafederal del Estado no depende exclusivamente de la opción por la técnica de distribución de las materias"[231].

Al contrario, la clara enumeración de materias atribuidas al Estado, o el listado de competencias compartidas, aunque en principio responde a una lógica garantista a favor de las Regiones, podría paradójicamente resultar perjudicial para la capacidad potencial de intervención de los entes territoriales en el ámbito de los conflictos de competencias [232].

Además, la orientación más reciente de la doctrina tiende a afrontar los temas ligados al proceso de redistribución territorial del poder abandonando el enfoque jurídico-dogmático, bien reconociendo que no es posible encontrar un ideal-tipo de articulación descentralizada del poder (regionalismo, federalismo o descentralización de cualquier tipo), bien señalando que el propio federalismo no puede considerarse por sí mismo una garantía "de una mayor funcionalidad de los poderes públicos" ni

[230] Cfr. PITRUZZELLA G., "Sul federalismo all'italiana nel progetto di revisione costituzionale", en *Le Regioni*, 2000 n. 1,. p. 7.
[231] RUGGERI A. – NICOSIA P., *"Verso quale regionalismo? Note sparse al progetto di revisione costituzionale approvato, in prima lettura, dalle Camere nei mesi di settembre ottobre 2000"*, cit.
[232] Ibídem.

tampoco de una implementación del nivel de democracia del sistema político.[233]

El problema se hace aún más complejo cuando pasamos del modelo institucional a los contenidos concretos de las competencias y funciones que se derivan del modelo de organización de los poderes, sobre todo en relación con la capacidad de los modelos organizativos de tipo federal de garantizar plenamente, además de las instancias de racionalización administrativa, el total y efectivo disfrute por todos los ciudadanos, en posición de igualdad, de la esfera de los denominados "derechos de ciudadanía", característicos de la forma de Estado democrático-social. La doctrina y la jurisprudencia constitucional en este sentido han reconocido ya que el proceso de articulación territorial, aún consintiendo formas de diferenciación y de asimetría en la distribución del poder, encuentra el límite indisponible de la efectiva vigencia del principio de igualdad, de los derechos fundamentales y de la "universalización y de los derechos sociales". Más allá del modo ciertamente atípico con el que se ha llegado a la polémica *nominalista* entre federalismo y neo-regionalismo, no parece ser éste el principio en base al cual se deba medir el alcance y la eficacia de la reciente transformación del Estado regional en Italia.

[233] Cífr. GAMBINO S. "I diritti sociali e la riforma federale" en *Quaderni costituzionali,* 2001, n. 2.

LA UNION EUROPEA Y LAS REGIONES EN ITALIA[234]

Guerino D'Ignazio
Universidad de Calabria

Introducción

La característica común de los países comunitarios, la limitación de soberanía que los estados padecen debido a su pertenencia a la Unión Europea, corre el riesgo de neutralizar o, incluso de entrar en conflicto con los procesos de consolidación de las autonomías territoriales que en Italia y en otros países comunitarios se están llevando a cabo, desde el momento en que prevalecen las tendencias orientadas a la unidad y a la centralización en las sedes comunitarias, frente a la diversificación y la aplicación por parte del poder local de las políticas nacionales. Los dos procesos, de integración comunitaria y de regionalización, entran en conflicto bajo distintos aspectos pero, al mismo tiempo, ambos se relacionan por el hecho de que determinan una cesión de poderes por parte de los estados nacionales. De hecho, en el proceso de integración comunitaria los estados nacionales limitan su propia soberanía ante la Unión Europea cediendo competencias a instancias superiores para conseguir una adhesión más profunda. En el proceso de regionalización, los propios estados nacionales transfieren tareas y funciones a instancias inferiores, es decir, a las instituciones territoriales[235].

Aunque los dos procesos se den simultáneamente, el carácter internacional adoptado inicialmente por la Comunidad europea[236] hace que el sistema comunitario sea sustancialmente indiferente[237] respecto a la

[234] Traducción realizada por Lourdes Santisteban Regules, Facultad de Ciencias Políticas, Universidad de Calabria (Italia) y supervisada por Alberto Anguita Susí, Prof. de Derecho Constitucional, Universidad de Jaén (España).

[235] Sobre la simultaneidad de los dos procesos cfr. G. PASTORI en su *Presentazione*, en AA.VV., (bajo la dirección de S. BARTOLE, G. PASTORI y E. DE CAPITANI), *Le regioni e l'Europa,* Milán, 1992, quien apunta que la 'comunitarización' y la 'regionalización' se han desarrollado contemporáneamente y que tal desarrollo hace necesario que se regule de forma explícita en el ordenamiento comunitario la situación y el papel de las regiones y no sólo de los ordenamientos nacionales (p. 14). Sobre este tema cfr. también V. ONIDA, "Il ruolo delle Regioni nel sistema comunitario", en *Le Regioni*, 1991, n.1, quien detecta que el despertar, en muchas partes de Europa, de identidades culturales 'subnacionales o subestatales', que a su vez piden instrumentos institucionales de desarrollo autonómico, algo más que simples coincidencias históricas y "precisamente el surgimiento o resurgimiento de rasgos característicos de la misma identidad histórica de Europa, innatos a sus tradiciones de libertad y pluralismo" (p.8).

[236] Sobre este tema cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario sobre las relaciones Estado-regiones en Italia", en *Revista de derecho político*, 2001, n. 66.

[237] Así cfr. A. MARZANATI, "Diritto comunitario e rapporti Stato-Regioni: la Corte chiarisce la regole-chiave, ma lascia aperti alcuni interrogativi", en *Rivista italiana di diritto pubblicocomunitario*, 1996, el cual destaca que desde hace tiempo la doctrina ha resaltado las peculiaridades de las organizaciones supranacionales comunitarias, que llevan a distinguir radicalmente el derecho comunitario del derecho internacional y que hacen conveniente que se otorgue una mayor relevancia comunitaria a las Regiones, entendidas como entes con una autonomía constitucionalmente reconocida y garantizada (p. 10).

estructura interna de los estados y la organización de las competencias[238]. En la transformación del sistema comunitario de un fenómeno internacional a "una entidad que es difícil reconducir a un modelo teórico determinado"[239], no se constata la correspondiente (y deseada por muchos) racionalización de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, de acuerdo con una organización *sui generis.* En consecuencia, la sustancial indiferencia o ceguera[240] de la Unión Europea respecto a la estructura institucional interna de los Estados hace que, independientemente del reparto de las competencias previsto en el ordenamiento interno, el sistema comunitario considere al Estado como un sujeto único, al cual se remiten todas las acciones relevantes en el ámbito exterior. En el fondo, el Estado, tanto en el sistema comunitario como en el internacional, sigue siendo el único interlocutor reconocido por las instituciones comunitarias y por el resto de los estados miembros, y el único responsable de eventuales incumplimientos de las obligaciones comunitarias[241], sin tener en cuenta el reparto de competencias y las modalidades de cumplimiento en el ámbito interno de las obligaciones comunitarias[242].

Por lo tanto, las limitaciones de los poderes soberanos del Estado, la primacía y la aplicabilidad directa del derecho comunitario afectan profundamente al derecho interno, influyendo en las relaciones entre Estado y regiones. De esta manera, se hace necesario para el Estado dotarse de los medios adecuados para evitar responsabilidades en caso de

---

[238] En este sentido cfr. R. CARANTA, "I rapporti tra Regioni e Comunità europea: verso un nuovo modo di tutela degli interessi nazionali", en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997. El autor señala cómo "la propia profunda diversificación en la estructura interna de los estados que componen la unión europea, estados que van desde el modelo federal (Bélgica, Alemania y Austria), al del Estado regional más o menos maduro (Italia, España), al del Estado aún fuertemente centralizado (Francia), incluso, eventualmente, a causa de sus reducidas dimensiones que no justifican una ulterior división territorial (por ejemplo Luxemburgo), dificulta la consideración a nivel europeo comunitario de las autonomías territoriales (p. 1228). Sobre este tema cfr. también A. D'ATENA, "Il doppio entreccio federales: le regioni nell'Unione europea", en *Le Regioni*, 1998, n. 6 quien destaca como "la originaria indiferencia comunitaria ante los entes de tipo regional se reconduce a la estructura constitucional de los estados miembros en el momento de la puesta en marcha del proceso de integración. Y, de hecho, señalo que en la época de la firmade los tratados constitutivos, la mayor parte de los estados fundadores estaban organizados centralizadamente, según el modelo francés. Las únicas excepciones estaban representadas por Alemania (…) y al menos en parte por Italia " con las regiones de estatuto especial (p. 1402).

[239] Cfr. A. PIZZORUSSO, "L'attuazione degli obblighi comunitari: percorsi, contenuti e aspetti problematici di una riforma del quadro normativo", en *Foro italiano*, 1999, V, p. 225.

[240] Cfr. H. P. IPSEN, "Als Bundesstaat en der Gemeinschaft", en *Probleme des Europaischen Rechts. Festschrift fur Walter Hallsteen*, Frankfurt a. M., 1996, p. 256.

[241] Sobre este punto cfr. G. TESAURO, "Participazione delle regioni alla formazione delle norme comunitarie", en *Quaderni regionali*, 1989, n. 1, p. 25.

[242] Sobre este asunto cfr. V. ONIDA, "El papel de las Regiones … cit., quien destaca la contradicción de la indiferencia comunitaria respecto al reparto de las competencias en cuanto "la mejor consecución de los objetivos de tutela de los intereses básicos perseguidos a través de las intervenciones comunitarias puede en muchos casos ser condicionada por el modelo de reparto de competencias: siendo de esta manera, por ejemplo, perjudicada por un reparto que fragmente excesivamente la materia impidiendo una consideración global, o que obstaculice la coordinación de diversas intervenciones, o que haga más difícil la justa responsabilización de una administración, y de los que la representan con el fin de alcanzar los objetivos" (p. 10).

comportamientos omisivos por parte de las regiones[243], lo que significa que con la recentralización de los poderes se genera una 'disminución' de la autonomía constitucionalmente reconocida a las regiones.

En el caso de Italia, 'la indiferencia comunitaria' es la causa de que el proceso de integración comunitaria se traduzca en una fuerte disminución de las competencias reservadas a las regiones, reduciendo sensiblemente las garantías de la autonomía regional y dando prioridad a las exigencias de unidad del sistema[244]. La necesidad de darle prioridad a las exigencias unitarias frena tanto la participación en la toma de las decisiones (la llamada fase ascendente) como la responsabilidad por la trasposición de la normativa comunitaria (la llamada fase descendente), que se atribuye casi exclusivamente al Estado.

El problema se vuelve especialmente complejo[245] si se tiene en cuenta que el proceso de integración comunitaria se considera también "como un factor de relajación de las identidades nacionales, vinculadas necesariamente al estado-nación"[246]. La complejidad deriva de la crisis de identidad nacional, aparecida en la escena política italiana a principios de los 90 con reivindicaciones secesionistas extremas como respuesta política-institucional, implicando la puesta en práctica de un pluralismo más profundo, de forma que se supera la verticalización y la jerarquización en las relaciones entre el Estado central y los sujetos institucionales periféricos. De hecho, las reformas de los años 90, entre las cuales el llamado federalismo administrativo sin reforma constitucional, la ley constitucional n° 1/1999 y la reforma del Título V de la Constitución[247] representan los ejemplos más importantes, no sólo tienen como objetivo dar, finalmente, plena eficacia al art. 5 de la Constitución, sino también resolver la crisis del principio de unidad nacional, superando el paralelismo entre la unidad y el límite del principio de autonomía y considerando la potenciación de las autonomías como un refuerzo de la propia unidad[248]. La posible anulación o neutralización de una reforma, que tendría que dar paso al cambio de la forma de un Estado en un sentido efectivamente regional o casi federal, podría desembocar en una situación más compleja en la que los equilibrios entre las causas de la unidad y de la autonomía, que normalmente tendrían

---

[243] En este sentido cfr. V. COCOZZA, "Regioni e diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", en *Le Regioni*, 1992, n 3, p. 634.

[244] Al respecto, cfr. A. D'ATENA, "Prospettive del regionalismo nel processo di integrazione europea (Il problema dell'esecuzione e dell'attuazione delle norme comunitarie)", en *Giurisprudenza costituzionale,* 1998, n. 10, p. 2171.

[245] Sobre la complejidad que deriva del sistema por la simultaneidad de los procesos de integración europea y de regionalización, cfr. A. D'ATENA, "Perspectivas del regionalismo … cit." El autor observa cómo estas dos tendencias confieren al sistema, caracterizado por un policentrismo institucional, una complejidad muy elevada, en la que aparecen grandes dificultades de funcionamiento. De hecho, es difícil encontrar síntesis políticas unitarias de los intereses, de los que son portadoras las partes que lo constituyen, pero, por otra parte, no se puede prescindir de tales partes (p. 2159 s.).

[246] En esta línea cfr. L. TORCHIA, "Regioni e Unione europea: temi e problemi", en *Le Regioni*, 2000, p. 496.

[247] El texto de ley constitucional, aprobado en segunda votación por el Senado y por la Cámara de los diputados, se someterá a referéndum, según el art. 138. 2, de la Constitución, el 7/10/2001.

[248] Así, cfr. U. ALLEGRETTI, "Autonomia regionale e Unità nazionale", en *Le Regioni*, 1995.

que permanecer en el ámbito de los poderes soberanos de cada Estado, se deterioran. Por lo tanto, el impacto del proceso de integración comunitaria en el sistema interno revela como la intrínseca pérdida de soberanía del Estado nacional condiciona directamente los procesos de articulación del modelo de Estado y de refuerzo de las autonomías en Italia, que a su vez están estrechamente relacionados con la consolidación del principio de unidad, tal y como, por otra parte, se prevé en el citado art. 5 de la Constitución.

El riesgo que se perfila consiste en que, como consecuencia de la expansión del proceso de integración europeo, puede abrirse un camino hacia un `posterior condicionamiento de la autonomía de las regiones cara al Estado y una erosión de los principios constitucionales[249]. Si se examina el tema de las competencias, que resulta decisivo en las relaciones entre Unión Europea, Estado y regiones, lo más destacable es su continua evolución, sin que se pueda vislumbrar una solución estable a corto plazo. En efecto, si por una parte las políticas comunitarias se aplican por las regiones y el éxito de tal política depende del grado de eficacia que se consigue alcanzar en los niveles de gobierno más bajos, por otra parte, la primacía del derecho comunitario desestabiliza los límites previstos entre las esferas de atribuciones del Estado y de las Regiones ante las exigencias de aplicación de las normas comunitarias[250], hasta el punto de convertir en irrelevante los conflictos entre el Estado y las regiones en cuanto a la atribución de competencias, casi totalmente asumidas por la Unión Europea[251]. No es extraño que las autoridades centrales hagan hincapié en la exigencia de aplicar la normativa comunitaria para introducir o reintroducir nuevos condicionantes a la autonomía regional y para poner en práctica procesos de recentralización en la gestión de las políticas sectoriales que corresponden a las competencias comunitarias.

Dentro de este contexto hay que mencionar igualmente la insuficiencia del art. 11 de la Constitución como punto de referencia principal de la experiencia supranacional *sui generis*[252],lo que hace imprescindible la introducción de un nuevo 'artículo comunitario' de forma que se pueda adaptar la Constitución al proceso de integración europea, tal y como ha sucedido en otros países comunitarios. A la espera de una reforma constitucional sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha interpretado generosamente el artículo en cuestión con el fin de fijar los principios que van a informar las necesarias limitaciones de la soberanía estatal, debidas al proceso de integración.

Esta trayectoria explica por qué el actor principal que ha trazado las etapas de la integración comunitaria en Italia no ha sido el legislador sino, más bien, el Tribunal Constitucional, que considerando necesario el 'diálogo'

---

[249] Cfr. A. D'ATENA, "Prospettive del regionalismo … *cit*., p. 2171.

[250] Acerca de la inestabilidad de los ámbitos competenciales entre el Estado y las regiones, cfr. R. BEN, "L'impatto del sistema comunitario : alcune conferme", en *Le Regioni*, 1996, n. 2, p. 342.

[251] En este sentido cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario .. cit.

[252] Acerca de la insuficiencia del art. 11 de la Constitución cfr. A. CELOTTO, "Le 'modalità' di prevalenza delle norma comunitarie sulle norme enterne: spunti ricostruttivi", en AA.VV., *Sovranità Rappresentanza Democrazia*, Napoli, 2000, p. 482.

con el Tribunal de Justicia[253], ha elaborado una jurisprudencia constitucional en materia comunitaria similar a un "amplio mosaico" en el que, sin embargo, algunas piezas no han sido colocadas correctamente[254].

El necesario acuerdo entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional.

El juez constitucional en Italia ha asumido un papel central en un contexto en el que el marco normativo referente a la relación entre el Estado y las regiones ante el ordenamiento comunitario presenta importantes dudas ante el sistema comunitario. Cómo hemos señalado antes, las mayores dificultades consisten en encontrar un adecuado equilibrio entre el principio de unidad y el principio de autonomía.

En este ámbito, la jurisprudencia constitucional sigue caminos que a veces no son uniformes, caracterizados por algunas discontinuidades y oscilaciones. De hecho, en general, se impone una férrea línea en los límites derivados de las obligaciones comunitarias, que provoca una devaluación en el principio de autonomía; pero hay que señalar que también existe una jurisprudencia respetuosa con el principio de autonomía y con la esfera de competencias regionales.

Seguramente, en la orientación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han influido las decisiones del Tribunal de Justicia, que con una jurisprudencia constante ha subrayado que el reparto interno de las competencias así como la traslación de la normativa comunitaria por parte de los entes regionales y locales no exime al Estado de la obligación de trasladar a su propio ordenamiento jurídico la normativa comunitaria, de la misma forma que la organización institucional interna estatal no puede justificar eventuales incumplimientos del derecho comunitario[255].

El Tribunal de Luxemburgo ha confirmado en varias ocasiones la necesidad que tienen los estados miembros de cumplir con las obligaciones comunitarias, resultando indiferente para la Comunidad cual es la institución competente para cumplir tales obligaciones. Una sentencia de 1984[256] confirma esta línea, desde el momento en que condena a Italia por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado, debido a que algunas leyes de la Región de Sicilia contravienen los reglamentos comunitarios. Análogamente, en una sentencia posterior[257] se afirma que el mantenimiento en vigor de medidas que se oponen al Tratado constituye una trasgresión de las obligaciones derivadas del mismo[258].

---

[253] Así cfr. L. TORCHIA, "Regioni e Unione europea … cit., p. 500.

[254] En esta línea cfr. M. CARTABIA, "Corte costituzionale e norme comunitarie: ulteriori aspetti problematici", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 4131.

[255] Sentencia 25/5/1982, causa 96/81; sentencia 28/3/1985, causa 272/83; sentencia 14/1/1988, causa 227-230/85. Acerca de estas sentencias cfr. G. TESAURO, « Partecipazione delle regioni alla … cit., p. 25.

[256] Sentencia 27/3/1984 (causa 169/82).

[257] Sentencia 15/10/1986 (causa 168/85).

[258] En relación a tales sentencias del Tribunal de Justicia comunitario cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario …cit.

En el fondo, el Tribunal Constitucional se estaba adhiriendo a la línea jurisprudencial iniciada con una sentencia de 1961 que fijó como principio que el cumplimiento de las obligaciones asumidas en las relaciones internacionales recae en el Estado y que tales obligaciones invalidan la normativa regional que se oponga a ellas[259].

Este planteamiento del Tribunal Constitucional se confirma en otra decisión de 1972, la n° 142, que destaca por la coherencia[260] del juez constitucional desde el momento en que éste considera inadmisible la posición del Estado, en el caso en que tuviera que responder ante la Comunidad por incumplimientos exclusivamente regionales, sin tener ni siquiera los instrumentos jurídicos para subsanarlos. Fundamentalmente, tal sentencia legitima el poder substitutivo del Estado frente a las regiones cuando se trata de cumplir las obligaciones comunitarias, en cuya ausencia el Estado se encontraría completamente indefenso[261].

Posteriormente, en una sentencia de 1973[262] reafirma que, al adherirse a la Comunidad Europea, Italia ha aceptado limitaciones a los poderes soberanos del Estado; limitaciones que condicionan inevitablemente la autonomía constitucionalmente reconocida a las regiones y a las provincias autónomas, y que sirven para transferir competencias a las instituciones comunitarias.

La justificación de esta orientación del Tribunal se encuentra en otra sentencia de 1976, la n° 182, que se sitúa en un período muy especial que coincide con la fase inicial y con la puesta en marcha de las regiones con estatuto ordinario así como con el aumento de las reivindicaciones de estas regiones para obtener nuevos poderes y nuevas competencias, después de los desengaños que provocaron los decretos de delegación de 1972. También en esa sentencia se confirman los límites de la autonomía regional y se destaca que la entrada en la Comunidad, con las consiguientes limitaciones de los poderes soberanos del Estado y el necesario respeto de las obligaciones internacionales, justifica la alteración de las competencias atribuidas constitucionalmente a las regiones.

Este planteamiento del Tribunal Constitucional va más allá con la sentencia 81/1979 en la que se admite la intervención substitutiva del Gobierno mediante normas en caso de inercia legislativa regional. Además se destaca que los poderes substitutivos del Estado deben ser considerados eventuales y ulteriores, lo que significa que no dan origen a una disminución de la autonomía constitucionalmente garantizada[263].

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional se mantiene a lo largo de los años 80. Para confirmar tal tendencia se puede citar la sentencia

---

[259] Tribunal Constitucional, sentencia 11/7/1961, n. 46. En referencia a tal sentencia cfr. V. COCOZZA, "Regioni e diritto comunitario… cit., p. 620.

[260] Véase a A. D'ATENA, "Prospettive del regionalismo … *cit*., p. 2163.

[261] También en la sentencia del Tribunal Constitucional n. 182/1976, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, p. 1138.

[262] Tribunal Constitucional, sentencia 183/1973.

[263] Sobre la confirmación de tal línea jurisprudencial en sentencias sucesivas cfr. T. GROPPI, « La encidencia del derecho comunitario … cit.

632/1988, con la que el Tribunal equipara las regiones especiales y ordinarias, con el fin de garantizar la aplicación de la normativa comunitaria. La primacía del derecho comunitario hace que sean irrelevantes las formas y las condiciones específicas de la autonomía de las regiones especiales desde el momento en que, en nombre de la unidad nacional, se antepone la responsabilidad estatal frente a la Comunidad europea y se ignoran situaciones que la Constitución distingue claramente[264].

Hasta mediados de los años 90 la tendencia interpretativa, con algunas excepciones, presta poca atención al principio de autonomía. Para confirmar tal orientación se pueden citar las sentencias 632 de 1988 y 382 de 1993. En estas sentencias las exigencias de unidad se traducen en soluciones centralizadas, desde el momento en que se admite la intervención 'prioritaria' del Estado, provocando, por tanto, una disminución de la competencia regional.

Respecto a las competencias de las regiones con estatuto especial, la sentencia 224 de 1994 justifica una congelación de las competencias de algunas regiones con estatuto especial en materia de autorización de operaciones de crédito, cuando se opongan a la normativa comunitaria. El Tribunal afirma que las competencias regionales no pueden permanecer en vigor si se oponen a la normativa comunitaria, que puede anular « el principio original en que se fundaba la competencia regional »[265].

La sentencia 126/1996 rompe con la tendencia general del Tribunal Constitucional y representa una importante apertura de espacios a favor de las regiones. En realidad, ya la sentencia n° 124 de 1990 merece ser mencionada por haber demostrado una actitud más respetuosa con las autonomías. Pero es la sentencia de 1996, con la que se declara la inconstitucionalidad de una parte del decreto legislativo 220/95, la que representa un cambio en orientación general del Tribunal. En efecto, en esta sentencia se confirma la exigencia de que las obligaciones que derivan de la entrada en la Unión Europea tienen que tener en cuenta la estructura constitucional del Estado y, en consecuencia, la autonomía constitucional de las regiones tiene que ser respetada incluso en la fase de aplicación de la normativa comunitaria. Por lo tanto, corresponde a las regiones la competencia en 'primera instancia', mientras que al Estado corresponden poderes complementarios, represivos o sustitutivos y supletorios, en 'segunda instancia', para evitar violaciones del derecho comunitario. Ahora bien, no hay que considerar tales poderes como una atribución de competencias en favor del Estado sino que deben ser considerados transferibles después de "la activación de los poderes regionales y provinciales normalmente competentes ». Es evidente que con esta sentencia se intenta reconducir el "epicentro de las relaciones Estado-regiones a una posición más respetuosa con las autonomías"[266].

---

[264] Así, cfr. V. COCOZZA, "Regioni e diritto comunitario … cit., p. 629.
[265] En relación a dicha sentencia cfr. M. CARTABIA, "Corte costituzionale e norme comunitarie … cit., p. 4132.
[266] En esta línea, cfr. A. MARZANATI, "Diritto comunitario e rapporti Stato-Regioni … cit., p. 1256.

En general, las sentencias citadas demuestran que la línea jurisprudencial predominante en el Tribunal Constitucional tiende principalmente a garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias en todo el territorio nacional. Tal garantía está relacionada con la responsabilidad del Estado ante la Unión Europea y ante el resto de los Estados miembros y prevalece sobre la autonomía constitucionalmente reconocida a las regiones, aunque el respeto de tal principio aparece en algunas significativas sentencias. La tendencia del juez constitucional influye necesariamente sobre el legislador en su actividad dirigida a hallar un punto de equilibrio entre el principio de unidad y el principio de autonomía en el proceso de integración comunitaria que, obviamente, no puede llevarse a cabo solo por vía jurisprudencial.

Tendencias de la legislación: entre la centralización estatal y la regionalización.

Del análisis global de la legislación referida a la relación entre el Estado y las regiones ante el derecho comunitario, se deduce que las diferentes etapas legislativas han supuesto algunos retoques considerados necesarios para solucionar los problemas surgidos en el estudio precedente[267]. Las diferentes leyes parecen complementar los principios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional y afectan tanto a la llamada fase ascendente de participación en la elaboración del derecho comunitario, como a la llamada fase descendente de aplicación de la normativa comunitaria.

A pesar de los cambios de tendencia, también la legislación más reciente sobre las relaciones entre el Estado y las regiones, sobre todo en lo que respecta a la llamada fase descendente, sigue caracterizándose por su especialidad, bajo diferentes aspectos[268].

Efectivamente, en el decreto legislativo 112/98, con el que se puso en marcha la aplicación del proceso autonómico abierto por la ley 59/1997, limitando las competencias administrativas del Estado y aumentado notablemente las regionales y locales, se refuerzan, en virtud del art. 5, los poderes substitutivos del gobierno en la mayor parte de las funciones administrativas regionales y locales, en el caso de « inactividad de las regiones que implique un incumplimiento de las obligaciones que derivan de la pertenencia a la Unión Europea ». Desde el momento en que se pone en marcha el llamado proceso de federalismo administrativo, cuyo objetivo es que las autonomías territoriales lleven a cabo la mayor parte de las funciones administrativas, excepto las 'propiamente' estatales, se comprende que la ampliación de tales funciones provoque,

[267] Así, cfr. A. PIZZORUSSO, "L'attuazione degli obblighi comunitari … cit., p. 226.
[268] En referencia a la especialidad como característica de la legislación sobre las relaciones entre el Estado y la región cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario … cit.

simultáneamente, que el ejercicio de los poderes sustitutivos estatales en las regiones sea más frecuente[269].

En general, la traslación legislativa del derecho comunitario ha dado origen a fuertes limitaciones en la autonomía regional, si bien tales limitaciones se han atenuado con el tiempo. En efecto, si el decreto del Presidente de la República n° 4 de 1972 prevé incluso la competencia plena del Estado en lo que se refiere a las obligaciones comunitarias, privando completamente a las regiones de tal competencia, posteriormente, el decreto del Presidente de la República 616/1977, en el art. 6, atenúa tal 'substracción' permitiendo a las regiones ejecutar legalmente las directivas comunitarias, con la condición de que tales directivas sean antes traspuestas por una ley estatal en la que se fijen tanto las normas de principio como la regulación de detalle, aunque esta última ceda ante las leyes regionales posteriores.

Este modelo cambia con la ley 86/1989, llamada ley La Pergola que, en este ámbito, representa la reforma más importante de los años 80, ya que define claramente los procedimientos de trasposición del derecho comunitario e intenta coordinar las relaciones entre el Estado y las regiones, estableciendo un marco normativo más respetuoso con el papel de las regiones. La ley, al trazar nuevas soluciones para cumplir con las obligaciones comunitarias, también trata el reparto de las competencias entre el Estado y las regiones en la ejecución de las directivas comunitarias. De hecho, en el art. 9 de la ley se prevé que las regiones y las provincias autónomas pueden trasponer directamente las directivas comunitarias cuando afecten a materias de su exclusiva competencia, mientras que en las materias en donde la competencia sea concurrente las regiones y las provincias autónomas pueden trasponer las directivas comunitarias solo tras la entrada en vigor de la primera ley comunitaria posterior a la notificación del acto[270]. En este procedimiento se vislumbra un reconocimiento implícito de una intervención directa del legislador regional en la trasposición de las directivas, si bien es cierto que después de varios años sigue siendo superflua la diferenciación entre las regiones especiales y las regiones ordinarias, que la ley 86/1989 distingue claramente[271]. Un cambio en esta dirección se produjo de la mano del art. 5 de la ley 128/1988, que ha modificado el art. 9 de la ley 86/1989, el cual prevé un sistema de trasposición inmediata por parte de las regiones especiales y ordinarias de las directivas comunitarias para las materias de competencia concurrente. Además de las disposiciones de principio, el legislador estatal puede establecer disposiciones de detalle, que se aplican solo ante la falta de normas regionales.

---

[269] Así, cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario … cit.

[270] Por lo que se refiere a la ley La Pergola y a los problemas derivados de la aplicación de la normativa comunitaria a nivel regional cfr. G. GAJA, "Le prospettive di sviluppo dell'attuazione della normativa comunitaria nell'ordenamento regionale", en *Quaderni regionali*, 1989, n. 1.

[271] Sobre este tema cfr. M. P. CHITI, "Regioni e integrazione europea", en *Regione e governo locale*, 1994, n. 4, p. 552.

También en la llamada fase ascendente del derecho comunitario se puede afirmar que, en lo que se refiere a las exigencias de mayor atención hacia las instituciones regionales en el contexto comunitario, no ha habido una solución adecuada a nivel institucional. De hecho, el Tratado de Maastricht ha considerado solo en parte, utilizando mecanismos que se han revelado escasamente incisivos, el nuevo papel de las regiones, previendo en el art. 198 A la creación del 'Comité de las Regiones'[272] del que forman parte los representantes de los entes regionales y locales y que tiene que ser obligatoriamente consultado por el Consejo y por la Comisión en algunas materias específicamente regionales y locales. Las funciones del Comité han sido ampliadas por el Tratado de Amsterdam tanto en lo que se refiere a los nuevos sectores de competencia como a la posibilidad de que el Parlamento europeo también pueda consultar a dicho Comité.

Pese a esta ampliación de poderes, sin embargo, el ejercicio de una función simplemente consultiva del Comité no ha causado un cambio significativo en el sistema de participación de las instituciones regionales en el ámbito comunitario, aunque no hay duda de que la creación misma del Comité ha supuesto un símbolo para reforzar el papel de las regiones en la Unión europea y, por lo tanto, un punto de inflexión frente a la generalizada tendencia a ignorar a las regiones en el ámbito comunitario.

En cuanto a las regiones italianas, la previsión de tales mecanismos de participación no ha modificado la actitud tradicional de desinterés y de toma de conciencia de la necesidad de establecer una conexión institucional más estrecha con la Unión europea. En efecto, aunque en el ámbito de una conexión institucional entre regiones y gobierno nacional, la Conferencia Estado-Regiones, regulada en el art. 10 de la ley 86/1989[273], ha previsto que cada seis meses se celebre la sesión comunitaria en la que se traten los aspectos de las políticas comunitarias que afecten a las regiones, tal novedad, por sí sola, no ha resultado suficiente para cambiar substancialmente el sistema de relaciones regiones-Comunidad. Sobre todo, no parece que las regiones italianas hayan superado su papel marginal en lo que se refiere a las tareas que tienen que desarrollar en ámbito comunitario, tanto a nivel de elaboración como decisional, a pesar de que entre las dos realidades, la comunitaria y la regional, sean incluso cada vez más frecuentes las relaciones directas[274].

---

[272] Acerca de tal Comité, en el que Italia está representada con el número máximo de miembros (24), al igual que Alemania, Francia y Reino Unido, y sobre la importancia que adquiere la cuestión regional a nivel institucional comunitario cfr. A. PICCHI, "La Comunità Europea verso le Regioni", en *Regione e governo locale,* 1992, n. 6.

[273] Tal artículo, tras haber sido modificado por el art. 13 de la ley 128/1998, contempla la opinión de la Conferencia Estado-regiones, con ocasión de la sesión comunitaria, sobre las "orientaciones generales relativas a la elaboración y aplicación de los actos comunitarios que afectan a las competencias regionales" y que los presidentes de las regiones indiquen al Gobierno los argumentos y las cuestiones de especial interés para las propias administraciones que hay que presentar en sede comunitaria.

[274] En relación a la participación de las regiones en el proceso decisional comunitario y a las relaciones entre regiones y comunidad cfr. G. PITRUZZELLA, "Alcune osservazioni en tema di partecipazione delle regioni al processo di formazione delle politiche comunitarie", en *Le Regioni,*

En definitiva, aunque el marco normativo tiende hacia un mayor respeto de las competencias regionales, se puede afirmar que las relaciones Estado-regiones ante el derecho comunitario aún no se han normalizado[275], ya sea porque siempre cabrá alterar el reparto interno de las atribuciones, permaneciendo intactos los instrumentos (represivos o sustitutivos y supletorios) del Estado para hacer frente al hipotético incumplimiento regional, ya sea porque las regiones tienen una escasa incidencia en los procesos decisionales relacionados con la elaboración del derecho comunitario.

Conclusiones

El impacto de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de autonomía en relación con el derecho comunitario hace que este principio, en general, se entienda parcialmente. En las sentencias del Tribunal constitucional, según se ha señalado, se puede percibir una línea jurisprudencial informada por el respeto de las obligaciones comunitarias y por la plena responsabilidad estatal, ante la cual la autonomía regional se ve perjudicada.

El 'vaciamiento' de la autonomía regional es una consecuencia indirecta de la indiferencia del sistema comunitario respecto a las estructuras institucionales internas (federales, regionales, unitarias) y puede considerarse como el "precio inevitable que hay que pagar por el proceso de integración europea"[276]. Si una política comunitaria eficaz depende del modelo de reparto interno de las competencias, de la misma forma, tal y como ha admitido el mismo Tribunal constitucional en la sentencia 399 de 1987, cabría derogar con normas comunitarias las normas constitucionales internas relativas al reparto de competencias entre el Estado y las regiones, con tal que se respeten los principios fundamentales del sistema constitucional y los derechos inalienables de la persona. En este contexto resulta realmente necesario, sin embargo, que las regiones asuman el papel de sujetos con relevancia comunitaria porque, en caso contrario, tanto la alteración de las competencias como las exigencias unitarias, si superan un cierto límite, podrían violar el art. 5 de la Constitución, que el propio Tribunal constitucional ha establecido como límite insuperable para la eficacia directa del derecho comunitario. Tal sistema, por tanto, además de ser ineficaz desde el punto de vista de las relaciones entre los sujetos institucionales, puede provocar una situación de estancamiento, debido al conflicto entre los vínculos constitucionales inderogables y la normativa comunitaria.

En consecuencia, la problemática que rodea esta situación también depende de la evidente contradicción ocasionada por el relevante papel de las regiones en la aplicación de la política comunitaria, a lo que se une una

---

1986, n. 1 e AA.VV. (bajo la dirección de E. BUGLIONE y C. DESIDERI), *Le Regioni nell'ordenamento comunitario: stato di attuazione e prospettive della partnership,* Roma, 1991.

[275] Así cfr. T. GROPPI, "La incidencia del derecho comunitario … cit.

[276] Cfr. cfr. V. COCOZZA, "Regioni e diritto comunitario… cit, p. 649.

substancial ignorancia por parte del sistema jurídico comunitario de las garantías de autonomía de las instituciones regionales, previstas en el sistema constitucional interno. En otras palabras, la formal indiferencia hacia las relaciones entre las regiones y las instituciones comunitarias choca con el proceso de creciente incidencia regional en la aplicación de la política comunitaria misma.

En tal contexto, los problemas de organización constitucional tienen una importancia crucial en países como Italia, que además de regular en la Constitución el reparto de competencias entre el Estado y las regiones, han puesto en marcha profundas reformas relativas a la forma de Estado en un sentido verdaderamente regional o casi federal[277].

En efecto, para evitar un retroceso en un sentido centralizado de la forma de Estado y, por tanto, la inutilidad de las reformas que se están llevando a cabo, hay que reconocer la importancia a nivel comunitario de las regiones. De esta forma, la situación actual cambiaría completamente, ya que se produciría la entrada de las instituciones regionales en la estructura institucional europea[278], superando su papel de articulación de un Estado miembro, irrelevante desde el punto de vista comunitario, y convirtiéndolas, en cambio, en las auténticas protagonistas de las políticas comunitarias[279].

Si las instituciones regionales son, en su conjunto, expresiones de la democracia pluralista y de las instancias autonómicas garantizadas por la Constitución, entonces parece necesario que también la Unión Europea reconozca plenamente a las regiones, articulando para ello nuevos modelos y sistemas de relación más estables dentro de un "sistema integrado comunitario", en el que tanto el Estado como las regiones sean reconocidos plenamente, conforme a los modelos establecidos en el ordenamiento interno. Por consiguiente, la prioridad está en que el principio de 'leal colaboración', usado a menudo por el Tribunal constitucional italiano para indicar el modelo de referencia en las relaciones entre el Estado y las regiones, consiga también aplicarse en el ámbito del derecho comunitario, con el fin de fortalecer el principio de autonomía y de conseguir una política comunitaria más eficaz.

---

[277] V. ONIDA, "Il ruolo delle … *cit.*, afirma que la "recíproca independencia e 'impermeabilidad' de los dos sistemas está ya destinada a revelarse una ficción, que no es la causa de la situación de tales relaciones" (p. 13).

[278] Según V. ONIDA ("Il ruolo delle …*cit.*), en el caso de una evolución del derecho comunitario que llegue a considerar las regiones como sujetos responsables en su propio territorio del cumplimiento de los deberes y de las directivas de la Comunidad, una falta de ejecución de una directiva, provocaría un procedimiento de infracción directamente a cargo de la región responsable antes que recurrir "a la ficción de un Estado central responsable de todo lo que sucede en su interior" (p. 17).

[279] Cfr. también A. D'ATENA, "Il doppio entreccio federale … cit. Este autor sostiene que "esta vía presenta una doble ventaja: por una parte, respeta la complementariedad entre la disciplina constitucional europea y la de los estados miembros; por otra parte, es capaz de conceder garantías a las entidades sub-estatales operativas dentro de éstos menos efímeras que el *fair play* de las autoridades nacionales" (p. 1425)

LA EXTRANJERÍA COMO RETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI.

Nicolás Pérez Sola
Universidad de Jaén

I.- Introducción II.- El referente internacional. III.- Una relectura de la jurisprudencia constitucional en materia de extranjería. IV. - La necesidad de definir el estatuto jurídico del extranjero irregular: el contenido esencial y la tutela cautelar. V.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

Con el objetivo común de abordar en estas páginas, desde la perspectiva del derecho constitucional, los retos que presenta para nuestra disciplina el siglo XXI, queremos señalar aquí la necesidad de buscar nuevas respuestas al tratamiento jurídico de la extranjería. Es evidente que la complejidad de esta materia, que trasciende del ámbito estatal, impide su tratamiento global. Por ello, en la medida en la que este corto espacio lo permita, nos proponemos señalar algunas cuestiones que, desde la perspectiva del derecho constitucional, entendemos que deben de ser abordadas con el objeto de llevar a cabo la formulación de algunas consideraciones en torno a las insuficiencias que presenta la actual regulación de la extranjería contenida en la Ley Orgánica 8/2000 respecto de los extranjeros no comunitarios en situación irregular. Obviamente por la incidencia que la extranjería tiene en el orden internacional serán referentes obligados en este breve análisis, tanto los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, como el derecho comunitario. Este último comporta ya, aunque sea en una fase aún inicial, el establecimiento de la ciudadanía europea y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, cuyos destinatarios son también los extranjeros no comunitarios. Aunque los acontecimientos del 11 de septiembre arrojan también sobre este tema un cúmulo de respuestas restrictivas desde el marco de las medidas antiterroristas que ya se están adoptando por los Estados miembros de la Unión.

Dentro del ámbito comunitario no cabe duda que la ciudadanía europea ha permitido, al menos en el ámbito de la participación política como en el de la libre circulación de las personas, una superación de la concepción nacional de la titularidad de los derechos, haciendo posible el diseño de un futuro estatuto jurídico del extranjero comunitario. Pero no podemos olvidar que en el ámbito de la extranjería operan otras realidades complementarias como la de los extranjeros no comunitarios, que a su vez pueden encontrarse de forma irregular en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea. El incremento de las situaciones de hecho, que tienen por protagonistas a extranjeros no comunitarios no regularizados,

obliga a los operadores jurídicos a asumir la necesidad de adoptar respuestas inmediatas en las que no debería desconocerse la proyección de la dignidad humana. Este panorama se completa con la existencia de solicitantes de asilo y refugio, refugiados en órbita, desplazados, apátridas, etc., que componen un complejo mosaico que evidencia la evolución que la extranjería ha experimentado en el ámbito internacional a través de la emigración económica, que se combina con la persistencia de guerras civiles y persecuciones políticas, religiosas y étnicas dentro y fuera de nuestro viejo continente. En este contexto incluso debe ser cuestionada la pervivencia de derechos como el asilo y refugio en su actual configuración, haciendo conveniente la reformulación de estas categorías tradicionales. El bloque normativo compuesto por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967, se ha visto desbordado por una nueva realidad, que ya no se ajusta a unos instrumentos pensados para facilitar la acogida en el mundo occidental de los opositores de los regímenes del Este, en los que la figura del refugiado era apreciada desde una perspectiva individual. En la actualidad, también la penuria económica propicia los desplazamientos y flujos migratorios, empañando la nítida distinción inicial entre el refugio y la emigración económica, ya que las personas desplazadas sufren la violación de sus derechos, tanto políticos y civiles como económicos y sociales en su país de origen.

Desde nuestra perspectiva, constituye un reto formidable para el ordenamiento jurídico dar una respuesta, más allá del estricto control del orden público, a la nueva situación generada por la creciente inmigración extra comunitaria a los Estados Miembros de la Unión. No nos referimos sólo a la búsqueda de formulas específicas[280] ante el mercado de trabajo y las garantías sociolaborales, sino también de medidas orientadas a garantizar el respeto a la pluralidad cultural y a la dignidad humana, tanto de los peticionarios de asilo y refugio[281] como de los emigrantes económicos, a través de la adopción de políticas migratorias eficaces y democráticas[282]. Es

[280] Para Habermas, "la disponibilidad de un Estado para integrar políticamente los prófugos, dependerá verdaderamente del modo en el que la población indígena preste atención a los problemas socioeconómicos", porque como añade este autor "el derecho a la inmigración encuentra su límite en el derecho de una colectividad política a tutelar la integridad de la propia forma de vida". Habermas, J., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 1992, págs. 126 y ss.

[281] Dahrendorf ha señalado que los intereses contrapuestos de los ciudadanos y de los extranjeros precisan de una respuesta, aunque resulta enormemente difícil, para evitar una reacción que pueda poner en peligro los valores fundamentales de la sociedad occidental; porque la inmigración masiva pudiera afectar a la cohesión de nuestra sociedad. Estamos pues ante "un dilema tremendo porque la respuesta justa no existe. Por tanto es necesario una solución integrada que contemple una inmigración regulada, una ley bien definida para quien pide asilo político y programas eficaces para crear situaciones viables en los respectivos países de origen". Dahrendorf, F., *Pensare e fare politica*, Bari, 1989, pág. 70.

[282] La diferencia entre asimilación e integración de los refugiados y asilados en la sociedad democrática occidental es que mientras la integración "es un proceso guiado al objetivo de la equiparación en el reconocimiento jurídico y consiente la igualdad en la diferencia, la asimilación, cuando no es voluntaria, condiciona el reconocimiento de los derechos en un proceso de mimetización (homologación) respecto de la mayoría que conduce al sacrificio indiscriminado de tal diferencia,

cierto que este objetivo no es percibido de modo homogéneo. Desde las instituciones comunitarias se ha apuntado la conexión de la ciudadanía europea con la residencia legal de larga duración de los extranjeros no comunitarios como un requisito habilitante para la futura incorporación de éstos a la titularidad y ejercicio de derechos como la libertad de circulación o a la participación política local en la Unión Europea. Pero en las antípodas de este razonamiento otras opiniones han sido formuladas alertando de las dificultades que se deben de superar para la consecución de la integración de los extranjeros no comunitarios en la Unión. Así Sartori ha afirmado recientemente que "conceder ciudadanía no equivale a integrar". En efecto, para este autor no "existe ningún automatismo entre ambas cosas"[283], en clara contradicción con la filosofía que subyace en la actualidad en las instituciones de la Unión Europea, al menos respecto de los extranjeros no comunitarios con "arraigo" en los Estados miembros, si bien no resuelve el problema de todos aquellos cuya permanencia es irregular.

Pero por el momento, tal vez sea suficiente con precisar el verdadero alcance que para el tratamiento de la extranjería tienen diversos referentes legislativos y jurisprudenciales, nacionales e internacionales. En primer lugar, puede ser operativo conocer las previsiones de los tratados internacionales y convenios sobre derechos humanos como del derecho comunitario en la materia. En segundo lugar, para determinar la efectividad real para los extranjeros que se encuentran en nuestro país de los derechos constitucionalizados es relevante el análisis de la jurisprudencia constitucional. Por último, será necesario formular algunas consideraciones en torno a los riesgos de inconstitucionalidad que se derivan de la presente regulación de la extranjería. Para llevar a cabo estas consideraciones queremos partir del dinamismo alcanzado por algunos derechos constitucionalizados, que invitan a una discusión académica en la que queremos destacar, a nuestro entender, la transcendencia que la dignidad humana debe alcanzar como fundamento del análisis de la extranjería. En todo caso, esta dinamicidad y expansión de los derechos debe relativizarse dada la diversidad de iniciativas de futuros desarrollos legislativos comunitarios en la materia, que obliga a adoptar una cierta provisionalidad en el análisis de las orientaciones futuras del tratamiento jurídico de la materia por la Unión Europea.

II.- EL REFERENTE INTERNACIONAL

Lucas, J., "La Legislazione spagnola di fronte all immigrazione", en el *Seminario sul pluralismo giuridico*, organizado por la Univeristà di Bologna, 1992, pág. 8.

[283] Sartori, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros,* taurus, 2001, págs. 117-118. Para este autor "Dispensar ciudadanía" como criterio orientador de "la política de la ciudadanía para todos no sólo es una política destinada al fracaso, sino que además es una política que agrava y convierte en explosivos los problemas que se pretende resolver". Ibídem, pág. 113.

Como ha sintetizado Roberto Toniatti[284], el *ius publicum europaeum* que se encuentra en formación es la resultante de un "macrofenómeno de circulación de modelos jurídicos", que operan de modo interactivo en los ordenamientos de los Estados miembros, a través de mutuas y reciprocas influencias entre ellos, así como sobre el derecho y la jurisprudencia supranacional, que a su vez producen un "efecto uniformizador de retorno" sobre los ordenamientos nacionales[285]. A este proceso no ha sido ajena la extranjería, pues también en este ámbito se percibe la interacción de diversos ordenamientos nacionales e internacional que operan como sistemas de retroalimentación, por lo que es preciso acudir a dicho referente, no sólo por exigencias constitucionales (art. 10.2 CE), sino también, por una realidad legislativa y jurisprudencial evidente. Es sin duda en este contexto en el que se explica la evolución operada en nuestro ordenamiento desde la inicial percepción de la extranjería basada en el orden público hasta el actual reconocimiento de la titularidad de los derechos de los extranjeros, comunitarios o no, dentro de un contexto amplio que implica para Pérez Tremps un "<<consenso>>" respecto del alcance y contenido de los derechos fundamentales, que "se proyecta más allá de cada ordenamiento singular" y que pese a las dificultades de "convivencia" entre éstos, tratados y jurisprudencia que de ellos se deriva "se convierten en guías internas de actuación"[286].

Desde la doctrina se ha señalado que el artículo 10.2 CE, al vincular la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce a los Tratados sobre las mismas materias ratificados por España, "expresa en alguna medida la apertura del Estado al Derecho Internacional de los derechos humanos", que ha llevado a Saiz Arnáiz a afirmar el protagonismo creciente del Derecho Internacional completando "la ordenación constitucional de los derechos fundamentales"[287].

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido la "notable virtualidad hermenéutica" de los Tratados internacionales (STC 263/1994), incluso ha aceptado que el artículo 10.2 CE "impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales en la materia" (STC 341/1993), afirmando en algún caso que dicho precepto constituye una "pauta interpretativa obligada e inequívoca" (STC 101/1984). Si bien es cierto que el artículo 10.2 CE "no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente

---

[284] Toniatti, R., "Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa", en *Revista Vasca de Administración Pública,* Núm. 58 (II), pág. 18.

[285] Häberle, P., "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos* Núm. 79,1993. Para este autor "El Estado constitucional europeo se basa en la cultura de la dignidad humana, positivada hasta en sus más íntimos detalles". Op. cit., pág. 45.

[286] Pérez Tremps, P., "La interpretación de los derechos fundamentales", en López Guerra, L., (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo blanch, Valencia 2001, pág. 130.

[287] Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, 1999. Para este autor, en el ámbito de los derechos fundamentales "la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales" así como las resoluciones dictadas por los órganos encargados de su garantía. Op. cit., pág. 277.

proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra Constitución (...) obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Titulo I de nuestra Constitución" (STC 36/1991). Así, recientemente se ha reiterado por el Alto Tribunal la relevancia que para el proceso de determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene la Declaración Universal de Derecho Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre estos derechos ratificados por España, "a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales" (STC 91/2000). De entre estos tratados un protagonismo destacado ocupa para el Tribunal Constitucional, en la función hermenéutica para determinar el contenido de los derechos fundamentales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ya que "su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo"[288] (STC 91/2000). Pero es imprescindible reconocer las consecuencias prácticas que se derivan para los extranjeros de la no ratificación por el Reino de España de algunos Protocolos del Convenio[289].

Por otra parte, no cabe duda que la regulación comunitaria en esta materia ha incidido positivamente en la evolución de nuestra legislación, tanto en el ámbito de la ciudadanía europea, como respecto a la adopción de medidas comunes ante la inmigración. Por lo que a la ciudadanía europea se refiere, es evidente que se configura como un haz de derechos no exclusivamente de participación política, pero que despliegan sus efectos más llamativos en este ámbito, como así ha sucedido en nuestro ordenamiento. No obstante, se impone una cierta prudencia respecto del reconocimiento de la ciudadanía europea "a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro", ya que como ha señalado Espín Templado, la inexistencia de una regla homogénea para la adquisición de la

[288] Aunque desde la doctrina se ha cuestionado el reiterado recurso a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Constitucional que habría provocado una suerte de "inflación de la doctrina" del primero. En este sentido, Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid 1996, págs. 17-18.

[289] Conviene recordar que el Protocolo número 4 del Convenio de Roma fue firmado por España el 23 de febrero de 1978 pero no ha sido aún ratificado e incide especialmente en la prohibición de las expulsiones colectivas así como el derecho de circular y residir libremente en el territorio de un Estado por quien se encuentre regularmente en él. El Protocolo número 7 del Convenio de Roma fue firmado por España el 19 de marzo de 1985 pero no ha sido aún ratificado e incide especialmente en las circunstancias de la expulsión de extranjeros en situación legal en el territorio de un Estado y en el derecho de revisión por el órgano jurisdiccional superior de condenas penales. Finalmente, el Protocolo número 12 que introduce nuevas garantías para los derechos de los inmigrantes tampoco será ratificado en breve por el Estado español para obviar las previsibles condenas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que han continuado las expulsiones colectivas y las prácticas discriminatorias en nuestro país.

nacionalidad no puede ser desconocida[290], dado que la ciudadanía comunitaria es complementaria y no sustitutiva de la nacionalidad.

Creemos, por tanto, que para adoptar un enfoque realista en materia de extranjería que nos permita abordar nuevas respuestas a su tratamiento jurídico, un punto de partida adecuado es el que ofrece el proceso de establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito de la Unión Europea[291]. Como es notorio, un complejo entramado normativo se ha ido tejiendo desde la inicial concepción de un "espacio sin fronteras interiores" recogido en el Acta Única Europea. Entre los hitos más destacados de este proceso recordamos la cooperación intergubernamental que posibilitó el sistema Schengen y la formulación de la cooperación en asuntos de justicia e interior apuntada en el Tratado de Maastricht. Posteriormente, con la introducción en el Tratado de Amsterdam del Título IV relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, así como el Título VI del TUE relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, se han sentado las bases para la adopción de disposiciones comunitarias que afectarán decisivamente a las políticas sobre inmigración, asilo y lucha contra la discriminación en los Estados miembros[292]. Esta nueva política comunitaria debe conjugarse con el respeto de los derechos humanos[293], así como evitar la exclusión social, al objeto de contribuir a "la integración promoviendo la igualdad de derechos y el acceso al trabajo para los extranjeros residentes legales". En el mismo sentido, parece necesario articular algún instrumento orientado al reconocimiento y ejercicio a los extranjeros no comunitarios en situación irregular de aquellos derechos más estrechamente vinculados con la dignidad humana. Tampoco podemos olvidar que la libre circulación de las personas está estrechamente conectada con la realización del mercado interior[294]. Razones todas las anteriores que hacen conveniente precisar el alcance exacto del ordenamiento comunitario en la materia.

Parece indiscutible que la adopción de una política comunitaria de inmigración, asilo y refugio conllevará un esfuerzo de aproximación de las legislaciones nacionales que deben confluir en una comunitarización de esta

---

[290] Espín Templado, "Ciudadanía y participación política en Europa",*Revista Vasca de Administración Pública,* Núm. 58 (II), pág. 190.

[291] Constituye un objetivo de la Unión el mantenimiento y desarrollo de un "espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia" (art. 2 TUE).

[292] Para el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo debe adoptar un conjunto de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, las medidas de acompañamiento vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, así como otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países (art. 61 Tratado CE).

[293] "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario" (art. 6.2 Tratado de la Unión Europea).

[294] Valle Gálvez. A., "La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia", en *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000, pág. 46.

política. En el desarrollo de este proceso hay que incluir, al menos, la existencia del acervo Schengen así como algunas medidas que ya han sido adoptadas tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Con el horizonte en el año 2004 se prevé la adopción de medidas que se deberán materializar a través de las Directivas que por unanimidad se aprueben por el Consejo de Ministros. Pero otra cuestión bien distinta de la anterior es el procedimiento y plazos para su realización que, en todo caso, permitirán la formulación de reservas estatales bien por la compatibilidad de las medidas nacionales [295], bien por el nivel de implicación de los Estados miembros en dicha comunitarización, sin detrimento de la libertad de los Estados miembros para la regulación de la extranjería, como queda acreditado en el caso español o con las reformas legislativas en curso en Alemania[296] e Italia[297], que los acontecimientos del 11 de septiembre han extendido a otros Estados. Además, el establecimiento de este espacio de libertad, de seguridad y de justicia se desarrollará "sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior" (art. 54.1 TCE).

Por tanto, si en el análisis de la legislación nacional así como de las políticas consiguientes sobre inmigración no se debe perder de vista la perspectiva de la futura comunitarización de las mismas, tampoco se deben ignorar algunas incertidumbres que pesan sobre aquélla, pues la necesidad de abordar las políticas públicas sobre extranjería de modo cohesionado por los Estados miembros encuentra algunas limitaciones. Como el propio Tratado señala, los Estados miembros conservan las competencias estatales en la materia así como la excepción a su aplicabilidad para algunos de ellos[298]. Es en este sentido en el que se ha afirmado la extraordinaria "complicación técnico-jurídica" que se deriva del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, entre otras razones, por las diferentes obligaciones para los Estados miembros, así como por la facultad que tienen éstos para participar si lo estiman oportuno en dicho ámbito[299]. En suma, el recurso a la comunitarización de la extranjería si de un lado permitiría la adopción de políticas nacionales coherentes, encuentra aún suficientes interrogantes sobre su alcance y contenido, ya que a las dificultades antes apuntadas se le debe unir la persistente indeterminación

[295] Las medidas que adopte el Consejo"no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales" (art. 63.4 TCE).

[296] La iniciativa legislativa encuentra su fundamento en el denominado "Informe Süssmuth" fruto del trabajo de una Comisión parlamentaria al objeto de definir las bases de la regulación futura de la inmigración en ese país.

[297] El 24 de julio de 2001 fue presentada la iniciativa legislativa de modificación delle disposizioni concernenti a la disciplina dell´imminigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

[298] "La aplicación del presente Título quedará sometida a los dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda" (art. 69 Tratado CE).

[299] Mangas Martín A., y Liñán Nogueras, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, Madrid, 1999, Op. cit., págs 382-384.

de determinados aspectos del acervo Schengen, cuya incorporación al sistema comunitario reviste la mayor importancia, ya en el ámbito del Título IV del Tratado CE relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, ya en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal del Título VI del TUE a los efecto de su control por el Tribunal de Justicia de la Unión. Se incrementa además esta incertidumbre por la dificultad de predecir en este momento las consecuencias futuras que se puedan derivar de la posible incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los Tratados. Aunque como ha señalado recientemente Carrillo Salcedo la Carta "es ya una pieza clave en el proceso de constitucionalización de la integración política europea". Pero en ambos casos aún nos encontramos lejos de la plena aplicación de esta marco pues en la actualidad la Carta de Derechos Fundamentales es sólo un punto de partida carente de vinculación jurídica[300], aunque indudablemente su aprobación constituye el último hito en el marco regional que debemos mencionar aquí, en la medida en la que se contiene en dicha Carta un reconocimiento general de derechos sin sujeción a la exigencia de nacionalidad comunitaria para ser titulares de los mismos[301]. De otro lado, la ampliación competencial del Tribunal de Justicia y su control sobre materias relativas a un espacio de libertad, seguridad y justicia encuentra un límite en la carencia de competencias de control del Tribunal sobre las "medidas o decisiones" que se puedan adoptar "relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior" por los Estados miembros de la Unión (art. 68.2 TCE).

Ciertamente en la existencia de estos objetivos comunitarios nuestro Gobierno ha querido fundamentar la puesta en marcha de la reforma legislativa operada por Ley Orgánica 8/2000. En efecto, encontraría su justificación esta reforma en el cumplimiento de los "compromisos asumidos por España" en el marco de las Conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Pero una lectura ponderada de las Conclusiones adoptadas en Tampere no conducen necesariamente a los términos restrictivos de la reforma operada en la Ley Orgánica 8/2000, ya que bastará una ojeada a las propuestas legislativas planteadas por la Comisión para comprender que no se pretende obligar a los Estados miembros a la aplicación de procedimientos uniformes. Recordemos que en dichas conclusiones se encuentra, entre otras, la afirmación de que la Unión

[300] Carrillo Salcedo, J.A., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 9, 2001, pág. 25. Para este autor la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión "en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho Comunitario", Op. cit., pág. 19.

[301] El reconocimiento de la dignidad (art. 1), derecho de reunión y asociación "especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico"(art. 12.1), derecho de asilo (art. 18), la prohibición de expulsiones colectivas (art. 19.1), la no discriminación (art. 21), el derecho de huelga (art. 28) y la tutela judicial efectiva (art. 47) se convertirían así en un referente obligado para el legislador nacional del Estado miembro de la Unión.

Europea “debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países”. Las Conclusiones del Consejo Europeo requieren, por tanto, una lectura más detenida ya que contienen una clara invocación a “una política de integración más decidida”, orientada hacia la conexión de “derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación” en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia (núm. 18). Por tanto, se impone una clara distinción entre la pretensión de la Comisión Europea de que los Estados miembros definan en el plazo de cinco años una política común de inmigración en el marco de un espacio de libertad, seguridad y justicia y una regulación nacional encorsetada por sus exigencias comunitarias. Como ha puesto de manifiesto el Comisario Europeo de Justicia y Asuntos de Interior, los sistemas nacionales se mantendrán, si bien adaptándose al cumplimiento de algunas normas y condiciones respecto de autoridades competentes y procedimientos de aplicación; sirva de ejemplo la necesaria definición de las condiciones mínimas comunes de acogida de los solicitantes de asilo[302]. En este sentido, numerosas iniciativas han sido ya presentadas al Parlamento y al Consejo de Ministros de la Unión que tendrán diversa incidencia en nuestro ordenamiento, en la medida en que sus disposiciones introduzcan algunos elementos novedosos o bien tengan por objeto ámbitos poco desarrollados hasta el momento como el derecho a la reagrupación familiar[303]. El Consejo Europeo de Tampere ha reconocido la necesidad de llevar a cabo la aproximación del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países “al de los nacionales” de los Estados miembros, en especial cuando se trate de residentes legales de larga duración, a quienes “se le debería conceder un conjunto de derechos de carácter uniforme[304], lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión (21). En este sentido, la Directiva 2000/43 permite vislumbrar un nuevo escenario no necesariamente restrictivo en el tratamiento de la extranjería ya que su objeto es el establecimiento de un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entendido como ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico[305]. Desde esta perspectiva supone una novedad indudable la Propuesta de Directiva relativa a las Condiciones de entrada y

[302] Vitorino, A., “Política de Asilo e Inmigración”, en *Por una Europa abierta e integradora. Políticas migratoria en la Unión Europea,* Delegación española del Grupo parlamentario del Partido Socialista de los Europeos, Madrid 2000, pág. 20.

[303] Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar COM (1999) 638 final, de 1 de diciembre de 1999.

[304] “La Unión debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países (...). Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión” (18).

[305] Aunque el contenido de la misma debe ser matizado ya que “no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas” (art. 3.2).

residencia de personas no comunitarias con fines de empleo presentada por la Comisión el 11 de julio de 2001.

Por otra parte, la incorporación a las políticas comunitarias del asilo y refugio posibilitará la adopción de legislación comunitaria como un elemento de aproximación de las legislaciones nacionales, si bien no impone la renuncia a las competencias estatales en la materia. La aprobación por la Unión Europea de "medidas" en estos ámbitos así como de criterios y mecanismos, normas mínimas y condiciones relativas a la entrada y permanencia en el territorio de la Unión, para la acogida de solicitantes de asilo y la concesión del estatuto de refugiado[306], debe conducir a una nueva regulación en la que la integración e igualdad entre nacionales de los Estados miembros y extranjeros extracomunitarios residentes debe constituir un objetivo a corto y medio plazo[307].

III.- UNA RELECTURA DE LA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Creemos que un elemento imprescindible en este análisis lo constituye la jurisprudencia constitucional, en la que se aprecia una evolución significativa en la materia. Si bien esta relectura debe ser complementada con otros pronunciamientos del Alto Tribunal respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales o el valor hermenéutico de los tratados internacionales en los que se contiene un reconocimiento expreso de los mismos, a tenor de la falta de homogeneidad que preside la proclamación constitucional de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros. Es por ello que la interpretación de la Constitución, en el ámbito de la titularidad de los derechos fundamentales, queda abierta a un amplio margen de apreciación que pasa, inicialmente, por una aproximación a los términos del artículo 13 de esta Norma Fundamental. Como ya destacara la doctrina, el enunciado literal del artículo 13 CE permite una gradación en las condiciones de ejercicio de los derechos por los extranjeros, insistiendo el constituyente en la configuración legal de los mismos. No cabe duda que el mandato del artículo 13 CE nos remite al legislador para configurar los términos exactos del ejercicio de los derechos de los extranjeros. Pero, sin cuestionar este extremo, debemos recordar que el legislador de los derechos fundamentales no goza de una absoluta libertad para regular las condiciones del ejercicio de los mismos, aun cuando sus titulares no sean nacionales. De una parte, el propio contenido esencial

[306] Propuesta de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado (COM 2000) 578 final de 20 de septiembre de 2000.

[307] Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico 20000/43 de 29 de junio DO L 180 de 19/07/2000. Al respecto se debe señalar también la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación COM (1999) 652 final de 12 de octubre de 2000 o la Propuesta de decisión del Consejo relativa al Programa de acción comunitaria encaminado a la adopción de medidas de lucha contra la discriminación 2001-2006.

del derecho fundamental actuará como un límite insalvable para el legislador, de otro, los tratados internacionales completan el marco de referencia en el que debe operar el legislador orgánico.

En esta "configuración legal" el Tribunal Constitucional fundamentó, en su temprana sentencia 107/1984, un primer intento de sistematización, a través de una clasificación tripartita de los derechos fundamentales susceptibles de titularidad por los extranjeros. Así, el Tribunal Constitucional, lejos de extraer una conclusión homogénea, afirmaba en dicha sentencia que "la igualdad en el ejercicio de los derechos, (...) depende, pues, del derecho afectado", por lo que el propio Tribunal reconocía la existencia de derechos que corresponden "por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos", otros de los que estarían excluidos los extranjeros y, finalmente " aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

Retomando brevemente los términos de aquella resolución encontramos una referencia incompleta en la STC 107/1984 a la ubicación de los distintos derechos proclamados en el Título I CE en cada una de estas categorías. En cuanto a los derechos incluidos en este primer grupo, señalaba el Tribunal Constitucional, cabe prescindir "para modular el ejercicio del derecho" de la nacionalidad de sus titulares y, por tanto, afirmar así "una completa igualdad entre españoles y extranjeros", como así ocurre respecto de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana", que fundamenta nuestro sistema político. Aunque esta afirmación queda matizada ya que, dicha proclamación contenida en el artículo 14 de la CE se refiere "con exclusividad a los españoles", sin que quepa deducir de la Constitución dicha igualdad a los extranjeros. Pero la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es un argumento indiscutible, sino que la interpretación del artículo 13 CE debe aportar los instrumentos necesarios para determinar el alcance de este mandato constitucional (STC 107/84). Es precisamente en este ámbito en el que la indeterminación pesa aún sobre el legislador orgánico y constituye uno de los elementos más polémicos del debate actual sobre extranjería. En efecto, el legislador orgánico no ha sido ajeno a esta cuestión, si bien ha recogido de modo distinto la regulación de las condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos por los extranjeros en los dos textos aprobados en el año 2000. A nuestro entender, la clave que permite un fundamento diferenciado entre ambos textos no es otra que el diverso entendimiento de la extranjería que se deriva de las redacciones sucesivas del artículo 3 de la Ley Orgánica. Es en este precepto, en nuestra opinión, donde se ubica el elemento esencial de análisis por cuanto marca la pauta que luego de forma individualizada para los diferentes derechos se concretará a lo largo del articulado de la norma. Inicialmente se precisaba en la Ley Orgánica 4/2000 que "los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la

Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica". Pero esta redacción ha sufrido una clara modificación en la Ley Orgánica 8/2000 al prescindir expresamente el legislador de referencia alguna a la "igualdad de condiciones que los españoles". Además, el segundo párrafo incorporado al texto anterior si en principio recupera la igualdad, lo hace en un sentido claramente restrictivo que invita desde la propia ley a llevar a cabo una lectura restringida del alcance de la igualdad, frente al "efecto irradiador"[308] respecto de todos los derechos que permitía el artículo 3,1 en la redacción anterior de la que se derivaba un "fuerte contenido simbólico"[309]. De la redacción de la Ley Orgánica 4/2000 se deducía con claridad que la invocación de la igualdad estaba destinada a operar sobre los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE, mientras que la incorporación como criterio interpretativo de la igualdad en la Ley Orgánica 8/2000 tiene como destinatario a los derechos en ella reconocidos[310]. Así en la vigente norma se afirma que "como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles".

En otras ocasiones, ha señalado el Tribunal Constitucional, puede recaer en la nacionalidad el elemento esencial para la determinación de los titulares de los derechos y por ello no resultaría de aplicación el principio de igualdad, como sucede con la participación en los asuntos públicos. Aunque esta afirmación fue matizada por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 que propició la única reforma constitucional acaecida a nuestra Carta Magna de 1978. La Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional marca, sin ningún género de dudas, un punto de inflexión en el tratamiento de la extranjería. En esta Declaración se contiene la afirmación de que el Tratado de la Unión Europea configura una "naciente ciudadanía europea", en orden a una "parcial superación del tradicional binomio nacional/extranjero por la vía de la creación de aquel tercer status común", que ha posibilitado a través de la reforma constitucional, el reconocimiento de derechos de participación política inicialmente reservados a los nacionales[311], en favor de los extranjeros comunitarios más allá de la estricta aplicación del criterio de la

[308] Aja, E.,(Coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Institut de Dret Public, Tirant lo blanch, 2000, pág. 76.

[309] Santaolaya Machetti, P., (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Madrid, 2000, pág. 51.

[310] Balaguer Callejón, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas (art. 3)", en Moya Escudero, M., (Coord.) *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada 2000, pág. 481.

[311] Recordemos en la redacción de la Ley Orgánica 7/1985 expresamente se señalaba que los extranjeros no podrían ser titulares de los derechos de sufragio activo o pasivo ni acceder al desempeño de cargos públicos, si bien se matizaba más adelante que se podría reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes "en los términos y con las condiciones que, atendiendo a criterios de reciprocidad", se estableciesen en tratados o por ley para los españoles "residentes en los países de origen de aquellos" (art. 5).

reciprocidad [312]. Tras esta afirmación, parece necesaria la reconsideración de la titularidad de los derechos de participación política, tradicionalmente los más estrechamente vinculados con la nacionalidad y en la actualidad dotados de gran dinamismo. Pero también se deduce de esta Declaración una apuesta del Tribunal Constitucional en favor de una concepción-percepción superadora de las categorías tradicionales de nacionalidad y extranjería aunque con un alcance por el momento limitado.

Finalmente, existiría a la luz de esta jurisprudencia constitucional, un grupo de derechos constitucionalizados que, de conformidad con el artículo 13.1 CE, su goce por los extranjeros se realizará en los "términos de la ley". No ha habido, sin embargo, por parte del Tribunal Constitucional una invocación expresa de qué derechos fundamentales serían incardinables en este grupo. Es, por tanto, en la concreción de los derechos incluibles en el tercer grupo donde se planteaba bastante incertidumbre que el propio Tribunal, consciente de ello, pretendía salvar señalando que el artículo 13.1 CE no deja abierto el camino hacia la "desconstitucionalización" de la "posición jurídica de los extranjeros" respecto de los derechos y libertades constitucionalizados, en la medida en que el origen del reconocimiento de estos derechos no está en las libertades que les atribuyan los tratados y la ley sino en la propia Constitución. Respecto de este tercer grupo de derechos es cierto que desde la doctrina se señaló en un primer momento como derechos incluibles en él los derechos de reunión y asociación junto a otros como la libertad de residencia, el derecho a la enseñanza, a la sindicación y a la huelga [313]. Más tarde, algún autor ha optado por excluir de este ámbito a los referidos derechos de asociación y reunión apuntando su ubicación entre los que deben predicarse por igual de todas las personas[314]. La incertidumbre sobre la identidad de los derechos incluibles en este grupo por el momento se ha despejado tras la nueva Ley Orgánica 8/2000. En esta norma se reconoce a los extranjeros un conjunto de derechos pero su ejercicio queda sujeto a la regularidad de su situación administrativa en nuestro país y/o al contrato de trabajo, convirtiendo en una ficción su titularidad ya que no es posible su ejercicio para los extranjeros que se encuentran en una situación irregular.

Por otra parte, para Aragón Reyes la constatación que realiza el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984 no es otra que el origen constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros y de ahí su consideración como "verdaderos" derechos fundamentales, sin perjuicio de su configuración legal. Ahora bien, la diversa consideración de los derechos fundamentales de los extranjeros realizada por nuestro Tribunal se

---

[312] Así podemos señalar con antelación a la reforma constitucional el Acuerdo entre España y los Países Bajos por el que se reconoce el derecho a votar en elecciones municipales con carácter reciproco (BOE 8 de agosto de 1990), el Acuerdo entre España y Dinamarca (BOE 30 noviembre 1990) y los Acuerdos entre España y Noruega y España y Suecia (BOE 27 junio 1991).

[313] Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 25, enero-abril 1989.

[314] Massó Garrote, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, 1997.

fundamenta para este autor en la mayor conexión con la dignidad humana de la vida o la integridad física, del derecho a la libertad ideológica, a la intimidad y a la libertad personal como a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, otros derechos constitucionalizados cuya "conexión no es directamente inmediata", permite al legislador introducir diferencias de trato siempre que respete el contenido esencial del derecho y responda a criterios de "razonabilidad y proporcionalidad"[315].

Esta clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros elaborada por el Tribunal Constitucional ha tenido una influencia considerable también sobre la doctrina pese a sus insuficiencias y, quizá, esté necesitada de superación en la actualidad. No pretendemos aquí suscitar un debate al respecto, pero si apuntar la conveniencia de que esta jurisprudencia fuese atemperada con otras consideraciones como el hecho de que el legislador orgánico está sujeto a unos límites a la hora de llevar a cabo la configuración legal de estos derechos que, en todo caso, no debe exceder para configurar legalmente el ejercicio de los derechos constitucionalizados susceptibles de ejercicio por los extranjeros, así entre otros asociación, reunión y manifestación, huelga y sindicación como el conjunto de garantías procesales que dimanan de la tutela judicial efectiva.

Es cierto que aquella inicial posición del Tribunal Constitucional ha sido matizada, pues en la STC 115/1987 se declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España[316]. Recodando brevemente algunas de las afirmaciones vertidas en aquella sentencia recogemos los precisos términos en los que el Tribunal Constitucional centró aquél debate: "una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los preceptos constitucionales". Por tanto, aunque el Tribunal parte del reconocimiento al legislador de la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros (art. 13.1 CE), en todo caso debe respetar "las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros". A tenor de este pronunciamiento del Tribunal los derechos de reunión y manifestación así como del de asociación son predicables también de los extranjeros[317].

---

[315] Aragón Reyes, M., "Es constitucional la nueva ley de extranjería", *Claves de Razón Práctica,* núm. 112, pág. 14.

[316] Brevemente expuesto el contenido de aquella Sentencia, el Tribunal Constitucional consideró contraria a la CE la sujeción a autorización administrativa para el ejercicio de los derechos de reunión y asociación de los extranjeros, así como la imposibilidad de que los jueces y tribunales pudieran suspender la ejecución de las resoluciones administrativas que afectaran a los extranjeros, reconociendo que éstos eran titulares del derecho a la tutela judicial efectiva.

[317] En este sentido Teresa Freixes no duda en afirmar "el ejercicio directo" de los derechos de reunión, manifestación y asociación a tenor de la STC 115/1987, para quien la jurisprudencia constitucional ha concretado la "subordinación" de las políticas de extranjería "a la eficacia de los derechos y al respeto de los principios constitucionales. Freixes Sanjuán, T., "Los derechos humanos del extranjero" en

Con posterioridad, y con un alcance más limitado, se han sucedido pronunciamientos relativos a la protección de los derechos de los extranjeros que, si bien reflejan una cierta evolución en la doctrina del Tribunal, no permiten extraer una jurisprudencia sólida a tenor de los concretos ámbitos de garantía cuestionados. En una breve enumeración por su significación podemos recordar un pequeño bloque de Sentencias relativas a las cautelas que deben ir unidas a la expulsión en las que el Tribunal ha matizado las garantías que deben presidir los procedimientos de expulsión administrativa de los extranjeros (SSTC 94/1993[318], 116/1993 y 242/1994). En esta misma línea y por la trascendencia de su afirmación vale la pena recordar que en la STC 242/1994 el Tribunal Constitucional dejó formulada la posibilidad de que los extranjeros "pueden ser titulares de los derechos fundamentales" salvo la excepción constituida por el artículo 23 CE en los términos establecidos por la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. Pero a esta matizada evolución jurisprudencial no le ha seguido, al menos con la intensidad que en otros Estados, el necesario debate doctrinal en torno a la conveniencia de reforzar "la validez de los derechos fundamentales como derechos humanos"[319] de toda persona.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional ha ido matizando el alcance del derecho de los extranjeros al *habeas corpus* (SSTC12/1994, 21/1996, 66/1996, 86/1996, 174/1999, 179/2000), así como respecto a la tutela judicial efectiva (SSTC181/1994, 96/19995, 182/1996, 203/1997, 5/1998, 24/2000, 207/2000) y a la vulneración del derecho a la libertad personal (SSTC 71/2000, 147/2000).

Sin embargo, la reciente sentencia 13/2001 dictada en un recurso de amparo por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional vuelve a reiterar los términos de la jurisprudencia anterior al considerar "admisible (...) que se fijen diferencias respecto a los nacionales" en ámbitos como el de los requerimientos policiales de identificación. Aunque en esta ocasión se trataba de determinar la adecuación a la Constitución de una actuación policial en la que se "usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española", la formulación de un voto particular discrepante del parecer de la Sala pone en evidencia la necesidad de encontrar respuestas a numerosas cuestiones relativas a la extranjería, sobre las que aún pesa un elevado nivel de indeterminación, si bien es cierto que la resolución del citado recurso de amparo no era con toda

---

Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto, Marzal., A., ed, J.M. Bosch editor Esade Facultad de Derecho, 1997 pág. 192.

[318] El Tribunal Constitucional consideró arbitraria una expulsión de un extranjero ya que "la licitud de su expulsión no pudo ser enjuiciada con todas las garantías antes de llevar a cabo su ejecución" (STC 94/1993).

[319] Hesse, C., "Significado de los derechos fundamentales", en VVAA, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 115. Este debate se ha avivado recientemente por Ferrajoli con invitaciones a la reflexión en torno a la internacionalización de los derechos fundamentales en orden a la superación de la antinomia igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatalistas, a través de "la superación de la ciudadanía" y "la desnacionalización de los derechos fundamentales". Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, 1999.

probabilidad la sede adecuada para alcanzar dicha respuesta. En las escasas ocasiones en las que se han planteado ante el Tribunal Constitucional cuestiones sobre discriminación racial o étnica se ha reiterado por éste su "carácter odioso" como "perversión jurídica" (STC 126/1986), sin que quepa fundamentarla en la libertad ideológica o en la libertad de expresión por resultar contrarios a la dignidad humana (STC 214/1991), siendo incompatible cualquier mensaje racista con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica (STC 176/1995). Pero la polémica surge cuando criterios como la raza o etnia pueden estar en el fondo de una actuación policial. Para el Tribunal Constitucional "es forzoso reconocer que" cuando los controles policiales sirven a la finalidad de acreditar la identidad "determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne". Ello no supone desconocer que dicha actuación de identificación se lleve a cabo de forma "proporcionada, respetuosa, cortés" al objeto de limitar al máximo su incidencia "en la esfera del individuo". El parecer mayoritario de la Sala se contiene en la afirmación de que "lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa". Frente a esta consideración de la actuación policial acorde al marco constitucional, el voto particular del Magistrado González Campos suscita algunas interesantes interrogantes que trascienden de los términos en los que fue planteado el recurso de amparo[320].

Para el Magistrado discrepante del parecer de la Sala "aun admitiendo que no cabe pretender la igualdad en la ilegalidad" es controvertido afirmar que "determinadas características físicas o étnicas puedan ser tomadas en consideración" en actuaciones policiales de control "como racionalmente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne"[321]. Ciertamente cabe deducir del fallo del Tribunal una minoración del alcance del mandato constitucional contenido en el artículo 14 CE, en la medida en la que la actuación policial encuentra en la raza una "justificación adicional". En el mismo sentido, como se señala en el voto particular, quedaría devaluada la proclamación de la dignidad humana al estimar la Sala la actuación policial fundada en la raza "como criterio de selección en el control". Además, se habría omitido el juicio de proporcionalidad necesario para determinar si tales medidas son acordes con la finalidad de la seguridad ciudadana. En resumen, concluye este Magistrado, la utilización

[320] Entre otras cuestiones formuladas por el Magistrado recurrente recogemos aquí la interrogante sobre la constitucionalidad del "control general de los extranjeros", la admisibilidad de un control "no discriminatorio de los extranjeros ante una diversidad de situaciones" reales como las que están presentes en nuestra sociedad o "¿Cómo puede llevarse a cabo ese control sin que su práctica afecte a la dignidad de la persona?".

[321] En opinión del Magistrado González Campos la Sala debiera haber realizado una "interpretación excluyente o, cuando menos, restrictiva y sujeta a estrictas condiciones del control general de los extranjeros en cualquier lugar del territorio nacional".

del criterio étnico dado el carácter multirracial de nuestra sociedad puede conllevar la discriminación "entre nacionales por razón de la raza", con el consiguiente atentado a la dignidad personal, a través de los requerimientos policiales de identificación. Pero conviene recordar que el reconocimiento de la dignidad humana por el Tribunal Constitucional no obstante presenta alguna dificultad como ha señalado Freixes Sanjuán[322].

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se proyecta "sobre los derechos individuales, (...) en cuanto <<valor espiritual y moral inherente a la persona"(STC 53/1985), por lo que la dignidad "ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia un *minimum*invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar>>" (STC 120/1990 y 57/1994). Ahora bien, esta conocida jurisprudencia constitucional recientemente ha sido matizada por nuestro Alto Tribunal en conexión con el entendimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales. Si en la jurisprudencia anterior se había afirmado que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de "modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el <<contenido esencial>> de los mismos", en la Sentencia 91/2000 el Tribunal Constitucional se cuestiona el alcance del "contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra, esto es, el, en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar <<contenido absoluto>>". Para llevar a cabo esta operación el Tribunal Constitucional toma como punto de partida la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, para afirmar a continuación que la Constitución "salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos <<que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana" (STC 242/1994). Asumir con todas sus consecuencias la afirmación de nuestro Alto Tribunal de que "sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal", podría llevar a concluir que "hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales" (STC 91/2000). La relevancia de los derechos que analizamos deriva de su relación con la dignidad de la persona y de la "imprescindibilidad" de los mismos en un sistema democrático. Son, en efecto, la proyección inmediata y positiva de la dignidad de la persona y "las posibilidades de desarrollo de la misma dependen de su reconocimiento y ejercicio" como ha señalado Solozabal[323] . Ahora bien, somos conscientes de los riesgos que se derivan de la afirmación anterior de nuestro Alto

[322] "La indeterminación del concepto de dignidad humana con relación a los derechos que le son inherentes, pese a constituir una proclamación general de la fundamentación de los derechos de los extranjeros, va a necesitar de justificación en todos y cada uno de los casos en los que se pretenda que opere jurídicamente, puesto que no es posible otorgarle efectos generales con relación a todo el sistema de derechos", Freixes Sanjuán, T., Op. cit, pág. 176.

[323] Solozabal Echevarría, J.L., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm, 71, 1991 posteriormente desarrolladas en otros trabajos.

Tribunal, que debe ser ponderada, ya que para considerar que se ha vulnerado la Constitución será necesario el menoscabo del contenido esencial del derecho "de un modo que afecta a la dignidad humana"(STC 91/2000), pues cualquier restricción que a su ejercicio se imponga no deviene necesariamente en un estado de indignidad (STC 120/1990). Por tanto, cabría deducir de la jurisprudencia constitucional que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros quedaría sujeta a la mayor o menor intensidad de estos en relación con la dignidad de la persona[324], aunque persiste la duda respecto a su identificación a tenor de la jurisprudencia aquí comentada.

Por otra parte, conviene recordar que algunas cuestiones suscitadas ante el Alto Tribunal aún no han sido resueltas al tiempo de escribir estas líneas; como ya señalara el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, la sujeción de los extranjeros a determinadas causas para poder ser beneficiario de dicha asistencia[325] pudiera tener difícil adecuación constitucional. Esta situación además se ha agravado con el tratamiento que de la asistencia jurídica gratuita se contiene en la Ley Orgánica 8/2000. Para el recurrente de inconstitucionalidad, la exigencia legal de permiso de residencia o estancia para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la tutela judicial, a través de la asistencia jurídica gratuita, plantea dudas sobre su razonabilidad y proporcionalidad al sacrificio que impone, esto es, la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental por quien carece de dicha residencia legal fuera de los supuestos tasados por la Ley. Una interpretación sistemática de los artículos 14, 24.2 y 119 CE, así como de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debería conducirnos a afirmar que con el derecho a la asistencia jurídica gratuita se persigue garantizar el acceso a la justicia. Por tanto, los impedimentos y obstáculos para acceder a la justicia conducirían a desconocer o privar del derecho a la tutela judicial a los extranjeros en situación irregular que carecieran de recursos económicos fuera de los supuestos legalmente reconocidos. La resolución de este recurso por el Tribunal Constitucional podrá aportar alguna luz sobre el por ahora todavía impreciso grupo de derechos imprescindibles para todas las personas.

---

[324] A modo de ejemplo por lo que a "la libertad de circulación respecta a través de las fronteras del Estado y el derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano (...) es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de sus derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella" (STC 94/1993).

[325] En principio tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar" (art .2 a) si bien se introducen dos excepciones en cuanto se acredite insuficiencia de recursos para litigar aun cuando no residan legalmente en territorio español: en el orden jurisdiccional penal y en el contencioso-administrativo en los procesos relativos al derecho de asilo (art. 2 e y f).

También está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la Ley 9/1994 reguladora del derecho de Asilo y Refugio. En esta norma se preve que los demandantes de asilo y refugio que efectúen su solicitud en los puestos fronterizos, deberán de permanecer necesariamente en dependencias de los mismos, en tanto sean resueltas sus peticiones (art. 5.7). Esta permanencia en dependencias fronterizas ha sido considerada por el recurrente de inconstitucionalidad como constitutiva de una privación de la libertad personal sin las garantías previstas en la Constitución. Confiamos en que la resolución de este recurso despeje algunas dudas respecto del alcance del derecho a la libertad personal así como los limites constitucionales a su privación administrativa y las consecuencias que se puedan derivar para el control judicial de las actuaciones administrativas a los efectos de la efectividad de la tutela judicial.

La formulación de diversos recursos de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 requerirá por parte del Tribunal Constitucional un esfuerzo de concreción respecto de la adecuación constitucional de los límites al ejercicio de determinados derechos, por la situación de irregularidad en la que se encuentren los extranjeros, ya que su ejercicio queda restringido a situaciones administrativas de estancia o residencia y la tenencia de contrato laboral. De un lado, esta limitación alcanza, entre otros, al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, huelga y sindicación. Por otra parte se pueden plantear, a la luz de esta nueva regulación, una serie de situaciones administrativas en las que la privación de la libertad acordada por la autoridad gubernativa puede entrar en contradicción con el texto constitucional en cuanto a las garantías derivadas de la tutela judicial, que puedan ser obviadas por la inexistencia de un efectivo control judicial sobre las resoluciones administrativas que afectan a los extranjeros. Dos son pues las cuestiones que nos suscitan un mayor interés en la nueva regulación de la extranjería: las restricciones a los extranjeros irregulares para el ejercicio de derechos constitucionalizados y los supuestos de indefensión que se puedan derivar de la ausencia de control judicial efectivo de los actos administrativos acordados en materia de extranjería.

IV.- LA NECESIDAD DE DEFINIR EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO IRREGULAR:

El contenido esencial

En nuestra opinión, la cuestión más relevante que presenta la Ley Orgánica 8/2000 respecto de la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, es la restricción al ejercicio de estos derechos impuesta por el legislador a aquellos extranjeros que no han obtenido el permiso de residencia o estancia o carecen de contrato de trabajo para ejercer efectivamente los derechos fundamentales. Así, el

establecimiento de esta restricción al ejercicio de los derechos deberá ser analizado, más allá de consideraciones puntuales a su articulado, desde la perspectiva constitucional para determinar si se adecua a nuestra Norma Fundamental en un doble sentido, respetando el contenido esencial de los derechos fundamentales constitucionalizados y, ajustándose a las prescripciones de los tratados internacionales en la materia. En efecto, por lo que respecta al marco constitucional, este viene delimitado como antes se ha apuntado, por el reconocimiento a los extranjeros de las "libertades" que se garantizan en el Título I de la CE, si bien "gozarán" de éstas "en los términos que establezcan los tratados y la ley". Una vez superadas por la jurisprudencia constitucional las dificultades interpretativas del alcance de las "libertades públicas", ya que según el Tribunal "el término <<libertades públicas>> no tiene obviamente un significado restrictivo" (STC107/1984), debemos recordar que "el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites"(STC 140/1986). Pero aunque los derechos y libertades de los extranjeros con reconocimiento y protección constitucional son "derechos de configuración legal" (STC 107/1984), en esta tarea el legislador orgánico no goza de una libertad absoluta a la hora de llevar a cabo su desarrollo, sino que esta configuración legal queda necesariamente limitada por el respeto al contenido esencial del derecho, cuyas conexiones con la dignidad humana deben ser ponderadas, así como por la naturaleza de algunos de estos derechos que son cauces instrumentales de la libertad de expresión y elementos imprescindibles para la integración de los extranjeros en nuestra sociedad. En el desarrollo de sus funciones el legislador dispone de la posibilidad de establecer "condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros"(STC 115/1987), pero en todo caso hablamos de derechos constitucionalizados, con un reconocimiento de su titularidad en la norma fundamental. Por tanto, deberá el legislador orgánico respetar, en todo caso, "las prescripciones constitucionales" a la hora de regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Así, desconocería el valor normativo de la Constitución cualquier desarrollo normativo que respondiera a una hipotética libertad de configuración por el legislador del contenido esencial del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. La capacidad de concreción normativa está constreñida por los límites establecidos en la Constitución, ya que no cabe desconocer "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose" (STC 11/1981).

En efecto, desde la perspectiva de los límites, hay que recordar que, en primer lugar, cuando el constituyente quiso limitar la titularidad de los derechos fundamentales a los españoles no dudó en hacerlo (art. 23 CE). Además, la redacción de los preceptos constitucionales en los que se contiene su reconocimiento constituyen claros ejemplos de cuando en la

propia Constitución se han establecido los límites de los derechos (SSTC 11/1981 y 2/1982), ya que el constituyente quiso expresamente introducir en el texto de la Carta Magna los límites a su ejercicio. En efecto, suponen límites concretos y expresos que el constituyente quiso incorporar respecto de algunos de estos derechos la prohibición de reuniones con peligro para las personas o los bienes (art. 21.2 CE) o la prohibición de las asociaciones secretas y paramilitares (art. 22.5 CE), por lo que cualquier desarrollo legislativo posterior restrictivo de su reconocimiento y ejercicio pudiera vulnerar la Constitución, en la medida que supusiera vaciar de contenido la proclamación constitucional de aquellos derechos. Pero es cierto que "en otras ocasiones el límite de los derechos deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (STC 11/1981), aunque este no parece ser el caso, al menos respecto de los extranjeros irregulares para el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y garantías procesales para la efectividad de la tutela judicial.

En segundo término, como se recoge reiteradamente en la jurisprudencia constitucional, se deben de ponderar en cada caso los límites, "pues en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente" (STC 85/1983) y, además, "en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos" (STC 254/1988). Así las restricciones que introduzca el legislador deben circunscribirse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, como sucede en particular en el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad respecto del derecho de huelga (art. 28.2CE) o como enunciado general la dignidad como "fundamento del orden público y de la paz social". Por tanto, todo acto o resolución que limite derechos fundamentales "ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone" y, en todo caso, respetar el contenido esencial"(STC 137/1990), pues el legislador no dispone de una libertad absoluta en su tarea normativa, "siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta transcendente" para determinar si las limitaciones introducidas por aquél se ajustan a la finalidad de la norma (STC 90/1983). Así resulta conforme a la Constitución el establecimiento de límites razonables al ejercicio de dichos derechos (STC 1/1987), pero la supresión de su ejercicio para los extranjeros en situación administrativa irregular, en los términos contenidos en la Ley Orgánica 8/2000, nos plantea serias dudas respecto de su adecuación a esta jurisprudencia constitucional. No parecería pues que la exigencia de permiso de residencia o estancia para el ejercicio de derechos fundamentales pudiera ser considerada como razonable y proporcional al sacrificio que impone, esto es, la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental constitucionalizado por quien carece de dicha residencia. Es más, la

ausencia de proporcionalidad y razonabilidad entre la limitación del ejercicio de estos derechos y el sacrificio que origina puede visualizarse con mayor claridad si por un momento abordamos esta cuestión desde la perspectiva práctica de la integración de los extranjeros en nuestro país, ya que entraría en contradicción con la finalidad de integración social perseguida en esta norma y puede resultar desproporcionada cuando se plantea a priori y dirigida hacia un colectivo determinado.

Las anteriores consideraciones resultarían incompletas sin apuntar que los propios tratados internacionales antes mencionados contienen, junto al reconocimiento de estos derechos, la aceptación de las facultades de los Estados parte para adoptar determinadas restricciones en el marco de dichos tratados, de modo tal que la proclamación de los derechos recogida en los mismos puede verse mediatizada por la adopción por los propios Estados de determinadas medidas restrictivas en el ejercicio de derechos. Así se recoge en diversos instrumentos internacionales la facultad de los Estados para establecer limitaciones al ejercicio de derechos, cuando estén previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en aquellos instrumentos internacionales [326]. En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos podemos recordar como, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avanzado un "test", que también ha tenido reflejo en nuestra jurisprudencia constitucional, para precisar qué limitaciones a los derechos fundamentales serían compatibles con el Convenio siempre que respondan a unos criterios preestablecidos. Es necesario que las limitaciones a los derechos estén previamente establecidas en la norma de rango adecuado para su regulación, con notoria publicidad de su alcance. Las limitaciones a los derechos deben resultar necesarias para la defensa del derecho afectado en una sociedad democrática. Al respecto conviene recordar que para este Tribunal se entiende la oportunidad como criterio de justificación suficiente para la obtención de finalidades legítimas, lo que constituye una limitación a la discrecionalidad del Estado a la hora de imponer ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos. En suma, la limitación a los derechos debe estar presidida por la proporcionalidad entre el fin legítimamente perseguido con dicha limitación y las causas que lo determinaron[327]. Cuestiones estas que a

[326] En este sentido la Declaración de la ONU (art. 29.2) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 21.2), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 11.2); en la misma línea antes apuntada, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé, en cuanto al alcance de los derechos en ella garantizados, que "sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art. 52.2).

[327] La interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al término necesario dista de equipararse a "indispensable", debiendo adoptarse previamente por el Estado un juicio sobre la "necesidad imperiosa" de dicha limitación. En este sentido Freixes Sanjuán, T., "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo

nuestro entender no han sido suficientemente ponderadas por el legislador en la Ley Orgánica 8/2000.

No obstante, como ha señalado Aragón Reyes, de la lectura de la jurisprudencia constitucional como de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe deducir que el reconocimiento de derechos se efectúa para los extranjeros que se encuentran de forma regular en el Estado lo que genera una indeterminación amplia respecto de la titularidad de derechos de los extranjeros irregulares a los que no cabe en rotundo negar su titularidad[328], razón por la que entendemos imprescindible abordar la configuración del estatuto jurídico de los extranjeros irregulares.

La tutela cautelar

De otra parte, diversos son los preceptos de la nueva regulación de la extranjería sobre los que se pueden plantear algunas consideraciones, más allá de los términos exactos en los que han sido formulados los recursos de inconstitucionalidad, que pueden propiciar desde la estricta aplicación literal de sus términos, la indefensión del extranjero que, bien por encontrarse de modo irregular en nuestro país, o bien en la frontera, puede sufrir un claro debilitamiento del control judicial sobre actos administrativos de los que son destinatarios que pueden tener gravosas consecuencias para el extranjero. No hablamos ya de las garantías de acceso al recurso judicial contra la resolución administrativa emanada en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración en materia de extranjería, cuanto de las condiciones reales en las que se puede ejercitar con eficacia este derecho. Es evidente que nos encontramos ante un ámbito, la extranjería, en el que las actuaciones administrativas deben sujetarse al control judicial, en especial de aquellos procedimientos administrativos sancionatorios que pueden conllevar la expulsión del territorio nacional o la limitación de la libertad ambulatoria para el extranjero que se encuentra en una situación irregular [329]. Por ello, entendemos imprescindible conectar la tutela judicial efectiva con el derecho a la tutela cautelar a través, en su caso, de la adopción de medidas cautelares de carácter provisional orientadas a garantizar la situación del extranjero que carece de permiso de residencia o estancia, en tanto recae una resolución judicial definitiva. En efecto, de diversos preceptos de esta norma, en los que la posición jurídica del extranjero irregular puede quedar debilitada si no opera aquélla, se deriva a nuestro entender la relevancia que adquiere la tutela cautelar.

---

exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* núm. 11/12, Valencia, 1995.

[328] Aragón Reyes, M., Op. cit., pág. 14.

[329] Es ilegal detener e internar a inmigrantes interceptados en pateras, si las autoridades no pueden devolverlos en el plazo de 72 horas deben ser puestos en libertad, como se deriva claramente del Auto del Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Algeciras de 31 de agosto 2001 acordado en las Diligencias Previas núm. 1.708/01 respecto de la no procedencia de medidas de internamiento en el Centro de Internamiento de Málaga, ya que "la medida de internamiento por los supuestos de devolución por entrada ilegal en el país al amparo del art. 58-2b) no se encuentra prevista en la Ley Orgánica.".

Entre otros supuestos previstos en la Ley Orgánica 8/2000 recogemos aquí la ejecución preferente de la orden de expulsión (arts. 21.2[330] y 63.4). El elemento central de los procedimientos de expulsión administrativa, más allá de su ejecutividad inmediata, no es otro que la viabilidad de un control de legalidad por parte de los órganos jurisdiccionales vía recurso del afectado que, en su caso, pueda conllevar la suspensión de la misma.

Determinadas limitaciones a la libertad y el subsiguiente control jurisdiccional de la detención, como medida para asegurar los procedimientos de retorno (arts. 60.1) y de expulsión nos suscitan igualmente dudas sobre su constitucionalidad. En los procedimientos de retorno parece evidente que los extranjeros incursos en este precepto están privados del derecho de libertad, pero la norma sólo hace referencia a la comunicación de la autoridad gubernativa que acuerde el retorno al Juez de Instrucción cuando el retorno "fuera a retrasarse más de setenta y dos horas", a los efectos de que por el Juzgado de Instrucción se "determine el lugar donde hayan de ser internados". Cabe pensar en las dependencias policiales en frontera como posible ubicación concreta de estos "lugares de internamiento", cuestión esta que vuelve a plantear algún problema en torno a la constitucionalidad de estos supuestos de limitación de la libertad. En el segundo supuesto se preve como medida cautelar "la detención cautelar y el internamiento preventivo" ya que la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente "que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador" (art. 62.1). En este precepto se omite la exigencia constitucional de la puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas en clara contradicción con el carácter restringido que la jurisprudencia constitucional ha dado a la interpretación del artículo 17 CE[331].

La situación de los solicitantes de asilo y la limitación de acceso a los tribunales cuando están incursos en procedimientos de devolución o retorno (art. 58.3 y 60), así como respecto de cuando formulada la petición de asilo ésta sea inadmitida a trámite por corresponder a otro Estado su examen (art. 63.4) constituyen novedades restrictivas respecto de la posición jurídica del solicitante de asilo contenidas en la Ley 9/1994 reguladora del derecho de asilo y refugio. En términos generales, creemos que con esta regulación existe un riesgo real de denegación de la tutela judicial efectiva para el peticionario de asilo que se produce con la previsión del legislador de que inadmitida a trámite dicha petición, se ejecute inmediatamente la expulsión o el retorno. La adopción de la orden de devolución y su ejecución inmediata podrían generan indefensión por la imposibilidad real de preparar la defensa

[330] "El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente"(art. 21.2) a excepción de la ejecución de la orden de expulsión en el procedimiento preferente que "se efectuará de forma inmediata"(art. 63.4).

[331] "El internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, (...) lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de la libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial" (STC 115/1987).

e interponer recurso contencioso-administrativo contra la no admisión a trámite de la citada solicitud de asilo.

La regulación contenida en estos preceptos plantean un indudable debilitamiento de la eficacia del control judicial de las actuaciones administrativas previas, especialmente cuando conllevan privación de libertad ambulatoria del extranjero, que pudieran desdibujar la eficacia de la tutela judicial efectiva, e incluso generar supuestos de indefensión[332]. Es por ello que queremos insistir en la necesidad de concretar, más allá de la posible resolución de los recursos por el Tribunal Constitucional, la relevancia que en materia de extranjería cobra el carácter "instrumental y provisional de las medidas cautelares" (STC 148/1993), que tienen necesariamente una vigencia temporal, pero que pueden operar en garantía de los afectados, en orden al aseguramiento de la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (STC 14/1992). La cuestión que debe plantearse no es otra que el necesario equilibrio, de un lado, entre el privilegio de autotutela y la ejecutividad de los actos de la Administración y, de otro, la justicia cautelar como clara derivación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto de los principios de autotutela de la Administración y la ejecutividad de sus actos, baste recordar como el primero no resulta contrario a la Constitución, ya que se conecta con el principio de eficacia de ésta (art. 103 CE); del segundo, que la ejecutividad de sus actos tampoco resulta incompatible con el art. 24.1 CE (STC 66/1984). Sin embargo, ha sido declarada la inconstitucionalidad de las normas que "impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración (SSTC 238/1992 y 115/1987).

La tutela cautelar no es sino una derivación lógica del derecho de tutela judicial efectiva que se concreta en la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La trascendencia de esta tutela cautelar ha sido destacada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Factortame, Zuckerfabrik) y ha tenido su recepción en la jurisprudencia constitucional[333] como en la doctrina [334]. Pero la justificación de dicha tutela cautelar también dimana del Estado de Derecho, en la medida en que se posibilita "la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa" que se contiene en el artículo 106 CE y, por tanto, "comporta que el control judicial se extienda al carácter inmediatamente ejecutivo" de los actos de la Administración (STC 238/1992). Además, "los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son

[332] Recuérdese que respecto de la intervención judicial para decretar el internamiento previsto en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, señaló el Tribunal Constitucional que "si bien en el procedimiento de expulsión la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma" (STC 144/1990).

[333] "El principio constitucional de efectividad de la tutela judicial ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del mismo" (STC 148/1993).

[334] García de Enterría, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid 1995.

relevantes" a tenor del artículo 24.1 CE, siempre que impidan u obstaculicen la efectividad de la tutela judicial o conlleven "la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzguen irreparablemente la decisión final del proceso" (STC 237/1991). Esta doctrina constitucional se podría resumir afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva "se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida" al control del órgano jurisdiccional, que podrá acordar la suspensión cuando de la resolución final estimatoria del recurso se pudieran derivar "difíciles fórmulas reintegrativas", generando situaciones irreversibles o limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción. En caso contrario, se podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/1993) cuando la norma estableciese que "en ningún caso puede acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad" con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985 cuya inconstitucionalidad fue apreciada por el Tribunal Constitucional en la STC 115/1987.

Estas consideraciones deben completarse con el nuevo tratamiento de la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas contenido en el artículo 130 Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se acude a la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", para acordar la medida cautelar "cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". La ponderación en "forma circunstanciada" permitirá, a juicio del órgano jurisdiccional, denegar la medida cautelar propuesta cuando de dicha suspensión "pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

IV.- CONCLUSIONES

La cuestión a discernir no es exclusivamente la relativa a la adecuación constitucional de aquellos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, que niegan a los extranjeros, en situación irregular, el ejercicio de derechos constitucionalizados, sino más bien la oportunidad de concretar un estatuto jurídico del extranjero que se encuentra en situación irregular en el territorio de nuestro Estado. Para el Tribunal Constitucional la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental "ha de hacerse considerando la Constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás" (STC 5/1983). Es en este punto en el que el texto de la Ley Orgánica 8/2000 puede entrar en contradicción con nuestra Carta Magna, toda vez que si hablamos de derechos constitucionalizados, su reconocimiento debe posibilitar su ejercicio, con condiciones en su caso, pero su ejercicio a todas las personas sin que pueda el legislador impedir a través de determinados condicionantes como la autorización administrativa, el ejercicio de estos derechos a un colectivo prefigurado a priori. En suma, es la autorización administrativa (permiso de estancia o residencia) la decisión discrecional de la

administración sin suficiente sujeción a control de los órganos jurisdiccionales, la que va a determinar el ejercicio en su caso de un derecho fundamental o la negación de su ejercicio pese a su reconocimiento en la propia Constitución y en los tratados internacionales. Sin embargo, no debemos olvidar que incluso en cuestiones vinculadas a la soberanía de los Estados como el control fronterizo, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda amplia, pero no es en modo alguno absoluta (STC 94/1993). No nos parece que desde la perspectiva de la proporcionalidad esté objetivamente justificada la exigencia de regularidad administrativa para ejercer derechos constitucionalizados que se encuentran en estrecha conexión con la libertad de expresión, como sucede con los derechos de reunión y manifestación, pues la relación es de tal intensidad que cualquier restricción colectiva de su ejercicio impediría la exteriorización de dicha libertad expresamente reconocida por el Alto Tribunal a todas las personas.

Por otra parte, las limitaciones derivadas de la condición de extranjero en situación de irregularidad introducidas en diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 para acceder a todas las garantías derivadas de la efectividad de la tutela judicial así como al control judicial efectivo sobre resoluciones administrativas, en su caso limitativas del derecho ambulatorio, pueden estar en contradicción con la proclamación constitucional de que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela" de los tribunales y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre su titularidad. Puesto que como ha señalado Pérez Tremps, la interpretación de los límites de los derechos fundamentales "debe superar un juicio de congruencia y proporcionalidad", a fin de que los limites al derecho fundamental no sólo tengan fundamento constitucional sino que también "responda a una relación de correspondencia entre la medida restrictiva, el bien a proteger y el derecho que se pretende limitar"[335]. Esta correspondencia faltaría en la medida en que no se aprecia claramente, ya que la limitación de los derechos fundamentales "ha de venir objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores constitucionales"[336]. La relevancia de los derechos que analizamos deriva de su relación con la dignidad de la persona y de la "imprescindibilidad" de los mismos en un sistema democrático de personas que se encuentran en una marcada situación de debilidad, marginalidad y desprotección. Son, en efecto, la proyección inmediata y positiva de la dignidad de la persona y "las posibilidades de desarrollo de la misma dependen de su reconocimiento y ejercicio"[337]. Es en este contexto en el que se ha afirmado que la vinculación de los poderes a los derechos fundamentales supone no sólo "una obligación (negativa) del Estado de

[335] Pérez Tremps, P., Op. cit. pág. 127.
[336] Aguiar de Luque, L., "Los límites de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 14, 1993, pág. 21.
[337] Solozábal Echevarría, J.J., "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 58 (II), pág. 50.

abstenerse de injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos"[338].

En última instancia, la futura resolución de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 permitirá al Tribunal Constitucional concretar el alcance de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros en situación irregular en nuestro país así como el acomodo constitucional de las limitaciones legales que se contienen en la citada norma. Ahora bien, el debate que se propone no debe girar tanto sobre la constitucionalidad o no de la Ley Orgánica 8/2000 cuanto sobre la operatividad de esta Ley y de su reglamento de desarrollo para dar adecuada respuesta al reto que supone el creciente fenómeno migratorio al que asistimos.

[338] Hesse, K., Op. cit., pág 114 .

LA INCIDENCIA DE LOS VALORES EN EL CONCEPTO Y MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: EXAMEN DEL VALOR JUSTICIA*

Jorge Lozano Miralles
Universidad de Jaén

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El valor justicia: antecedentes; doctrina; jurisprudencia: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo; recepción en otros textos normativos. III.- Conclusiones. IV.-Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende ofrecer una visión del papel que el valor 'justicia' tiene en el ordenamiento jurídico español a través de su interpretación doctrinal y, muy principalmente, a través de su utilización y proyección por parte de los órganos jurisdiccionales. Dentro de estos con especial atención a la jurisdicción constitucional. También veremos la recepción del valor justicia en los textos legales.

El trabajo tiene como finalidad examinar la operatividad, la aplicabilidad y la efectividad que juegan los valores y los principios en nuestro ordenamiento jurídico, tarea de creciente interés por la formación de un patrimonio jurídico común europeo, cuya integración se está llevando a cabo sobre esa base que se resume en la expresión "patrimonio común de los Estados miembros" utilizada, como es sabido, por el TJCE. La razón de centrar nuestro estudio en el valor justicia se debe a que este es el más 'ignorado' de los cuatro valores que refleja el apartado primero del artículo primero de la Constitución. Las razones pueden ser múltiples, pero sin lugar a dudas pueden converger en la enorme amplitud y subjetividad que el concepto justicia acarrea: legitimidad, equilibrio, imparcialidad, objetividad, poder del estado, servicio público, etc. Aunque el valor justicia no era uno de los valores originales del Estado de Derecho decimonónico, no es menos cierto que las notas que caracterizan a éste, son notas que, precisamente, tienen que ver con el valor justicia: nos referimos al imperio de la ley, al reconocimiento de los derechos y, muy especialmente, a su garantía. Es en

* El presente artículo tiene su origen en el trabajo que con el titulo "Lo stato di diritto come stato garantista: il valore giustizia e il principio-diritto della tutela giudiziaria efettiva" realicé en el ámbito de un proyecto internacional I+D financiado por el CNR (Centro Nazionale per la Ricerca, dependiente del Ministerio de Educación italiano) y cuyo coordinador general es el profesor Michele Scudiero de la Universidad de Federico II de Nápoles y el sectorial para España el profesor Silvio Gambino de la Universidad de Calabria y cuya finalidad es la determinación en los paises miembros de la Unión Europea de los principios y derechos comunes como base para la elaboración de la futura Constitución europea. Por la parte española participamos un grupo de profesores y amigos (Gerardo Ruiz-Rico, Roberto Blanco, Roberto Viciano, Juan Fernando López Aguilar, Pablo Pérez Tremps, Nicolás Pérez Sola, Claudia Storini, Alberto Anguita)que presentamos los resultados de los distintos apartados en un Seminario en Cosenza (Italia) en el mes de mayo de 2001. Aunque la perspectiva valorativa me había llamado la atención desde siempre, ha sido a raíz del estudio llevado a cabo para el citado proyecto que me he decidido a escribir estas lineas que entiendo pueden ser útiles para la concepción y entendimiento del Derecho Constitucional.

relación con estas notas donde el valor justicia adquiere una dimensión de mayor relevancia.

El valor justicia es, creo, el valor que tiene un mayor peso o relevancia en el Estado de Derecho actual, que es un Estado de derecho garantista. La introducción de los valores introduce modificaciones importantes en un concepto normativo y positivista de la Constitución, pues supone la convergencia de las dos corrientes más importantes y de mayor influencia en nuestro pensamiento: el iusnaturalismo y el positivismo. Aceptar el iusnaturalismo supone ir más allá de la legalidad y la introducción de elementos de decisión que están fuera del ordenamiento jurídico plasmado en las normas. Obviamente, ya lo anticipamos, nuestra postura no es la de admitir, sin paliativos, la entrada en los procesos de aplicación del ordenamiento de cualquier concepto externo, pero sí la de que los valores (y los principios) han de influir en todo el proceso interpretativo. El límite a esa interpretación es la seguridad jurídica, que es un freno importante y bastante nítido en la posibilidad de introducir argumentos que lleven a resultados distintos o contrarios a los previstos en el ordenamiento jurídico. En nuestra opinión ello supondría caer en la arbitrariedad, que es otro límite importante y nítido a la hora de utilizar los valores como argumento interpretativo.

Para esta tarea examinaremos el valor justicia desde tres vertientes: la doctrinal (que es la que permite un desarrollo de los valores), la jurisprudencial (que es la que demuestra su utilización concreta de los mismos; dentro de ésta distinguiremos entre jurisprudencia constitucional y ordinaria) y la normativa (que supone la plasmación en la norma de esos valores). Por último, terminaremos con unas conclusiones relativas al reto que supone la aceptación de la perspectiva axiológica en el método y en el concepto del derecho constitucional.

2. EL VALOR JUSTICIA

2.1. Antecedentes constituyentes.

La justicia es uno de los cuatro valores que el art. 1.1 CE propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico. La introducción de los valores como categoría jurídica normativizada constituye una novedad en el constitucionalismo español, si bien hay que señalar que otros textos constitucionales ya habían realizado referencias axiológicas [339].

[339] Así, la Constitución progresista de 1869 establecía en su Preámbulo que "La nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la *justicia*, la libertad y la seguridad y proveer al bien común de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución ...". Por su parte, el proyecto de la Constitución de la I República española de 1873 también citaba en su preámbulo a la libertad y a la justicia: "La nación española, reunida en Cortes Constituyentes, deseando asegurar la libertad, cumplir la *justicia* y realizar el fin humano a que está llamada la civilización, decreta y sanciona el siguiente código fundamental ...". Y, por último, el texto de la Constitución de la II República, esta vez en su art. 1, establecía que "España es una República de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y *justicia*". *Como puede observarse las tres constituciones que hacen referencias valorativas a los valores que la CE de 1978 refleja en su artículo primero son de signo progresista y que en los dos primeros ejemplos, al*

Para Santamaría Ibeas (1997;24) la inclusión de la referencia axiológica en el art. 1.1 no fue casual, es decir, no fue fruto del azar [340], aunque ello tampoco significa que pueda ser considerada con un contenido predeterminado fruto de una voluntad decidida.

De la lectura de los debates constituyentes se deduce también que la referencia a los valores superiores, su concreción, su distinción respecto de los principios, la vinculación respecto del ordenamiento quedaron establecidos sin un criterio u orientación determinado, pues podían haber quedado de otra manera, ya que el resultado final dependió en buena parte de unas especiales condiciones históricas fruto del consenso [341].

Sintetizados los antecedentes constitucionales y constituyentes relativos a los valores superiores, corresponde ahora, determinar el contenido que la doctrina atribuye al valor justicia, sobre el cual no hay unanimidad.

2.2. El contenido del valor justicia (perspectiva doctrinal).

Para Santamaría Ibeas (1997; 240; y a quien seguimos básicamente) el valor justicia, a diferencia de los otros valores del art. 1.1, se trata de un valor 'puro', en el sentido de que no tiene un desarrollo normativo específico en otros preceptos constitucionales, ya sea en forma de principios o de derechos y libertades (a diferencia, por ejemplo, del valor igualdad o libertad).

La justicia no es un valor nuevo (como tampoco lo es la libertad o la igualdad o el pluralismo), es un concepto clásico. Interesa destacar que de entre esos conceptos clásicos, la justicia se erige en el valor indispensable respecto de cualquier ordenamiento que pretenda tener reconocida una cierta legitimidad. El valor justicia alude o nos lleva a la idea de la legitimidad del ordenamiento. Como ha señalado Fernández García (1996;113) "*la idea de justicia sirve de componente esencial de la legitimidad (justificación) de*

---

margen de su escaso valor jurídico (y, por supuesto, su escasa vigencia –la de 1873 quedó en eso, en un proyecto-), la referencia axiológica se refleja en el preámbulo. Es la Constitución de 1931 la única que lo refleja dentro de su articulado. En relación con esta última, también hay que destacar que introduce la justicia constitucional a través del denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. En los tres textos la *justicia* es un concepto que se utiliza como fundamento de la organización política del Estado, sin embargo es el de 1931 el que tiene una mayor semejanza, tanto formal como materialmente con la vigente Constitución.

[340] En el proyecto que fue redactado por la Ponencia ya se debatió el tema de la inclusión de los valores: el Grupo Socialista, a través de Gregorio Peces-Barba, propuso el siguiente texto "*España se constituye como Estado democrático de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia en la libertad y la igualdad*"; por su parte el representante de la minoría vasco-catalana propuso una redacción muy semejante a la actual: "*España se constituye en un Estado democrático y social de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto al pluralismo político*". Hay que señalar, sin embargo, que en el borrador que se sometió a enmiendas no figuraba tal referencia axiológica, que se incorporaría más tarde.

[341] Entendido el consenso como señala Herrero de Miñon, es decir, como una unión de voluntades y no como una transacción.

cualquier sistema político" [342]. Sin embargo, aunque la legitimidad es una de las proyecciones del concepto justicia, no son términos equivalentes, pues como bien apunta Elías Díaz García (1989;41): "*Caben pues un Derecho y un Estado que, por reunir ciertas condiciones democráticas posean, y así se les reconozca, suficiente legitimidad o legitimidad sin más, y que sin embargo no por ello sus concretas determinaciones y decisiones (todas o algunas) deban ya considerarse sin más justas. En el lenguaje común hay mucha menor resistencia a decir y reconocer que un Estado o un Derecho son legítimos, que a atribuirles sin más el calificativo de justos. Legitimidad y justicia, ambas dimensiones valorativas, racionales e históricas, no son –vemos- exigencias del todo coincidentes"*.

En la doctrina española, en relación con el valor justicia del art. 1.1 CE, se pueden encontrar tres posturas:

a) La 'justicia' define el ordenamiento jurídico conforme a una perspectiva valorativa (axiológica) o deontológica, por lo que está articulando una visión iusnaturalista del ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, el contenido concreto del valor justicia (y el de los otros tres valores reconocidos en el art. 1.1) habría que buscarlo fuera del ordenamiento constitucional, pues la respuesta se encuentra en el Derecho Natural. Supone abrir la puerta al campo a la filosofía.

b) La definición que el art. 1.1 CE hace del ordenamiento jurídico español es avalorativa o ontológica, y el concepto 'justicia' queda reducido así a adjetivar –pero sin dar contenido- al ordenamiento jurídico. Se trataría de un recurso retórico, de la plasmación de una determinada 'estética' jurídica, negando por tanto, la introducción por el constituyente de una determinada 'ética' jurídica. Esta perspectiva, es evidente, se mueve en el ámbito del iuspositivismo. Sería la postura que mantiene el prof. Rubio Llorente (1991;684).

c) La tercera posición sería la intermedia entre las dos anteriores: el art. 1.1 CE ha cristalizado un genérico y abstracto Derecho Natural (iusnaturalismo) dotándole de la fuerza superior propia de la Constitución (iuspositivismo). Sería la postura que mantiene el prof. Peces-Barba (1984;36)

En cuanto al contenido o a los conceptos con los que tradicionalmente se ha identificado el valor justicia son numerosos:

a) Algunos tienen un carácter casi exclusivamente político, como seria la identificación con el concepto de democracia o pluralismo político, con el modo de organizar las relaciones entre el poder y el Derecho.

b) Otros tienen un marcado carácter jurídico, como es la identificación con el concepto de igualdad (igualdad formal y, también, material).

c) También se ha producido, en los últimos años, una especie de mixtura de todo ello, identificándose la justicia con los derechos humanos. En este último sentido interesa destacar que la justicia se identifica, no solo con el

[342] En sentido similar Javier Jiménez Campo (1983; 79) en referencia a la igualdad pero en clara conexión con los otros tres valores del art. 1.1: "*carece de efectos jurídicos inmediatos, debiendo entenderse ... más como pauta de legitimación del orden jurídico en su conjunto que como parámetro de la legitimidad constitucional*".

reconocimiento de unos derechos, sino con la efectiva garantía de los mismos. Desde esta óptica se tiende a confundir justicia con 'canon de legitimidad' del ordenamiento, es decir, entiende que un Estado (ordenamiento jurídico) no es justo cuando no reconoce derechos fundamentales ni, en segundo lugar, cuando no determine un eficaz procedimiento de protección de los mismos.

d) La justicia también ha sido identificada con la seguridad jurídica o la legalidad, entendiendo así la justicia en un plano meramente formal.

Creemos muy acertada la 'metodología' que sugiere Garrorena Morales (1997;31-33) en la determinación del contenido de los valores, es decir, en la determinación de su alcance y significado. En su opinión, debe imponerse la prudencia: en cuanto enunciados ideales, los valores padecen de un grado considerable de generalidad, lo que invita (y obliga) a precisar su contenido. Los intentos que hasta ahora se han realizado en la doctrina para encerrar definiciones o esquemas muy acabados de esos altos objetivos están equivocados –sigue diciendo Garrorena- pues, por una parte es un atrevimiento el pretender compendiar ideas que llenan siglos de vida y de historia; y, por otra, es una tarea inconveniente, ya que concretar esos valores es 'recortarlos', es poner fronteras a su inmensa y, tal vez, ni aún intuida potencialidad de futuro. Puede ser cierto pues, que en su misma generalidad se encuentra tal vez la mejor de sus virtudes y aceptar que en ella se alberga todo su potencial de concreción singular posterior.

La justicia (junto con el 'pluralismo') es uno de los valores que más suspicacias ha levantado. Así para Aragón Reyes el valor justicia es tan solo una condición del ED, falta por tanto de la materialidad (esto es, de la solidez de fin en si mismo y no para otros) propia de los valores. Sin embargo, para Garrorena (1997;31) no está claro que el valor justicia posea una condición procedimental o adjetiva sin sustantividad propia. La justicia expresa un presupuesto radical, último, del vivir común. Justicia es un valor primerísimo de armonía entre correlaciones sociales cuya condición sustantiva no parece posible desconocer. Si acaso, su peculiaridad consistiría en ser anterior a los demás valores y abarcarlos. Su positivación es la que, a la postre y como argumento de peso, debe inclinar la balanza a su reconocimiento como valor con contenido material y propio.

Para Parejo Alfonso, (1995;6815-16) la justicia tiene una naturaleza específica, que si bien tiene en común con los restantes valores superiores su carácter formal, se distingue de ellos en su mayor abstracción y, por tanto, amplitud; su condición, en este sentido y dada su juridicidad, de fin último del Derecho, lo que equivale a decir valor de valores.

Esta peculiaridad impide su consideración como elemento de la relación dialéctica entre poder y ordenamiento, pues se identifica con su resultado, su síntesis: el Estado (Derecho), que es el Estado (Derecho) justo. Quiere decirse, pues, que en el art. 1.1. CE la justicia no puede reducirse al juego propio de los restantes elementos definitorios parcialmente (cada uno de ellos) del Estado, pues pretende abarcar éste en su totalidad. Se corresponde no con dichos elementos, sino con las expresiones 'España' y

‘Estado’, viniendo a ser la vertiente o dimensión formal de la clave del sistema axiológico material expresada en el art. 10.1 CE. Lo que en éste se traduce, sustantivamente, en sociedad bien ordenada desde la idea del personalismo social, aparece en el concepto ‘justicia’ del art. 1.1. como sociedad y Estado justos. Así lo entiende también el TC, para quien la justicia escapa, en efecto, de la correlación de notas del Estado y valores superiores del ordenamiento (SSTC 124/1984 y 27/1981).

2.3. La ‘justicia’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Para comprender o explicar mejor la jurisprudencia del TC en relación con la justicia es conveniente hacer un análisis estructurado en bloques, si bien las nociones o ideas que iremos desgranando no forman un bloque estanco o compacto. En otras palabras, las diferenciaciones o proyecciones a las que vamos a aludir lo son a efectos teóricos, pues todas ellas mantienen una fuerte o estrecha interconexión.

a) Sentencias que utilizan el concepto justicia en su dimensión formal y en su dimensión material. Ambas perspectivas han sido utilizadas por el TC, en función del caso a resolver y de la argumentación que viniera realizando el Tribunal en el momento de elaborar su concreta resolución. Es preciso tener en cuenta que cuando el TC utiliza los valores del art. 1.1 CE –en nuestro caso el valor justicia-, el propio Tribunal afirma encontrarse ante algo que cabe calificar de ‘tensión interpretativa’ al hallarse positivados en el texto constitucional conceptos o categorías jurídicas ‘bifrontes’ [343], que provocan que en los casos en los que éstas deben ser aplicadas no pueda optarse por una u otra, sino que haya de hacerse una interpretación ‘integradora’ [344].

a1) Desde una *perspectiva formal* la justicia se identifica con el procedimiento conforme al cual se hace efectiva la intervención activa del ordenamiento en las relaciones que éste está llamado a regular. La justicia es un procedimiento formal que obliga a respetar ciertas reglas en el actuar de los poderes públicos (principio de no arbitrariedad, igualdad, legalidad). La justicia es entendida como un criterio formal de organización y funcionamiento práctico en general de los poderes públicos y en concreto de los órganos jurisdiccionales. Esta perspectiva se encuentra dentro del ámbito del iuspositivismo, según la cual una norma o una resolución que resuelve un caso concreto es justa si se adecua a la norma aplicable. Sin embargo, ese concepto de justicia formal típico del positivismo se entremezcla, en

[343] Un claro ejemplo de esta tensión es la STC 63/82, en donde se resuelve un recurso de amparo en el cual el problema se plantea porque los hechos que se recurren eran perfectamente legítimos con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, pero no así después: “*Dos principios contrapuestos llevan a dar a esta cuestión respuestas rigurosamente excluyentes .... Una solución exclusivamente inspirada en el primer principio* –justicia formal entendida como seguridad jurídica- *llevaría claramente a la desestimación del presente recurso, en tanto que llevaría a estimarlo la que sólo tomara en consideración el segundo”* –justicia material entendida como contenido de los derechos fundamentales-.

[344] Esta técnica, en cuyo origen se encuentra la *jurisprudencia de intereses*, es la que la doctrina constitucional norteamericana ha calificado de *balancing*. En España de ‘contrapeso de valores’ (Santamaría Ibeas, 1997;262, nota 61).

ocasiones, con un contenido valorativo (y, por tanto, material), como por ejemplo, cuando se utilizan los derechos fundamentales como criterio o canon de la justicia o cuando se identifica con la igualdad. La 'tensión' que se produce entre justicia formal y material ha sido resuelta así en ocasiones primando a la primera o a la segunda y, en ocasiones optando por una interpretación integradora conforme a la cual ninguna de las dos queda realizada plenamente, pero tampoco inaplicada. En todo caso el Tribunal ha inclinado más la balanza hacia la justicia formal antes que a la material.
También importa destacar que en esa preferencia a la hora de optar por una u otra proyección, ha pesado en el Tribunal la idea de la garantía efectiva de los derechos fundamentales.
La perspectiva formal, según la cual es justo aquello que cumple con el ordenamiento jurídico lleva a la idea de la legitimación, pues se produce una concatenación legitimadora consistente en que la norma es justa pues emana o proviene de quien está legitimado para emanarla.
a2) La *justicia material* hace referencia al *contenido* del ordenamiento que se aplica conforme a las reglas que dan sentido a la justicia formal. La justicia material tiene, así, un contenido necesariamente valorativo, pues determina cuáles son los fines y objetivos que el ordenamiento persigue, precisamente, a través de la regulación de las relaciones jurídicas que desarrolla. La justicia es un criterio material que informa el contenido del ordenamiento (principio de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la pena a imponer). La justicia como criterio material de determinación del contenido del ordenamiento (y, por tanto, de determinación potencial de las decisiones de los órganos jurisdiccionales).
b) Sentencias en las que la justicia se identifica o se apoya para darle contenido en otros principios, como la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad o los derechos fundamentales.
c) Sentencias en las que la referencia al valor justicia es utilizada tan solo como un adorno retórico y, por tanto, sin valor o peso alguno.
d) Sentencias en las que se hace una definición, o mejor dicho, una aproximación a la definición del concepto justicia, es decir, se hace referencia expresa al contenido del valor justicia.
e) Sentencias que hacen referencia al carácter normativo del valor justicia.

2.4. La 'justicia' en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La utilización del valor justicia por el Tribunal Supremo ha sido más bien escasa o, al menos, la información que hemos obtenido no ha sido muy abundante [345]. De la Sala de lo Social sólo hemos encontrado una

[345] Para este fin se ha utilizado la Base de Datos *El Derecho* en el periodo comprendido entre 1980 y el año 2000, realizándose la búsqueda mediante los siguientes parámetros combinados: "art.1.1 CE" + "valor, justicia". También es significativo de su escaso uso que el clasificador tipo "browser" no contiene ninguna voz relativa a: "valores constitucionales", "principios constitucionales" o "Constitución", que sin embargo son voces que sí figuran en clasificador "browser" de jurisprudencia constitucional de la misma base de datos. Este dato es significativo de la distinta utilización de los valores constitucionales por parte de la jurisprudencia ordinaria y de la constitucional. Exceptuando la

referencia, la sentencia de 29-05-1995 (rec. 2820/94), que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con la eficacia de la cosa juzgada material y formal, lo que, para seguir con la distinción seguida con la jurisprudencia del TC, estaríamos ante los conceptos de justicia formal y material, decantándose por la utilización del valor justicia en su vertiente material [346].

En el orden contencioso administrativo, la doctrina de la Sala Tercera del TS no es, al igual que sucede en la jurisdicción constitucional, homogénea, es decir, encontramos pronunciamientos distintos.

a) En la sentencia de 13-05-1999 (rec. 636/1996) parece decantarse por una solución integradora del valor justicia en su vertiente formal y material, partiendo del orden valorativo interpretado de acuerdo con la jurisprudencia del TC [347].

b) En la sentencia de 7-07-1997 (rec. 8582/1991) la utilización del valor justicia se hace de forma retórica y, en todo caso, decantándose por su vertiente formal, al hacerlo coincidir con el concepto de seguridad jurídica. Al igual que hacía el TC, el TS 'confunde' el valor justicia con otros conceptos [348].

c) El TS también ha considerado que el art. 1.1 CE tiene valor normativo, lo que se desprende claramente de la sentencia de 3-03-1995 (rec. 1227/93) al permitir la utilización del art. 1.1 CE como fundamento normativo para la casación ordinaria [349]. En sentido similar de la sentencia de 19-04-1999 (rec.

Sala Quinta (militar), que no ha sido objeto de búsqueda, de las otras cuatro sólo hemos encontrado referencias relativas a la justicia en los ordenes jurisdiccionales Penal, Contencioso-administrativo y Social. Es decir, en la jurisdicción civil no hemos encontrado ni una sola referencia.

[346]En su Fundamento Jurídico Tercero, y como premisa a la resolución del recurso, la Sala señala que "*no se puede hacer una interpretación excesivamente rigorista de las normas -que tienen su fundamento y justificación en el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, como es el artículo 1252 del Código Civil que regula la presunción de cosa juzgada- de tal forma que resulte incomprensible a los destinatarios de lajusticia, por ser incompatible con los mas elementales principios de la lógica y del sentir común de la ciudadanía. Menos aún se puede actuar así en el orden social de la jurisdicción, cuando precisamente el designio histórico del proceso laboral ha sido desde principios del siglo XX el apartarse del excesivo rigor técnico empleado en los juicios civiles que, en muchas ocasiones, defraudaba la aspiración de trabajadores y empresarios de obtener soluciones acordes con la justicia material en una concepción sencilla rápida y eficaz*."

[347]En su FJ 4º se señala "*que nuestro Derecho Positivo, después de la Constitución, da prevalencia a la jurisdicción penal, en el supuesto de que del expediente administrativo sancionador pudiera derivarse alguna conducta que sea constitutiva de delito o falta penal. Como eso mismo es lo que hace la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, en su artículo 96, una recta interpretación de la norma legal y de la regla jurídica* non bis in idem*, debe llevar, a fin de respetar el valor superior justicia (art. 1.1 CE), a declarar la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros impugnado. (...) De esta manera, se respeta nuestro derecho positivo y el criterio jurisprudencial permisivo del principio* non bis in idem *...".*

[348]En el FJ 4º se dice "*la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (artículo 1 de la Constitución)*".

[349]Alegado el art. 1.1 como fundamento de la casación, el TS entra a resolverlo, señalando en el FJ 3º que "n*o hay, por tanto, infracción alguna del valor de la Justicia a que se hace referencia en el Preámbulo y en el artículo 1 de la Constitución*".

239/1996), si bien en este caso no llega a hacer un pronunciamiento expreso sobre el tema [350].

d) La única sentencia en la que se utiliza el valor justicia en su vertiente material es la de 28-05-1984, en la que para determinar la imputación de responsabilidad a un Ayuntamiento, el valor justicia sirve de apoyo para "levantar el velo" de la sociedad anónima y buscar al auténtico responsable [351].

La jurisdicción que más ha utilizado la referencia axiológica del art. 1.1 CE ha sido la penal. Precisamente en relación con el principio de proporcionalidad de la pena (como consecuencia de la considerable intensificación del rigor penal sufrido por el delito de tráfico de drogas previsto por el nuevo Código Penal de 1995) que, como ya hemos visto con la jurisprudencia constitucional, es también donde en más ocasiones –o con más contundencia- se ha pronunciado. En todo caso, a pesar de reconocer que dicho principio es deducible, entre otras razones, del art. 1.1 CE, el TS no suele casar las sentencias por esa razón [352].

---

[350] "*El primer motivo de casación, al amparo del articulo 95.1.3 de nuestra Ley Jurisdiccional, se funda en la infracción de los principios de igualdad de las partes ante el proceso, de contradicción, de imparcialidad y de justicia efectiva, contenidos en los artículos 1.1, 9.2, 14 y 24 de la Constitución y en el articulo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rigen los actos y garantías procesales y cuya inobservancia determinó la indefensión de los aquí recurrentes*".

[351]En su FJ 4º se dice "*que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1, y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2, CC) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (art. 7.2, CC), lo cual no significa -ya en el supuesto del recurso- que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al derecho privado, seno sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad "ex contractu" o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad", según la doctrina patria*".

[352] En la sentencia de 2-10-2000 (núm. 1501/2000) tras reconocer lesión de otros derechos fundamentales señala que "*igualmente se lesiona el principio de proporcionalidad, que derivado del propio valor 'Justicia', integra la prohibición de excesividad y se conecta con las ideas de moderación, medida justa y equilibrio, principio de proporcionalidad que si bien está dirigido fundamentalmente al legislador, como autor de las normas jurídicas, también debe ser respetado por el sistema judicial en cuanto responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto es responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico, bien que esta vinculación sea a través del sometimiento a la Ley -art. 117 de la Constitución- pero desde el respeto a tales valores. En este sentido Sentencia número 807/99 de 12 de mayo*" (FJ 2º).

La sentencia de 1-6-2000 (núm. 958/2000) señala en su FJ 1º que "*en relación al principio de proporcionalidad debe recordarse que fue una creación de la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, habiéndose enriquecido con las aportaciones efectuadas por el Tribunal*

2.5. La recepción del valor justicia en los textos normativos.

El valor justicia, además de en el art. 1.1 CE, ha sido también utilizado en otros textos normativos:

Europeo de Derechos Humanos. Por lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Español, si bien no aparece expresamente recogido en la Constitución, su reconocimiento y alcance constitucional no ofrecen dudas como se afirma en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la C.E. son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad, en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del "favor libertatis". El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio que se comenta, que como todos los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido de un determinado valor y que está, fundamentalmente, dirigido al legislador en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimársele destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el art. 9-2º de la C.E., también el sistema judicial en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al imperio de la Ley -art. 117 C.E.-, no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores. (...)
No le falta razón al recurrente en su queja respecto de la intensificación de la respuesta carcelaria que se observa en materia de drogas en el vigente Código en relación con el anterior, no obstante, sus peticiones no pueden ser acogidas".
En la sentencia de 29-11-1999 (núm. 1697/1999) se alega violación del principio de proporcionalidad, pero no lo resuelve expresamente, al decantarse por la facultad del poder legislativo para establecer las penas que considere más oportunas. El FJ 3º señala que el segundo motivo del recurso de casación se formula "*al amparo del art. 848.2º de la LECrim." (sic) y del art. 5.4 de la LOPJ, se formula "por vulneración del principio de proporcionalidad delito-pena, en relación con el art. 15 y art. 1 de la Constitución y el art. 5.4 de la LOPJ".* Añadiendo que *"El motivo no puede prosperar (...) porque la decisión sobre las consecuencias penológicas de las conductas tipificadas como delictivas corresponde, por principio, al legislador, que es el que determina el catálogo de las conductas socialmente inaceptables como contrarias al Estado de Derecho, de conformidad con el principio de mínima intervención, el que establece la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos por los diferentes tipos penales conforme al orden de valores propios de una sociedad democrática, y el que, como lógica consecuencia de todo ello establece las consiguientes consecuencias jurídicas de aquellas conductas, con el objetivo -entre otros- de conseguir la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (art. 25.2 C.E.), para lo cual el ordenamiento jurídico cuenta también con el conjunto de la legislación penitenciaria*".
En las sentencias de 26-03-1998 (núm. 449/1998) y 28-04-1998 (núm. 586/1998), tras razonar sobre el principio de proporcionalidad no casa la sentencia, pues la Sala 2ª entiende que no se trata de un problema de proporcionalidad seno de concurso de delitos (FJ 6º de la de 26 de marzo y FJ 4º de la de 28 de abril: ambos razonamientos son idénticos) entre tráfico de drogas y contrabando. En todo caso, son interesantes las consideraciones que efectúa sobre el principio de proporcionalidad de la pena: "*A tales efectos se debe tener presente que el principio de proporcionalidad no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la ley, dado que se deriva del valor justicia establecido en el artículo 1º de la Constitución Española como valor superior del ordenamiento jurídico y obliga, por lo tanto, a todos los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución Española). (...) Es evidente, en una comparación sistemática, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados, no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor que la aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, sólo porque la droga fue introducida desde el exterior sin lesionar ningún otro bien jurídico*."
Por último, la Sala 2ª del TS admite como fundamento normativo de la casación el principio de proporcionalidad derivado del art. 1.1 CE (además de la sentencia arriba examinada de 2-10-2000, también la sentencia de 5-06-2000, aunque en relación con esta última no se pronuncia), pero en todo caso, viene a confirmar el valor normativo del art. 1.1 CE.

a) Estatutos de Autonomía: cinco Estatutos han reflejado el valor justicia en su articulado (Andalucía, La Rioja, Madrid, Extremadura y Baleares) y dos Estatutos en el Preámbulo (Cataluña y Murcia)
b) La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil hace una referencia al valor justicia aunque muy enmarcado en la consideración de la justicia como poder/servicio público. Sin embargo, la referencia a la justicia como plenitud de garantías procesales no parece que sea sustancial al concepto de justicia como poder/servicio público sino a un concepto de justicia de carácter valorativo. La Exposición de Motivos, parece estar aludiendo a la idea de la justicia material y, por tanto, como valor superior del ordenamiento jurídico.
c) La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal también incluye una referencia a los valores constitucionales como elementos que han determinado e influido en el legislador a la hora de reformar íntegramente el Código Penal. Se trata de una referencia a los valores constitucionales en general, pero entendemos plenamente aplicable al valor justicia que nos ocupa. Y una similar referencia a los valores constitucionales se contiene en: la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

3. CONCLUSIONES

El examen llevado a cabo de la jurisprudencia y de la legislación revela, sin lugar a dudas, que el valor justicia no tiene un mero valor retórico (que también lo tiene, y así también se ha utilizado, tanto por los tribunales como por el legislador –en este último caso piénsese en la introducción del valor justicia en los preámbulos-), sino también y muy principalmente un valor normativo, es decir, el valor justicia es objeto de aplicación por parte de los tribunales, lo que significa que puede ser invocado y utilizado para la resolución de las controversias y, en todo caso, como elemento interpretativo.

Si la justicia, como valor, tiene carácter normativo ello significa que ha de tener un determinado contenido, pues es éste el que ha de desplegar sus efectos.

El objeto de estas reflexiones finales no es tanto el determinar el contenido que ha de tener o que tiene en la jurisprudencia –este último ya lo hemos ido apuntando en las páginas anteriores- sino más bien, cuál es la proyección o el influjo que una concepción tal puede tener en el concepto y en el método del Derecho Constitucional. La cuestión no es irrelevante en la medida en que si admitimos como valido el examen efectuado y sus consecuencias (los valores del art. 1.1 tienen carácter normativo) estamos:
1.- negando el positivismo formalista o puro de Hans Kelsen;
2.- dando entrada, por tanto, al iusnaturalismo.

Ambas afirmaciones requieren ser matizadas. En el ED, y más en el Estado constitucional de Derecho, no es posible negar la vinculación de los operadores jurídicos al derecho, pues ni siquiera el legislador es hoy en día un poder omnímodo, pues siempre tiene el limite de la Constitución. Por tanto la sujeción a las normas y a su contenido como único parámetro de actuación tiene que ser aceptado. Sin embargo la entrada de los valores introduce elementos de decisión que no se encuentran en el ordenamiento, es decir, da entrada al iusnaturalismo. Obviamente no se trata de la entrada del derecho natural en el derecho positivo (al menos yo no lo entiendo ni mucho menos así), pero si que supone una importante matización o factor de corrección o, si queremos, de ponderación de ciertas desviaciones que el ordenamiento jurídico y un entendimiento rígido de sus normas de resolución y aplicación conlleva o podría conllevar. La Constitución normativa refleja los valores y principios sobre los que se asienta la convivencia. El valor justicia (y los demás valores del art. 1.1) forman parte, son uno de los elementos del Derecho Constitucional, lo que de ser admitido debe llevarnos a una reconsideración o una remodelación de un planteamiento exclusivamente formalista del análisis jurídico.

En conclusión, si el objeto del Derecho Constitucional es el estudio científico de la constitución y de las restantes normas que integran o componen el ámbito constitucional, ese estudio no se debe limitar al ámbito estrictamente normativo, sino que deben ser tenidos en cuenta otros factores (aunque la incidencia de esos otros factores nunca podrá llegar a ser la de alterar el texto de la norma o, dicho de otra forma, no debe afectar al principio de seguridad jurídica. La introducción de los valores no sólo como criterio hermenéutico, sino como elemento normativo, permite al científico del derecho ejercer mejor su función social de servicio a la comunidad, en congruencia con los principios, fines y directrices que la comunidad marca. En definitiva, que si consideramos que el derecho constitucional es básica y fundamentalmente norma, pero no sólo norma, pues junto a la norma deben de ser tenidas en cuenta la finalidad, la historia y la política, la concepción del carácter normativo de los valores (y del valor justicia en concreto) vendría a ser la aplicación concreta de esa determinada concepción del derecho constitucional, es decir, el valor justicia tiene un contenido normativo que da entrada a la historia, a la política, a la moral, a la filosofía, pero no es cualquier política, historia, moral o filosofía, sino la que está delimitada por el propio texto constitucional, y más concretamente, por los derechos fundamentales y sus garantías, por los otros valores y principios constitucionales y, entre ellos, por la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA:

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990
ASIS ROIG, Rafael de:
Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Dykinson, Madrid, 2000
Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho, Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 1999
BLANCO VALDÉS, R., *Introducción a la Constitución española de 1978*, Alianza ed., Madrid, 1998
DÍAZ GARCÍA, Elías, "Notas ("concretas") sobre legitimidad y justicia", en Anthropos, n. 96/1989
ESTEBAN, Jorge de y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., Curso de Derecho Constitucional español II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993
FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "Estado, sociedad civil y democracia", en AAVV, *Valores, derechos y Estado a finales de siglo XX*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 1996.
FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995 (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés)
GARRORENA MORALES, Ángel, "Valores superiores y principios constitucionales" en AAVV *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, Tomo I.
HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998
LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, "La crisis de la Justicia: marco para un análisis", en AAVV *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, Tomo II.
LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPS, P., y SATRUSTEGUI, M., *Derecho Constitucional,* Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
LORCA NAVARRETE, José F., "La aplicación del Derecho y la realización de la justicia. La jurisprudencia: su valor", en AAVV *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, Tomo II.
PAREJO ALFONSO, Luciano,
Constitución y valores del ordenamiento, Civitas, Madrid, 1990.
Voz "Valores superiores", en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, Tomo IV.
PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984
PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 1997
PÉREZ LUÑO, A. E, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, Revista del Poder Judicial, nº 11/1984
SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 1997
TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional*, Ed. Atomo, Madrid, 1992 (3ª ed.)
ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1995 (Traducción de Marina Gascón)

PERFILES HISTORICOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO

Roberto Scarciglia
Universidad de Trieste

SUMARIO: 1. Enseñanza universitaria y derecho comparado. – 1.1. Derecho privado y derecho público comparado. – 2. El derecho constitucional comparado. – 3. El derecho administrativo comparado. – 4. ¿Qué enseñanza del derecho público comparado en la universidad del siglo XXI?.

La enseñanza universitaria ha representado, por usar una expresión de Gino Gorla, un presupuesto latente del derecho comparado y del método comparativo[353]. Después de un siglo de la Exposición universal de París de 1900, donde fue celebrado el primer congreso internacional de derecho comparado[354], en algunos Países europeos se debaten reformas sobre la enseñanza universitaria y por lo tanto puede ser de particular interés debatir con los profesores españoles sobre este tema, y, en particular, en relación al valor del derecho comparado y de la comparación jurídica por la formación del jurista. Uno de los dos organizadores del Congreso de París de 1900, Edouard Lambert, en relación al derecho (privado) comparado, decía que a esta asignatura tenia que reconocerse un lugar de gran importancia en el cuadro de la enseñanza universitaria, por diferentes razones[355].

Es mi intención proponer en esta sede algunas conclusiones de investigación, que espero pueden ser de utilidad para los compañeros españoles, utilizando la experiencia de Italia en la enseñanza del derecho comparado y el debate sobre la formación del jurista europeo[356].

En primer lugar, el futuro jurista, con el descubrimiento de principios jurídicos comunes, habría aprendido a mirar más allá de los confines propios y era por lo tanto oportuno que se familiarizase, con los tiempos de la universidad, con el *droit comparé*.

Una segunda razón para activar el derecho comparado en los programas universitarios era la de renovar y dar utilidad a la enseñanza del derecho nacional, para favorecer la interpretación y la dogmática jurídica. Esta segunda perspectiva pone en evidencia la necesidad de atribuir al derecho comparado la misma importancia del derecho interno[357].

---

[353]G. GORLA, *Diritto comparato*, en *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 945 ss.

[354] La *Tulane Law Review* ha dedicado al *Centennial World Congress on Comparative Law* un numero monográfico (n. 4, 2001).

[355]E. LAMBERT,autor de la importante obra *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative,* Paris, 1901, con ocasión de la Exposición mundial de París de 1900, junto con Raymond Saleilles, hubo la idea de organizar un Convenio internacional sobre derecho comparado.

[356]Puede verse sobre este tema:L. MOCCIA (cur.), *í*, Bari, 1997.

[357] Por eso, véase B. DUTOIT, *L'importance du droit comparé dans l'einsegment juridique*, en «*Recueil des travaux suisses*», présentés au IXe Congrés international de droit comparé, 1976; R. POUND, *The place of Comparative Law en the American Law School curriculum*, en «*Tulane Law Rev*.», 1934, ; R.

Solamente en tiempos muy recientes en España el derecho político se ha separado del derecho constitucional y eso se puede justificar porqué esta asignatura no ha tenido hasta hora mucha suerte en el ámbito universitario. De todas maneras, se puede notar que siguiendo las huellas en la historia constitucional española al final del siglo IX – y lo mismo ha pasado en la historia del derecho administrativo – los estudios comparativos eran de particular profundidad, como también las traducciones de textos fundamentales de la doctrina constitucional francés y alemana, como los de Hauriou[358] y de Fischbach[359].

No se puede olvidar en este contexto la extraordinaria aptitud a la comparación jurídica del Maestro Alfredo Posada, Catedrático de la Universidad de Oviedo, expresada en la magnifica obra *Derecho político*, conocida en Italia por la traducción en el *Trattato di Scienze Politiche*, coordinado por Attilio Brunialti. Esta obra no es simplemente un manual de derecho constitucional, sino de derecho constitucional comparado y, también, con particular atención a la enseñanza universitaria (el capítulo hace una expresa referencia al estudio del derecho constitucional comparado).

Igualmente, no se puede olvidar la contribución de Manuel García-Pelayo, con su obra *Derecho constitucional comparado*[360], que ha representado una pieza fundamental para los profesores y los estudiantes de España y de toda Hispanoamérica.

1.1. Para la individualización de las peculiaridades de la comparación jurídica en el marco del derecho público, me parece oportuno hacer referencia a dos circunstancias. La primera es que el desarrollo del derecho comparado fue determinado en gran medida por la aplicación del derecho internacional privado, la cual presuponía, para el jurista y, en general, para el operador del derecho, la aplicación de las legislaciones extranjeras, necesaria para la aplicación del derecho internacional privado. Esa indicación puede ser de utilidad para subrayar como la búsqueda de estas reglas ha sido utilizada para disciplinar relaciones de derecho privado. Muy limitada era, por el contrario, la aplicación del método comparativo en el derecho público por parte de los juristas, que limitaban esa utilización en el marco normativo y de estudio de los sistemas jurídicos, y no a la definición de casos concretos, como pasa con el derecho privado.

En relación a la actividad de producción del derecho, las diferencias que se notaban entre Derecho público y Derecho privado nacen del hecho de que el Derecho público estaba sujeto a una mas rápida evolución y había

---

SCHLESINGER, *The Role of the basic Course en the Teaching of Foreign and Comparative Law*, en «*Am. Journ. Comp. Law*», 1971, 616.

[358] M. HAURIOU, *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. por C. Ruiz del Castillo, Madrid, 1927.

[359] O.G. FISCHBACH, *Derecho político general y constitucional comparado*, trad. por W. Roces, Barcelona, 1928.

[360] M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984.

sido advertida la exigencia de realizar formas de unificación legislativa entre ordenamientos estatales.

Sin embargo, en este momento es compartida la búsqueda de un *common core* que genera por los privatistas y los publicistas una tensión compartida por un modelo de enseñanza del derecho comparado, que puede compartir, en primera instancia, los sistemas jurídicos, las familias, los criptotipos, la circulación de modelos y el método comparativo.

Considero, no obstante, que la delimitación de un espacio común no excluye la autonomía científica del Derecho privado comparado y del Derecho público comparado. En particular, las peculiaridades de los estudio de Derecho público se reflejan sobre la articulación de la enseñanza universitaria del Derecho constitucional comparado, que es una asignatura fundamental en los cursos de Ciencias políticas, y que por lo tanto necesita de una intensa actividad de clases practicas (también sobre *case-law*).

2. La primera observación que se puede hacer en relación al Derecho constitucional comparado, es que los profesores de Derecho constitucional fueron comparatistas por vocación, y todavía fue muy difícil teorizar el papel de la comparación, ya que la misma fue ejercida frecuentemente por el convencimiento de su utilidad practica, de no necesitar de una metódica reflexión. Exposiciones específicas sobre el papel de la comparación en las obras de Derecho constitucional (y en general de Derecho público) aparecieron en épocas en las cuales predominaba una posición de cerrazón en relación a problemas específicos del Derecho constitucional.

La reflexión sobre la comparación, sin embargo, es entre las bases del constitucionalismo europeo continental y, de manera particular, en Francia. Entre el final del siglo XVIII y el comienzo del XIX, este País era la verdadera fábrica de la doctrina constitucional de la Europa liberal. El pensamiento de los constitucionalistas franceses se caracteriza por la comparación entre las instituciones francesas e inglesas.

El capitulo VI del libro XI de L'*Esprit de Lois*, de Montesquieu, con el titulo "*De la Constitution de Angleterre*", las reflexiones sobre Inglaterra en el *Contrat social* de Rousseau (texto que no se puede reconducir al constitucionalismo puro) y la *Constitution de l'Angleterre* de J.L. de Lolme[361] de 1771, ponen de relieve como para los juristas continentales era necesario confrontarse con las instituciones inglesas y buscar modelos para imitar o sugerencias para reflejar en sus reformas. La comparación jurídica se propone como instrumento de renovación y de reformas. Sin embargo, la tendencia marcadamente racionalista de los estudios del final del siglo XVIII produjo que la observación comparada de diferentes experiencias constitucionales permaneciera en el punto de observación. Esa tendencia es patente en Italia en el primer tratado de derecho constitucional y me refiero a la obra de Giuseppe Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale*

[361] J.L. de LOLME, *Constitution de l'Angleterre, ou État du governement anglais, compare avec la forme républicaine et avec le autres monarchies de l'Europe*, Ámsterdam, 1771.

democrático[362], en el cual se recogían las lecciones impartidas en la Universidad de Ferrara en 1797 como titular de la primera cátedra de Derecho constitucional en Europa.

3. La circulación de los modelos y la utilización del método comparativo favorecieron la elaboración de las primeras obras sistematizadas de derecho administrativo comparado - como la de Batbie[363], empezada en el 1862 y la de Goodnow[364] de 1893, a los que se puede añadir, al inicio del siglo XX, la obra de Brunialti[365]– que representaron una primera tentativa de delinear los fundamentos de una ciencia jurídica *in progress* y de aislar las principales convergencias entre derechos pertenecientes a familias diferentes, pero a ordenamientos comunicantes.

Lo que se puede observar en la obra de Goodnow es sobre todo la idea de que el punto de partida para la comparación en el derecho administrativo es trazar las fronteras de esa ciencia[366], la cual, en una perspectiva material, no era coincidente en los países pertenecientes a las familias de *civil law* y de *common law*[367].

Goodnow manifestó la intención de ilustrar, por un lado, «the methods of administrative organization adopted in [...] United States, England, France, Germany» y aclarar las relaciones con el derecho constitucional y el derecho público[368] y, por otro lado, delimitar el ámbito de la acción administrativa,

---

[362] El tenia en origen la cátedra de *Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale.* Como curiosidad, se puede señalar que el número de los estudiantes al comienzo del siglo XIX era muy bajo y el plan universitario de 31 de octubre de 1803 había transformado la Universidad de Ferrara en un bachillerato, sin facultad de leer tesis, pero conservando asignaturas y cátedras de la suprimida Universidad. Vid. G. Compagnoni, Elementi di diritto costituzionale democratico, Curti, Venezia, 1797, ed. facs. a cura di I. Mereu-D. Barbon, Bologna, 1985.

[363] A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne, et de l'Espagne, la comparaison de nos institutions acrtuelles avec celles de la France avant 1789 et des notionssur le sciences auxiliaires de l'administration, l'economie politique et la statistique*, I-VIII, Paris, 1862-1868.

[364] F. J. GOODNOW,*Administrative Comparativ Law,* New Yorky London, 1902.

[365] A. BRUNIALTI,*Il diritto amministrativo italiano e comparato nella Scienza e nelle Istituzioni*, Turin, I-II, 1912-1914.

[366] A. BATBIE, en las consideraciones preliminares del *Traité*, cit., 23, sostenía que «le droit administratif [...] determine les limites legales dans lesquelles l'autorité peut se mouvoir, à l'égard des intérêts particuliers».

[367] Por G. CORSO, en *Lo studio comparato del diritto amministrativo (Discussione sul libro di Marco D'Alberti, Diritto amministrativo comparato*, en «*Riv. trim. dir. pub.*», 1995, pág. 255, «un confronto rigoroso tra i sistemi, quale è evocato dalla dizione "diritto amministrativo comparato", è difficile non solo perché i metodi divergono da paese a paese, ma anche e prima di tutto perché non combaciano i campi materiali della disciplina. Basti pensare che en Gran Bretagna e negli Stati Uniti il diritto amministrativo tende a coincidere con la *judicial review* dell'amministrazione, ossia, per usare le nostre categorie, con la giustizia amministrativa; che la materia dell'organizzazione è studiata solo dagli scienziati politici (e dagli scienziati dell'amministrazione) nell'ambito della disciplina nota come *public administration*; che nessun amministrativista, en questi paesi, si sognerebbe di trattare en un manuale temi come il pubblico impiego (anche questo reputato argomento essenzialmente politologico), o i contratti della pubblica amministrazione».

[368] A complicar la comparación en Derecho administrativo, ha contribuido la dicotomía tradicional entre derecho público y derecho privado, negada hasta poco tiempo atrás en los ordenamientos de

individualizando las competencias de los cuerpos administrativos, los derechos reconocidos a los ciudadanos y las sanciones por las violaciones.

A las obras de Goodnow y Batbie, verdaderos tratados de derecho administrativo comparado[369], no ha correspondido un significativo desarrollo de estas investigaciones, a diferencia de cuanto había ocurrido con el derecho privado y el derecho constitucional[370], y solamente en tiempos recientes se han desarrollado estudios científicos a nivel general[371].

En este momento la asignatura de Derecho administrativo comparado está presente en los planes de estudio de la mayoría de las universidades de Italia. En particular, el tema de la justicia administrativa constituye la parte fundamental del Derecho administrativo comparado. La razón del interés actual por los modelos de justicia administrativa reside principalmente en el hecho de que en los ordenamientos europeos, tanto en los continentales como en los insulares, han sido establecidos mecanismos de garantías administrativas y judiciales frente a la Administración pública, mientras que los ordenamientos anglo-americanos encuentran su base en una fe en la capacidad del juez de*common law* para tutelar las expectativas privadas frente al aparato público.

Una razón que puede justificar el desarrollo del Derecho administrativo comparado, también como asignatura universitaria, en Europa es la convergencia de los derechos administrativos nacionales. La tendencia al acercamiento – como Albert Venn Dicey resaltaba en las sucesivas ediciones de su obra *Introduction to the Law of the Constitution* – no era sólo un carácter del derecho administrativo, sino que se supone, al final del siglo XX, un fenómeno manifiesto, sea por la rapidez con la cual las instituciones administrativas se transforman, sea por la incidencia del Derecho comunitario. La renovada atención por la comparación en el derecho administrativo se ha extendido de los arquetipos, como los de Francia y de Alemania, a un ámbito mucho mas amplio comprendido entre los ordenamientos de *common law* y aquellos de origen socialista (en el sentido de *socialist law*), pertenecientes a Europa centro-oriental. Como es conocido, el proceso de integración europea, desde su originaria afirmación,

---

common law y actualmente revisionada críticamente por la doctrina: vid. M. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, en *Dig. It.*, IV ed., (*Disc. Pubbl.*), Milano, pág. 207; O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil law. Imaginary and real obstacles to assimilation*, en M. CAPPELLETTI (Ed.), *Perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*, Firenze, 1978, págs. 137 y ss.

[369] M. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, cit, pág. 206, que pone en relieve como los mismos eran «tanto ricchi di informazioni ancora oggi utili, quanto metodologicamente inappaganti per le ripetute forzature sulla pretesa omogeneità dei sistemi amministrativi nazionali che solo lo zelo dei neofiti aveva saputo cogliere». Esa asignatura era presente en los planes de estudios de algunas universidades de los Estados unidos y la edición de 1902 de *Administrative Comparative Law* fue publicada por Goodnow como edición por los estudiantes - y de profundización teórica en las Law Schools de Baltimore y New York: vid. M. CHITI,, *Diritto amministrativo*, cit., pág. 207.

[370] Como fue observardo por muchos autores, no existía una relación (al menos intensiva) entre comparación y Derecho administrativo en las principales formas de clasificación paradefinir la relación entre comparación y las clasificaciones fundamentales del Derecho: cfr. R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980; M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., pág. 207.

[371] J. RIVERO, *Cour de droit administratif comparé*, Paris, 1954-1955.

ha acentuado los problemas ligados a la formación de un derecho común y que presuponen una sólida base comparatista y, por lo tanto, una necesaria enseñanza del Derecho administrativo comparado.

4. Es difícil establecer apriorísticamente si es suficiente, para calificar un curso como de "derecho comparado", un estudio del derecho extranjero o de un tipo de derechos extranjeros. Esa clarificación me parece necesaria porqué en España es frecuente las publicaciones de obras monográficas en las cuales se habla de derecho comparado y en realidad ofrecen descripciones de derechos extranjeros, sin alguna relación con el método comparativo[372].

El derecho comparado, así como actualmente es enseñado, se estructura sobre dos diferentes bases: la comparación jurídica a nivel de legislación y la comparación teórico-científica, orientada al estudio de los diferentes sistemas jurídicos con la finalidad de mejorar el conocimiento del derecho. La comparación jurídica a nivel legislativo es la más antigua y en Alemania fue utilizada desde la primera mitad del siglo XIX y se desarrolla en un tiempo en el cual la comparación y la unificación del Derecho alemán eran tenidas en cuenta como exigencias fundamentales.

En relación a la enseñanza del derecho comparado, Gorla ponía de relieve que lo cursos universitarios se caracterizaban por un gran cuerpo de derecho extranjero y una pequeña cola de derecho comparado y eso era muy problemático en un curso anual. ¿Qué decir hoy después de la reforma de enseñanza universitaria en Italia, donde estos cursos son, en la mayoría de los casos, semestrales? Eso no es, todavía, según Gorla, derecho comparado, porqué es difícil abandonar las emociones comparativas y las ideas que se atestan en la primera fase de conocimiento del derecho extranjero o no conocido y contemplar esta fase en una relación de medio a fin[373]. Pero, las primeras dificultades tienen que ser superadas y, para profundizar la investigación comparativa, es necesario volver a la lectura del texto en el idioma original.

Si esta es una aspiración de termino medio, tenemos que resolver el problema del método para la enseñanza universitaria del derecho comparado. Dos son los métodos principales: se puede enseñar un derecho extranjero o un tipo de derechos extranjeros (la forma de gobierno en Suiza) o impartir un curso de derecho comparado en general sin ninguna concreta experiencia comparativa.

Es claro que los dos modelos presentan dificultades, constituyen una tentativa para educar a los estudiantes en una técnica para el estudio de un

[372]También en la doctrina italiana se hace referencia a trabajos de comparación jurídica que no son tales: S. CASSESE, en su obra *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, en las indicaciones bibliográficas sobre *Derecho administrativo comparado* (pág. 498 y s.), se hace referencia a J. BARNES VAZQUEZ, *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Madrid, 1993, que no es un estudio comparadistico, como otros trabajos coordinados dal mismo Autor (vid. *La Justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, 1993), sino estudios de derecho extranjero.

[373]Por ejemplo, las traducciones de textos jurídicos extranjeros ayudan a superar las primeras dificultades.

derecho extranjero y para la comparación de este con el derecho del país donde los cursos se desarrollan. También el método problemático-casuístico, como problema de la enseñanza, puede ser solamente esbozado en un curso anual para hacer un ensayo de las modalidades de interpretación. Otro problema es en qué manera se deben tener en cuenta los derechos extranjeros en la enseñanza de las disciplinas de derecho público: una llamada en las notas del texto no es suficiente, como es visible en los primeros manuales de Derecho constitucional en Italia. Un ejemplo, puede ser la obra de Orlando, *Principii di Diritto costituzionale*, en la cual se hace referencia en las notas a obras extranjeras[374].

Creo que en este momento, el debate sobre la reforma de la ley de la Universidad en Italia impone reflejar sobre la estructura de los manuales de estructura clásica, tanto en relación a las referencias al derecho extranjero, tanto por la funcionalidad de estos manuales con los principios de la reforma. Los textos que se puede calificar de Derecho constitucional comparado publicados en Italia son muy pocos: Amorth (1947), Mortati (1973), Biscaretti (1969), Lavagna (1971), Lucifredi (1972-1977), Giocoli Nacci (1974), De Vergottini (1978) y, en fin, lo de Morbidelli, Pegoraro, Reposo, Volpi (1997). Estos textos tienen características diferentes, y prevalecen, por ejemplo, los problemas metodológicos de la comparación jurídica, en el tratamiento separado de temas singulares o bien el análisis por institutos. Creo que esto implica una selección, tanto para la Universidad que decide el valor (en créditos) de la asignatura y, también, para el profesor que tiene que valorizar esta elección. En todo caso no se puede olvidar que con el desarrollo del derecho de la Unión Europea, se ha encauzado un nuevo ciclo de circulación de modelos, muy distinto da aquellos precedentes, en el cual el derecho europeo representa un objeto de comparación, uno de los derechos a comparar, más que un ordenamiento, cuyas normas penetran en los derechos internos.

Nuevas ocasiones de comparación surgen ahora no sólo por la evolución de la Unión Europea, sino también por la transformación de la forma de gobierno en Europa centro-oriental y todo esto presupone que la comparación jurídica y el método comparativo puedan ser instrumentos preciosos antes por la formación cultural de los estudiantes universitarios[375] y después de los juristas europeo del siglo XXI.

[374] V.E. ORLANDO, *Principii di Diritto costituzionale*, IVªed., Firenze, 1905.

[375] En este sentido es particularmente importante la obra de D. LÓPEZ GARRIDO-M.F. MASSÓ GARROTE, L. PEGORARO, *Nuevo Derecho constitucional comparado*, Valencia, 2000.

EL MEDIO AMBIENTE COMO VALOR CONSTITUCIONAL

Nino Olivetti Rason-Sergio Gerotto[*]
Universidad de Padua
(Traducción supervisada por Juan José Ruiz Ruiz, Universidad de Jaén).

1. El Medio Ambiente y sus denominaciones.

Relativamente nuevo, aunque irrumpiendo con fuerza en el lenguaje corriente, el término "Medio Ambiente" suscita pasiones, esperanzas, incomprensiones[376], emociones[377], aunque también antipatías[378]: quien prefiere servirse de otros términos más ampulosos como "naturaleza", o más concretos como "Tierra", lo hace con la convicción de que la "exclusión del empresarial "medio ambiente"…no exija demasiadas excusas"[379].

No es cierto que "Medio Ambiente" no haya formado parte hasta ahora de la terminología de la Constitución italiana a causa de "antipatía". Las razones se han de buscar en otra parte. En tiempos del período constituyente, la sensibilidad por los problemas que se suelen reconducir en la actualidad al "medio ambiente" era limitada; el mismo vocablo era escasamente usado. Por lo demás, el término homólogo se encontraba originalmente ausente de las Constituciones de otros Estados, anteriores, coetáneas o un poco posteriores a la nuestra. En algunas falta todavía. Otras han sido modificadas para conceder al Medio Ambiente reconocimiento escrito. El vocablo sí que se encuentra en las Cartas más recientes.

La opción de incluir o no la expresión "Medio Ambiente" en las Leyes Fundamentales, refleja opciones políticas que afectan: las relaciones entre hombre y naturaleza, la mayor o menor dificultad de reformar las Constituciones, la posibilidad de obtener el mismo nivel de tutela en vez de seguir el *iter* dela reforma formal, valiéndose de modificaciones no formales, sobre todo a través la interpretación evolutiva de disposiciones ya existentes. Desde esta perspectiva no se debe perder de vista que la pertenencia a organizaciones supranacionales puede incidir sobre la adopción de políticas nacionales y sobre el cuadro normativo correspondiente: de este modo, las decisiones relativas al medio ambiente en el ámbito de la Unión Europea, no se han visto inmunes a tales condicionamientos. El contraste del cuadro político y normativo en cuanto al medio ambiente en los Estados de la Unión

---

[*] Los epígrafes 1, 2, 3 y 4 han de atribuirse a Neno Olivetti Rason, mientras que la parte relativa al ordenamiento suizo (epígrafes 6, 6.1 y 6.2) es obra de Sergio Gerotto. Las conclusiones son fruto de una reflexión conjunta de los dos autores.

[376] M. Prieur, *Droit de l'environment*, III ed., París, 1996.

[377] B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bolonia, 1990.

[378] M. Tallaccheni, Entroduzione a *Etiche della Terra* (Antología di filosofia dell'ambiente, a cargo de M. Tallaccheni), Milán, 1998.

[379] Id., p. 2.

Europea, y de aquellos que no forman parte, aparece particularmente estimulante. Existen además parámetros constitucionales diferentes incluso en el seno de la Comunidad. Mientras la tutela ambiental en el ordenamiento italiano no había requerido hasta ahora modificaciones formales de la Carta Constitucional, también y gracias a la 'ósmosis' casi total constatada en este sector entre derecho comunitario y derecho interno[380], otros ordenamientos, como el de Alemania o el de Bélgica, han preferido enmendar las respectivas Constituciones; otros incluso, pensamos en España, habían incluido la disciplina ambiental en el texto constitucional antes de formar parte de la Comunidad Económica Europea. Entre los estados europeos que no forman parte de la Unión es interesante considerar, desde la perspectiva del derecho al Medio Ambiente, el ordenamiento suizo cuya Constitución ha sido una de las primeras en hacerse cargo del problema de la naturaleza, ha sido la más veces enmendada en orden a una mejor tutela del hombre y del ambiente y ha hecho de esta materia un elemento significativo de la reciente reforma.

El problema que aquí se considera, concediendo un prevalente aunque no exclusivo relieve a las experiencias italianas y suiza afecta, bien mirado, más que a las palabras, a los conceptos que quieren representar. En efecto, ha sido oportunamente señalado[381] que con la misma palabra 'ambiente' se puede: designar la relación entre más factores naturales y antropológicos; considerar la naturaleza en su dimensión geográfico-territorial; recalcar el desarrollo temporal de determinados acontecimientos.

¿Cómo encuadrar esto en la naturaleza? ¿Dónde? ¿Cuándo? Tres elementos a tener en cuenta en la determinación de la disciplina jurídica del Medio Ambiente.

Antes de considerar los ordenamientos indicados y, en particular los 'apoyos' constitucionales que, en el ordenamiento italiano, en ausencia de una referencia textual, son necesarios para incluir el Medio Ambiente entre los derechos fundamentales que se quieren tutelar, nos parece oportuno subrayar, con palabras de Domenico Sorace, que "El jurista no debe ilusionarse con poder ejercer su profesión conociendo exclusivamente el derecho. Debe ante todo conocer los fenómenos que deberá tratar con los instrumentos de su oficio"[382]. Veamos las consecuencias.

2. El Medio Ambiente entre ética y derecho.

En 1962 Rachel Carson publicaba *Silent Spring*, un libro destinado a jugar un papel importante en la lucha contra la contaminación; un libro que los juristas italianos interesados en medio ambiente, no han olvidado.

Desagrada a todos cuando la primavera se vuelve silenciosa. Cuando "ya no es preanunciada por los pájaros en las horas de la mañana", cuando

[380] M. Cecchetti, *Prencipi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.
[381] D. Sorace, *Consideración conclusive*, en *Ambiente y derecho*, vol. I (a cargo de S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio), Florencia, 1999, pp. 125 y ss.
[382] Rachel Carson, *Primavera silenciosa*, VI ed., Milano, 1999.

ya no "resuenan...con su bellísimo canto"[383]. Corresponde al jurista comprender las razones de un caso tan singular y, sobre la base de éstos, fijar las reglas, a nivel internacional, supranacional y nacional, para combatir las contaminaciones que la han provocado. Como tuvo ocasión de afirmar treinta años más tarde Al Gore, entonces vicepresidente de los Estados Unidos, al introducir una enésima edición de *Silent Spring*, - la idea de que "los químicos modernos, los biólogos modernos y los científicos crean que es el hombre el que controla firmemente la naturaleza", lanzada para contrarrestar las tesis de Carson, suena ahora a arrogante y hasta extravagante[384]. Incluso no se puede olvidar que la intervención del hombre, lejos d ser siempre peligrosa para el Medio Ambiente, ha sido en más ocasiones útil para tutelarlo: medidas activas como la construcción de canales o la contención de los ríos, han sido oportunamente reguladas por el derecho en el curso de los siglos, dando una útil aportación a la salvaguardia de la 'forma del territorio'[385]. Las transformaciones de la agricultura, piénsese en los grandes cultivos de cereal, negativas, aunque precedidas de una excesiva deforestación, han no obstante contribuido a aumentar la "belleza, utilidad y fecundidad" de la Tierra[386]: se trata de disciplinar de un modo adecuado. Los problemas a los que hacer frente tienen un alcance filosófico antes que jurídico. El actual debate sobre las "éticas de la Tierra"[387] abre nuevos horizontes a la exploración de las relaciones entre el hombre y la naturaleza. El jurista puede intervenir útilmente para regular de varias maneras las actuaciones del hombre, guiarlas y, si es el caso, limitarlas. Siempre y cuando no pierda de vista un concepto que ha sido bastante bien expresado en otro contexto: "un universo moral en el que las únicas exigencias que podamos plantear los unos a los otros estuviesen motivadas por el derecho sería un universo moralmente empobrecido"[388].

Existe ya una conciencia difusa de que algunos comportamientos humanos resultan ambientalmente devastadores. La disminución de la capa de ozono en la atmósfera, el aumento de la temperatura terrestre, los residuos presentes en el espacio extra-atmosférico, son fenómenos de contaminación global, causados por el hombre, y de los cuales la sociedad internacional está llamada a hacerse cargo. Aunque, al afrontarlos, resulta inevitable recurrir a un equilibramiento de los intereses con la consecuencia de que los principios, a menudo escasamente vinculantes, sobre los que se alcanza el acuerdo son expresados en fórmulas ambiguas susceptibles de diversas lecturas. Es notorio, por ejemplo, que la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de la cual se celebra el año que viene el

---

[383] La entroducción de Al Gore está fechada en 1994.
[384] B. Carvita, *Costituzione, prencipi costituzionali e tecniche di normazione*, en *Ambiente e diritto*, cit., pp. 175 y ss.
[385] R. Attfield, *Gli atteggiamenti cristiani verso la natura*, en *Etiche della Terra*, cit., pp. 103 y ss.
[386] El problema, como es sabido, ha sido planteado por a. Leopold, *L'etica della Terra*, en *Etiche della Terra*, cit., pp. 131 y ss (la autoría del título en plural es de M. Tallaccheni).
[387] G. Gaja, *Evoluzione e tendenze attualki del diritto enternazionale dell'ambiente: brevi consideración*, en *Ambiente e diritto*, cit., pp. 113 y ss.
[388] Id., p. 117.

décimo aniversario, ha puesto el acento sobre el concepto de desarrollo sostenible. Pero ha sido justamente señalado que tal expresión se presta una doble lectura: sostenible es el desarrollo que no produce una degradación ambiental; la tutela ambiental no debe impedir un cierto desarrollo[389].

3. La tutela del Medio Ambiente entre derecho comunitario y derecho interno.

La enunciación de estos principios ha tenido una escasa repercusión sobre el derecho interno, que resulta por contra más condicionado por los acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos por los Estados y a los cuales se han obligado a dar ejecución. Acuerdos de este tipo pueden en ocasiones incidir sobre el reparto de las competencias entre centro y periferia en las formaciones federales y regionales. Baste recordar a modo de ejemplo que para dar ejecución a la Convención de Ramsar (1971) el Estado italiano reivindicando el poder exterior que le pertenece de modo exclusivo ha disciplinado materias que de otro modo recaerían en la esfera de competencia de la Región de Cerdeña (Región especial, dotada de potestad legislativa primaria). El Tribunal Constitucional italiano, al declarar legítima la normativa estatal ha recordado un famoso 'precedente' de los Estados Unidos en el que el supremo órgano juzgador había decidido en el mismo sentido[390].

Particularmente significativo, ya sea desde el perfil ético o desde el jurídico, la aportación de la Unión Europea: capaz de incidir de modo determinante sobre las orientaciones políticas y sobre la normativa de los Estados miembros. La acción comunitaria en materia ambiental aparece clara y previsora[391]. Si bien faltaba inicialmente la disponibilidad de competencias idóneas[392], la importancia del tema ha sido percibida bastante pronto: a falta de disposiciones específicas del Tratado CEE para tutelar el medio ambiente, se recurrió a una interpretación extensiva de los arts. 100 y 235 concernientes, respectivamente, a la armonización de las políticas de los países comunitarios y la posibilidad, para el Consejo europeo, de adoptar, en determinadas condiciones, decisiones sobre asuntos no disciplinados por el Tratado.

Una mirada *à rebours* nos induce a recordar los programas de acción que se han ido sucediendo en el último trentenio. El primero se remonta a 1973. Se proponía reducir, y si fuera posible suprimir la contaminación y los inconvenientes que se derivaban de ella. Los dos programas posteriores (1977 y 1983) promovían el refuerzo de actuaciones comunitarias con una estrategia encaminada al mejor uso posible de los recursos y a la aplicación

---

[389] Sentencia de 23 de julio de 1980, n. 123.
[390] P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 1995.
[391] G. Cocco, *Nuovi prencipi ed attuazione della tutela ambientale tra diritto comunitario e diritto enterno*, en *Ambiente e diritto*, cit., pp. 147 y ss.
[392] M.S. Gianneni, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, en *Riv. Trim. Dir. Pub*., 1973, pp. 15 y ss.

del principio “quien contamina paga”. El Acta Única Europea, entrada en vigor en 1987, contiene por primera vez un título dedicado al Medio Ambiente que, sin definir expresamente la materia de la que se trata, indica la acción comunitaria y los objetivos específicos que se pretenden conseguir[393]. El IV programa de acción (1987), apoyándose en tal Acta, se atiene al principio de subsidiariedad, enuncia la instauración de rígidos standars ambientales, promueve un diálogo entre las administraciones públicas especialmente en vista de una mejor información ambiental. Ahora bien, como se enuncia en el V programa (1992), no hay más tiempo para esperar y menos aún para equivocarse: la nueva estrategia ambiental debe coordinarse con un desarrollo durable y sostenible.

En el arco de tiempo en el que se desarrolla la acción promovida por el V programa, se refuerza y madura a nivel comunitario la conciencia de que la naturaleza debe ser protegida de modo más eficaz e incisivo, que la ética ambiental debe encontrar una más puntual correspondencia en los principios, en la normativa y en las decisiones de las que las instituciones europeas están llamadas a hacerse cargo. El discurso iniciado a este propósito por el Acta Única Europea va a ser desarrollado en el Tratado de la Unión Europea formado en Maastricht (1992) y después en el Tratado de Amsterdam (1997), que aporta ulteriores modificaciones, formales y sustanciales. En estos documentos se encuentran los parámetros de referencia: puntos seguros para la política y el derecho medioambientales. Si, como se lee en el Tratado de Amsterdam es tarea de la Comunidad promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas, en la ambivalente perspectiva del crecimiento sostenible y del respeto del medio ambiente, se comprende bien cómo compete a los órganos comunitarios -sobre la base de principios individuados por el propio Tratado- recomendar y preceptuar, dar curso al derecho europeo con decisiones apropiadas. En palabras de Giovanni Cocco: “es tiempo de que no se cuiden sólo los síntomas de degradación ambiental, sino también de que se intervenga sobre las causas que lo provocan”.

Sobre los principios informadores el Tratado es claro (véase el art. 174). Son éstos: los principios de precaución y de la acción preventiva; el principio de la corrección, de modo prioritario en la fuente de los daños causados al ambiente. El marco es completado por el ya consolidado principio “quien contamina paga” y por el de corresponsabilidad entre diversos niveles de administraciones públicas, las empresas y los consumidores.

El V programa cuyo término *ad quem* estaba señalado en 1999 no se ha traducido en acciones plenamente satisfactorias. En verdad en algunas áreas el nivel de contaminación ha disminuido, peor en términos generales el deterioro ambiental no ha sido detenido.

---

[393] Para una amplia profundización de la calificación del Medio Ambiente como objeto de tutela jurídica y para la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vésase M. Cecchetti, op. Cit. El problema ha sido ampliamente desarrollado en los dos volúmenes de *Ambiente e diritto*, cit., de los que cfr. la Entroducción de S. Gras, pp. 7 y ss.

Se ha discutido mucho sobre cómo formular el VI programa que está actualmente en el candelero pero que no ha obtenido todavía la aprobación definitiva por parte de las instituciones comunitarias. En el informe introductorio, se propone que la política ambiental de la Unión adopte un enfoque innovador a fin de mejorar la aplicación de la legislación ambiental existente, de coordinar las problemáticas ambientales con otras de las que los órganos comunitarios deban hacerse cargo; de dirigir producción y consumo hacia modelos más sostenibles; de proporcionar una mejor información ambiental; de colaborar con los estados miembros en la gestión del territorio. Cuatro son las áreas de acción que el programa considera prioritarias. Se trata de: la estabilización de las concentraciones atmosféricas del denominado gas de invernadero; la más firme y eficaz reglamentación de las políticas agrícolas; la actuación de los principios de precaución y prevención especialmente cuando la calidad del ambiente se refleje sobre la salud humana; el uso más sostenible de los recursos. El enfoque innovador debe también considerar la eventual ampliación de la Unión y las relaciones que ésta mantiene con otros organismos internacionales.

Al considerar el futuro de la Unión, con especial atención a las que pueden ser las consecuencias para el binomio Medio Ambiente-desarrollo, parece necesario una breve alusión a la 'Carta de los Derechos Fundamentales' de la Unión Europea. Se trata hoy por hoy de un acto meramente político en el que no obstante están recogidos los valores comunes de los pueblos europeos y, entre éstos, en el sentido del art. 37, la tutela del Medio Ambiente[394]. Se precisa sin embargo que el nivel de tutela ambiental debe ser elevado, que la mejora de la calidad se integra en las políticas de la Unión según las reglas del desarrollo sostenible. En sustancia se trata de reconocer la complementariedad entre ecología y desarrollo económico[395].

4. La circulación de las ideas

En un ensayo publicado en 1991, Gabriele Scimemi revelaba que "las opiniones más difundidas en los países occidentales económicamente avanzados en relación al futuro del Medio Ambiente se caracterizan cada vez más... por una clara conciencia de la gravedad de la emergencia y de un fuerte compromiso para afrontarlas". El compromiso -a su juicio- era apreciable; lo era menos en cambio la idea sostenida en los programas del período de que la economía, la ciencia, la tecnología y la democracia puedan sustituir a la ética y "mantener sobre la recta vía el comportamiento humano"[396]. Si consideramos las Cartas constitucionales en las que se disciplina el Medio Ambiente (pero análoga observación podría hacerse, a

[394] Cfr. A. Lucarelli, Art. 37: Tutela del Medio Ambiente, en *LaEuropa de los derechos*, a cargo de R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bolonia, 2001, pp. 258 y ss.
[395] A. Lucarelli, op. Ult. Cit., p. 263.
[396] Cfr. G. Scimemi, *L'etica nellepolitiche ambientali: una prospettiva enternazionale*, en *L'etica nelle politiche ambientali* (a cargo de Pippoli y Timmermann), Padova, 1991, pp. 39 y ss.

nuestro juicio, si, ante el silencio de la Constitución, -o a falta de ésta-, la materia resultara diferentemente regulada en sistema de fuentes), no podemos no reconocer que en los países avanzados y señaladamente en los pertenecientes a la Unión Europea, la protección del Medio Ambiente implica creciente atención; además, si no nos engañamos, la perspectiva ética ha comenzado a abrirse camino tanto en la formulación de las normas como en su aplicación completa. Comparando las disposiciones constitucionales más recientes, no es difícil discernir en el ámbito comunitario un aliento ético análogo si no idéntico. Apuntes en este sentido se encuentran por ejemplo en la Constitución griega (1975-1986) cuyo art. 24 aproxima el ambiente natural al cultural confiando al estado la protección de ambos. La ética está sin duda presente en la Constitución portuguesa de 1976 cuyo art. 66, como observa Gerardo Ruiz-Rico Ruiz[397], formula un programa verdaderamente ambicioso. Se tiende a un Medio Ambiente de vida humano sano y ecológicamente equilibrado; se propone garantizar la conservación de los valores culturales; se pretende salvaguardar la capacidad de renovación de los recursos naturales y de la estabilidad ecológica; se promueve la educación ambiental y el respeto de los valores a los cuales ésta remite. El deseo formulado por Scimemi de "mantener sobre la recta vía el comportamiento humano" informa el art. 45 de la Constitución Española: al derecho de disfrutar de un ambiente adecuado corresponde el deber de conservarlo y la utilización racional de los recursos naturales. En la Carta alemana se ha aportado una modificación orientada en el mismo sentido (art. 20 GG) con el intento de proteger los fundamentos naturales de la vida "también en vista de la responsabilidad para las futuras generaciones". La constitución Belga ha suido a su vez modificada (art. 23.4) para garantizar a todos el derecho a la protección de un ambiente sano. Sano, nótese, no saludable, justo para acentuar que la calidad del ambiente es importante por sí sola y no sólo por los resultados sobre la salud humana.
Aparece claro para el comparatista que las disposiciones constitucionales relativas a la disciplina del Medio Ambiente en los países de la Unión Europea presentan más de una analogía y, -como se verá examinando la experiencia italiana-, incluso en ausencia de reconocimiento textual, la normativa subordinada refleja orientaciones análogas aun cuando no idénticas. En el área que Mario Patrono ha definido eficazmente el País de Europa, los principios y los programas toman forma sobre la base de exigencias comunes, expresadas con claridad a nivel comunitario; la intensa circulación de las ideas determina el acercamiento de los modelos normativos internos, si bien con las diferencias –a menudo son sólo matices- que distinguen un sistema de otro. A la común convicción de que la naturaleza sea tutelada y que su protección debe ser más intensa y cautelosa de lo que fue en el pasado, no corresponde, sin embargo, un igual desvelo por traducir en términos operativos las líneas programáticas. Cada ordenamiento estatal debe afrontar con las exigencias específicas propias;

[397] Sobre este punto cfr. G. Ruiz Rico-Ruiz, *La tutela dell'ambiente en Spagna*, en *Diritti della natura* (a cargo de Luca Mezzetti), Padova, 1997, p. 231.

ponderar el ‘valor ambiente’ con otros ‘valores’; establecer, según los casos, prioridades y equilibrios. De aquí se sigue que los tiempos y los modos de actuación de reglas similares se revelen, a la hora de la verdad, sensiblemente diferentes.

5. La tutela constitucional del Medio ambiente en Italia

La Constitución italiana, como hemos dicho, no contiene la palabra ambiente pero no obstante ofrece más de un apoyo al intérprete para proteger los lugares en los que el hombre vive y trabaja, y la fauna y la flora de los mismos. Un punto útil de partida se basa en la idea, expresada en su tiempo por Massimo Severo Giannini, de que el Medio ambiente representa una síntesis verbal y que para su tutela se pueda acudir a las normas relativas al paisaje, a la salud y al urbanismo[398]. Con el transcurso del tiempo, la tridente gianniniano ha añadido nuevos dientes. Ahora bien, las problemáticas ambientales permean gran parte del tejido constitucional.

Las disposiciones constitucionales a las que se remite el intérprete con mayor frecuencia, -los principales pilares sobre los cuales se ha construido gradualmente el derecho al Medio Ambiente- están representados por las frases “la república…tutela el paisaje” y “la República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y el interés de la colectividad”, contenidos, respectivamente en el art. 9 y en el art. 32 de la Constitución. Según la orientación hoy dominante el término República en estas frases –no necesariamente en otros contextos de la Constitución- indica el ordenamiento estatal en sus múltiples articulaciones (Estado, Regiones, Provincias, Ayuntamientos, etc.).

Para definir el término paisaje, a los fines de la tutela ambiental, ha sido necesario abandonar la perspectiva inicial que se limitaba a distinguir en éste: bien cosas de interés artístico e histórico de valor estético y tradicional, bien paisajes de singular belleza a los que atribuir la calificación de espacios naturales. El nuevo enfoque extiende el significado a la ‘forma del territorio’ entendida, en palabras de Alberto Predieri como forma sensible del ambiente en la que se manifiesta la continua interacción de la naturaleza y el hombre.

La salubridad de los lugares donde la persona humana vive y desenvuelve sus actividades es considerada elemento necesario para la tutela de los derechos y del interés garantizados por el art. 32 CI. Con dos consecuencias: la disposición en cuestión permite configurar un derecho subjetivo y un interés de la colectividad (difuso) a un ambiente saludable; impedir que los contaminantes sean nocivos a la salud es tarea de la República (en sus diversas articulaciones). La comparación con las normativas extranjeras sugiere que nos preguntemos en qué medida la noción de ambiente saludable, -y por ello no nocivo para la salud del hombre- pueda alejarse de la más general de Medio Ambiente, intrínsecamente sano.

[398] R. Ben, *Piani territoriali e prencipio di sussidiarietà*, en *Le región*, 2001, pp. 114-121.

En un contexto como el italiano en el que el Medio Ambiente viene progresivamente asumiendo la connotación de nuevo derecho e incluso de derecho fundamental, al que atribuir valor primordial, parece natural buscar un apoyo para su tutela en la tipología de derechos inviolables del hombre que la República reconoce y garantiza además de en la de derechos inderogables de solidaridad política, económica y social (art. 2 CI). En el mismo sentido se puede afirmar que, cuando combate las contaminaciones, la República contribuye a remover un tipo de obstáculo (de orden económico y social) que impide el plano de desarrollo de la persona humana (en línea con lo prescrito por el art. 3.2º párrafo, CI).

Incluso las disposiciones dedicadas a relaciones económicas (Título III CI) al prever programas, controles e intervenciones del Estado para fines sociales o de interés general representan puntos de referencia para la disciplina del Medio Ambiente.

Finalmente, se ha puesto de relieve que la forma regional del ordenamiento italiano ha suscitado numerosos problemas relativos a las competencias públicas en el campo medioambiental. En particular, las relaciones Estado-Regiones, fijadas en la Carta, y corregidas sin tocar la Constitución, a través del conferimento de funciones y tareas administrativas del Estado a las regiones y a los Entes locales, han sido hace poco objeto de una importante reforma (aprobado con referéndum el 7 de octubre de 2001), que introduce notables modificaciones en el Título V de la Constitución.

Nos reservamos desarrollar en otra sede -dedicándole el amplio espacio que merece-, el análisis del texto reformador en cuestión. Pero una primera lectura nos aconseja a llamar desde ya la atención sobre algunas disposiciones destinadas a incidir sobre la dinámica de las problemáticas ambientales. En el art. 3 de la ley de reforma constitucional que modifica el art. 117 CI se reconocen expresamente a nivel constitucional los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales. Se atribuye al Estado la legislación sobre determinadas materias (esto comporta un “derrocamiento” del criterio hasta ahora aplicado en el reparto de competencias entre el Estado y las Regiones) y se indica entre éstas la tutela del Medio ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales. El vocablo ‘ambiente’ entra así, por primera vez, en la Constitución italiana.

Esta última inclusión echa por tierra nuestro convencimiento de que aquella decisión escogida en Italia por voluntad, por prudencia, por indecisión o por desidia de las fuerzas políticas, de no admitir las propuestas reformadoras para la introducción del vocablo ‘ambiente’ en la Constitución parecía estar destinada a permanecer en el tiempo; si bien, a decir verdad, el ‘haz de situaciones subjetivas’ distintamente estructuradas y distintamente tutelables a las que se refiere Giuseppe Morbidelli[399], y de las que nos hemos hecho eco sin pretensión alguna de ser exhaustivos, no ha resultado esencialmente modificado.

[399] Giuseppe Morbidelli, *Il regime ammenistrativo speciale dell’ambiente*, en *Scritti en onore di Alberto Predieri*, tomo II, Milán, 1996, pp. 121y ss, p. 1132.

Hay que hacer notar por otra parte que otras materias, estrechamente conectadas al Medio ambiente, -hasta ahora consideradas entre las que son reconducibles al Medio Ambiente-, son objeto de legislación concurrente entre el Estado y las Regiones (ordinarias). Lo son, por ejemplo, las relaciones internacionales de las regiones y las de éstas con la Unión Europea; lo son la tutela de la salud y el gobierno del territorio; lo es la valoración de los bienes ambientales. En este marco se incluye el expreso reconocimiento, a nivel constitucional (*ex* art. 4 de la ley de reforma) del principio de subsidiariedad.

5.1. El ambiente como valor constitucional

Los puntos de referencia indicados y otros que el intérprete podría recabar del texto de la Constitución Italiana, conducen a sostener -como oportunamente ha señalado Marcello Cecchetti-[400], que la configuración jurídica del Medio Ambiente sea la de un 'valor constitucional' a ponderar con otros valores. Aun así tal categorización, como ha apuntado oportunamente Caravita no debe hacer perder de vista que en la Constitución italiana y en otras que comparten con ella el carácter democrático y social, existen principios fundamentalísimos -como el principio de centralidad de la persona humana- que deben ser necesariamente superpuestos al interés medioambiental. Por otra parte, "a través de los valores se consigue infiltrar en las disposiciones constitucionales los significados que, más allá del dato literal, han sido extraídos de la historia, de concepciones éticas de justicia y de equidad, del sentimiento común, y que en consecuencia se insertan en ese proceso -por tantos puesto de manifiesto- de apertura de las constituciones a lo social, pero también a la moral... y en general a las reglas no expresas, pero fundamentales, sobre las que se rige una colectividad"[401].

El Tribunal Constitucional ha atribuido al Medio ambiente el carácter de principio fundamental del ordenamiento italiano. Tal atribución ha tardado sin embargo en tomar cuerpo. El juez de las leyes no se había ocupado en un principio de la materia. A modo de ejemplo, puede recordarse que en una sentencia de 1959, la n. 65, el Tribunal se remitía a la tutela del paisaje (*ex* art. 9 CI), del cual acogía sin embargo la concepción meramente estética. Más tarde, el mismo órgano jurisdiccional subrayaba la importancia de la conservación del patrimonio pesquero y de los recursos biológicos del mar (sent. n. 203 de 1974). Sólo en el decenio posterior el medio ambiente se convertía en constitucionalmente relevante y la Corte le atribuía valor primario, bien remitiéndose al art. 9, bien al art. 32 CI. En aquellos años, el tribunal delineaba una "concepción unitaria del bien ambiental, comprensiva de todos los recursos culturales y ambientales" e indicaba como reconducibles al ambiente "la conservación, la gestión racional y la mejora de las condiciones naturales (aire, aguas, suelo y territorio en todas sus

[400] Marcello Cecchetti, op. cit., p. 33.
[401] Morbidelli, *Il regime*, cit., pp. 1138-1139.

componentes),... y en definitiva la persona humana en todas sus manifestaciones[402]. Nos hemos preguntado si ésta es o no una definición o si se limita a una descripción, por lo demás "algo chapucera". En cualquier caso, en este período y más aún en los años siguientes, el tribunal considera la tutela del Medio ambiente como valor fundamental del ordenamiento mostrando como señala Marcello Cecchetti "haber madurado una concepción plenamente correcta y moderna del Medio Ambiente como objeto de tutela jurídica...de un valor que se configura como síntesis en una visión global e integrada"[403].

6. La tutela constitucional del Medio Ambiente en Suiza

En el marco europeo (nos referimos a Europa occidental obviamente) la Constitución suiza se caracteriza por un cierto retraso en la recepción del modelo social. Se constata con evidencia a causa de las 'lagunas' que la contraponen a las otras constituciones europeas, y en particular a causa de la relativa al derecho a la salud, tan próximo a la tutela medioambiental[404]. La situación es radicalmente diferente en el caso de la tutela medioambiental, ya que ésta encuentra espacio en Suiza desde hace ya bastante tiempo. En efecto, Suiza ha estado entre los precursores de la tendencia a constitucionalizar la tutela del Medio Ambiente. Ello tuvo lugar en 1971[405], mediante la inclusión en la Constitución de un artículo, el 24*septies*, con el que se atribuyó a la Confederación la competencia de emanar "disposiciones legislativas para proteger el hombre y su ambiente natural de los agentes dañosos o molestos"[406].

La disposición constitucional destinada a tutelar el Medio Ambiente[407] es de este modo principalmente una norma sobre la competencia, que se

---

[402] Tribunal Constitucional.

[403] Marcello Cecchetti, *Prencipi costituzionali*, cit. pp. 22-23.

[404] Enútil y desviado sería en esta sede una enumeración de las Constituciones europeas que contienen una específica disposición para la tutela del derecho a la salud. Baste decir, a título de ejemplo, que el derecho a la salud es tutelado de varias maneras en la Constitución italiana (art. 32), en la española (art. 43), portuguesa (art. 64), griega (art. 21, párrafo 3).

[405] Si se tiene en cuenta que ya el art. 24 origenal proporcionaba la base para una acción de la Confederación de tutela del Medio Ambiente, no es encorrecto decir que ésta se remonta, al menos en cierta medida, a 1874.

[406] La ampliación de la esfera de competencias estatales en Suiza debe siempre tener lugar mediante una reforma constitucional. Ello deriva como lógica consecuencia del prencipio en base al cual las competencias de la Confederación son aquellas, y sólo aquellas, puntualmente enumeradas en el texto de la Constituci´pon (cfr. art. 3 CS 2000). Hay también que señalar que a causa de la lentitud del procedimiento legislativo helvético (para las causas de nos permitimos remitir a nuestro trabajo *L'apertura democratica del procedimento legislativo svizzero nella fase preparlamentare: funzionamento e ruolo della progettazione legislativa*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, III, pp. 1287 y ss.); desde la atribución de una nueva comepotencia a su concreta actuación pasan enevitablemente numerosos años; es loq ue ha sucedido también con la ley que ha dado ejecución al mandato contenido en el artículo 24*septies*. La ley federal sobre la protección del Medio Ambiente (*LPMamb*) ha entrado fenalmente en vigor 12 años más trade de la votación con la que el pueblo y Cantones habían aprobado la reforma que entroducía el art. 24*septies* en la Constitución.

[407] Se ha dicho que una reciente reforma constitucional ha afectado también al artículo 24*septies*. La disciplena constitucional de tutela delMedio Ambiente no ha sufrido sen embargo modificaciones sustanciales; los contenidos del artículo 24*septies* han sido confirmados y junto a ello han sido

caracteriza por a) dirigirse al legislador federal con un mandato imperativo, además de a cualquier otra autoridad que ejerza tareas relativas a la tutela del Medio Ambiente; b) definir como objeto de protección el hombre y su ambiente natural; c) asumir como situaciones peligrosas para el ambiente cualquier agente dañoso o molesto; d) confiar en principio la competencia ejecutiva a los Cantones aunque con la posibilidad de atribuirla mediante ley a la Confederación[408].

6.1. El carácter global de la disciplina medioambiental

La característica acaso más interesante del artículo 24*septies* consiste en el hecho de que su formulación ha hecho posible una actuación legislativa de carácter global para la tutela del medioambiente, en la que el carácter de la globalidad debe medirse: en relación a la extensión del mandato, que no vincula sólo al legislador federal sino a todas las autoridades estatales (*supra* punto a); en relación al objeto protegido (el hombre y su ambiente natural, *supra* punto b) y por último, en relación a los peligros que el legislador ha tenido que combatir en cumplimiento de su mandato (*supra* punto c).

Por lo que se refiere a la extensión del mandato, ésta trae su causa del carácter supremo de la fuente en el que se encuentra contenido: la Constitución. Siendo la Constitución la norma jerárquicamente supraordenada a cualquier otra, resulta de ahí que todas las autoridades públicas están obligadas a actuar respetando las obligaciones que de ella derivan. En el caso de la tutela medioambiental, que es lo que aquí nos interesa, significa que las autoridades competentes a adoptar disposiciones específicas en materia de tutela medioambiental (por ejemplo la Oficina Federal de la Aviación, y como ésta muchas otras autoridades públicas) están obligadas a respetar la ley federal sobre la protección del Medio Ambiente (*LPMAmb*)[409] en lo relacionado con la protección de tipo global, así como lo están los Cantones y los ayuntamientos. El artículo 24*septies* no ha concentrado, pues, la competencia en materia de protección medioambiental en las manos de una sola autoridad, o, dicho en otras palabras, no libera a las autoridades federales que tienen atribuidos cometidos específicos (los otros departamentos que actúan en función de las competencias que les

---

recibidos algunos prencipios ya identificados como fundamentales para el derecho medioambiental como el desarrollo sostenible (art. 73 CS 2000) y el prencipio "quien contamena paga" (art. 74 párrafo 2 CS 2000). Donde sea necesario evitar eventuales confusiones emplearemos las denomenaciones CS 1874 y CS 2000.

[408] Un marco exhaustivo de la disciplena medioambiental suiza se puede encontrar en Ariane Ayer-Benoît Revaz, *Droit suisse de l'environnement: code annoté*, Friburgo, Editions Universitaires, 1999. Se trata de un enstrumento endispensable en virtud de las óptimas anotaciones que en su conjunto contribuyen a dibujar una completa panorámica del derecho medioambiental suizo, tanto desde el punto de vista de la *law en the books* que desde el punto de vista de la *law en acteno*. En italiano se puede consultar útilmente Patricia Macchia, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplena del sistema produttivo nell'ordenamento giuridico elvetico. Apporti comparatistici e brevi spunti enterpretativi*, Nápoles, Jovene, 1994.

[409] Ley federal de 7 de octubre de 1983 sobre protección del Medio Ambiente, en *Raccolta sistematica* 814.01.

asignan otros artículos de la Constitución)[410] de vigilar la protección del Medio Ambiente[411]. También los Cantones, así como todas las otras instancias estatales, están por consiguiente vinculadas por el mandato constitucional, o sea, dicho en otros términos, tampoco ellos pueden desentenderse de la obligación de vigilar la protección del Medio Ambiente. En cuanto a las autoridades subordinadas a las federales (Cantones y ayuntamientos) rige además la regla de la fuerza derogatoria del derecho federal, dimanante del artículo 65 *LPMAmb*[412], principio según el cual el derecho federal excluye al cantonal sólo donde la Confederación quiera disciplinar de modo exhaustivo una materia[413].

En relación al segundo aspecto aludido, -la globalidad relativa al bien protegido-, se explica con la exigencia de proporcionar una cobertura completa a la protección medioambiental residenciable -o mejor decir superponible- en el sistema de disposiciones dirigidas a la protección de bienes específicos (en la nueva Constitución los arts. 77 para los bosques, 76 para las aguas; 78 para la naturaleza y el paisaje; 80 para los animales). De este modo, es decir, procediendo de una concepción amplia de la protección medioambiental[414], el artículo 74 aparece orientado, no de modo muy distinto a lo que sucedía anteriormente con el art. 24*septies*, a la tutela del aire, agua, suelo, animales, plantas, paisaje[415], biocenosis y biotopos, así como, objeto de tutela privilegiado, el hombre[416].

Queda finalmente el último aspecto: el inherente a los peligros que el legislador ha tenido que combatir cumpliendo su mandato, o sea los "*agentes* dañosos o molestos" a los que se refería el art. 24*septies* y que han sido sustituidos por los "*efectos* nocivos o molestos" para el hombre y su ambiente natural del artículo 74 CS del 2000[417]. El Constituyente pretendía con tal definición orientar la acción del legislador hacia cualquier situación potencialmente dañosa para el Medio ambiente. Este carácter aparece con mayor claridad en el nuevo art. 74, en el que ha desaparecido la prioridad

---

[410] Cfr. *enfra* en esta misma parte del trabajo.

[411] En este sentido, Thomas Fleener, Art. 24*septies*, en *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confederation suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Helbeng & Lichtenhan, 1986, pp. 18 y ss., nn. 81 y ss.

[412] El artículo 65 párrafo 1 *LPMamb* sanciona lo siguiente: "hasta que el Consejo federal no haga expresamente uso de su facultad de emanar ordenanzas, los Cantones, oído el Menisterio Federal del Enterior, pueden emanar, dentro de los límites de la presente ley, disposiciones propias".

[413] Se trata de un prencipio muchas veces confirmado por el Tribunal Federal. Cfr. Sentencia del Tribuna Federal en *Recueil officiel des arrèts dutribunal federal suisse* (en adelante *AFT*) 109 Ia, 67. Por poner un ejemplo, la ista de enstalaciones sometidas a valoración del impacto ambiental es exhaustiva y no puede por tanto ser extendida mediante disposiciones de rango cantonal (en *ATF* 118 Ia, 299).

[414] Cfr. Thomas Fleener, Art 24*septies*, cit., pp. 5 y ss, nn. 13 y ss.

[415] El paisaje no recae directamente en el ámbito de aplicación del artículo 74. Si bien se lo ha entendido en virtud de sus cualidades estéticas, encuentra de hecho una específica protección en el artículo 78. Todo ello no impide que la protección del hombre y de su ambiente natural se refleje enevitablemente, siquiera de un modo endirecto, sobre el paisaje.

[416] No se puede negar que el enstrumento constitucional de protección del Medio Ambiente haya sido concebido en térmenos antropocéntricos, visión que por lo demás entendemos muy lejos de ser superada encluso en los otros ordenamientos que han seguido la vía de la constitucionalización de tales enstrumentos.

[417] La cursiva es nuestra.

que el Constituyente había querido atribuir a los problemas de la contaminación atmosférica y acústica[418]. Desde este punto de vista, la globalidad de la acción ha encontrado manifestación en numerosas disposiciones de la *LPMAmb*, en particular, como es por lo demás obvio, aquellas que establecen la definición de efectos nocivos o molestos (art. 7 *LPMAmb*) y regulan el modo en que deben ser valorados (art. 8 *LPMAmb*). La ley de desarrollo del artículo 24*septies* ha entendido de hecho los efectos nocivos o molestos en el sentido de cualquier modificación (artificial) del estado natural del Medio Ambiente -tal es el alcance del art. 7 *LPMAmb*-, estableciendo después que éstos deben ser "valorados individualmente, globalmente y según su acción conjunta" (art. 8 *LPMAmb*).

6.2. El reparto de competencias en materia medioambiental

La norma con la que el Constituyente suizo ha pretendido conceder rango constitucional a la tutela del Medio Ambiente atribuía a la Confederación un mandato imperativo a fin de que aquélla se activase con los medios adecuados a la protección del Medio Ambiente, reservando contextualmente a los Cantones, en líneas generales, la competencia ejecutiva correspondiente a las prescripciones federales (art. 24*septies*, párr. 2 CS 1874 y art. 74, párr. 3 CS 2000). De este modo se ha creado una suerte de doble grado de ejecución: por una parte el cumplimiento del mandato contenido en la propia disposición constitucional, tarea que corresponde al legislador federal[419], por otra la ejecución de las disposiciones federales así adoptadas, confiada a los Cantones en virtud de párrafo 3º del artículo 74 CS 2000.

La subdivisión de las competencias entre Confederación y Cantones es por tanto clara; es reconducible principalmente al esquema del federalismo de ejecución, y se articula ulteriormente según las modalidades de lo que se suelen definir como competencias delegadas.

En cuanto al federalismo de ejecución, hay que decir que, de conformidad con lo dispuesto constitucionalmente, el artículo 36 *LPMAmb* ha reservado con carácter general a los Cantones el encargo de dar ejecución a la legislación federal. Específicamente esto significa: por una parte que los Cantones han debido (y deben) disponer de una administración y de un

[418] El párrafo1º del artículo 24*septies* "la Confederación emana disposiciones legislativas para proteger el hombre y su ambiente natural de los agentes dañosos o molestos. *Ésta, especialmente, combate la contamenación atmosférica y el ruido*" (cursiva nuestra) se ha convertido en el artículo 74 "La Confederación emana prescripciones para la protección del hombre y de su ambiente natural de los efectos nocivos o molestos", y nada más.

[419] Usamos aquí la expresión legislador federal en sentido amplio, es decir comprensivo de todas las autoridades habilitadas para entervenir con actos propios la ejecución del mandato dirigido a la Confederación. Estos de ehecho no establecían limitaciones en cuanto a los enstrumentos adoptables. Junto a la ley ordenaria están los decretos federales de alcance general, las ordenanzas del ejecutivo con las que se ha dado aplicación a la misma *LPMAmb*, las convenciones enternacionales, así como las directivas y recomendaciones del art. 6 párrafo 3º *LPMAmb*. De enstrumentos se puede hablar también en sentido estrictamente técnico. Desde este punto de vista las disposiciones del legislador son múltiples: las clásicas medidas de policía (prohibiciones, etc.), impuestos de encitación, subvenciones de varios tipos, etc.

procedimiento en materia medioambiental; por otra que es para ellos obligado coordinar las propias actuaciones, en particular en los proyectos de autorización múltiple (principio de coordinación)[420].

Los Cantones no tienen de todos modos sólo competencias de ejecución del derecho federal: pueden de hecho también dictar normativas que concurren, junto a la federal, a realizar la tutela del Medio Ambiente, con tal que, y éste es el elemento fundamental, el legislador federal se lo atribuya expresamente. En virtud del principio de la fuerza derogatoria del derecho federal, según el cual este último excluye el derecho cantonal sólo donde la Confederación haya pretendido disciplinar de modo exhaustivo una materia[421], debe tenerse en cuenta que después de la entrada en vigor de la *LPMAmb* las competencias autónomas y paralelas de los Cantones han sido excluidas. La *LPMAmb* contiene en efecto una disciplina exhaustiva en materia medioambiental, lo que deja a los Cantones la sola posibilidad de ser 'beneficiarios' de una delegación legislativa[422].

Conclusiones

La comparación entre los dos ordenamientos que hemos examinado induce a reflexionar sobre las interrelaciones existentes entre tutela medioambiental y forma de Estado. Si es verdad, como se sostiene, que el Estado italiano pertenece a la tipología de los Estados Sociales de Derecho, la tutela del medioambiente debe considerarse desde esa perspectiva. En efecto, como se ha visto, entre los puntos de referencia para desarrollar el derecho al Medio Ambiente, encontramos los fines sociales y el interés general que el ordenamiento considera fundamentales así como el derecho subjetivo y el interés de la colectividad a la salud que la República está llamada a tutelar. De modo muy diferente, en Suiza la protección del hombre y de su ambiente no aparece admitida entre los fines sociales. Además en la Constitución federal falta un reconocimiento formal del derecho a la salud (la materia al día de hoy está incluida en la esfera de competencia de los Cantones). Esto induce a defender que el ordenamiento suizo debe ser calificado no como Estado Social sino como Estado Liberal-democrático. En segundo lugar, se desprende de las normas relativas a la protección del Medio Ambiente, algunas diferencias entre el ordenamiento regional y el ordenamiento federal, respectivamente, de los dos ordenamientos italiano y suizo. El problema ha adquirido después nuevas connotaciones con la aprobación de las modificaciones del Título V de la Constitución. Al Estado efectivamente se ha atribuido la legislación exclusiva en materia de Medio Ambiente; la tutela de la salud ha sido incluida por contra entre las materias de legislación concurrente. Además por primera vez se ha reconocido a nivel constitucional un papel de las regiones en la determinación de las relaciones

[420] Prencipio desarrollado por el Tribunal Federal por primera vez en al sentencia ahora en *ATF*, 116, Ib, 50, así como en *Journal des Tribunaux* (abreviado *JdT*), 1992, I, 469.
[421] *Supra*, parte 5.1, en particular nota 43.
[422] Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de valoración del impacto ambiental.

internacionales y supranacionales que les afectan[423]. En Suiza, en cambio, el reparto de competencias en materia medioambiental aparece claramente trazada por la Constitución también por lo que concierne al papel de los Cantones en las decisiones de política extranjera. Tales decisiones pueden ser asumidas por la Confederación pero en este caso las autoridades federales deben consultar a los Cantones; por lo que se refiere a las materias que pertenecen a la esfera de los Cantones los procedimientos son varios, pero en cualquier caso implican deliberaciones cantonales.

[423] Para una enterpretación evolutiva del llamado "poder exterior regional", cfr. Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*), sentencia n. 179/1987.