

Revista de Derecho

Publicación arbitrada de la
Universidad Católica del Uruguay

REVISTA DE DERECHO

PUBLICACIÓN ARBITRADA

DE LA

UNIVERSIDAD CATÓLICA

DEL URUGUAY

04

2009

CONSEJO DE REDACCIÓN

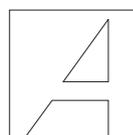
Juan Carlos Peirano

Martín Risso Ferrand

Eugenio Xavier de Mello

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Gabriela Aguirre Grompone



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo

De esta edición:

© 2009 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY
8 de Octubre 2738 - CP 11600, Montevideo
Teléfono 487 2717 - Fax 487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy> - Correo electrónico: secinfor@ucu.edu.uy

© 2009 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Telefax: (#49-30) 269 96 0

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974 - Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Diseño de tapa: Taller de Comunicación

Corrección: M. Dutto y M. L. Ltaif

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l.
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 351.059 - Comisión del Papel
Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:
Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Av. 8 de Octubre 2738,
CP 11600,
Montevideo, Uruguay. Teléfonos (5982) 487 2717* - Fax (5982) 487 5225.
E-mail: fderecho@ucu.edu.uy

Biblioteca P. Manuel Gutiérrez Semprún S.J.
Por canje dirigirse a canje@ucu.edu.uy o envío de correspondencia a Biblioteca- Canje
Universidad Católica del Uruguay
8 de octubre 2738
Montevideo, 11 600, Uruguay

Todos los derechos reservados.

AUTORIDADES INSTITUCIONALES

MONS. DR. NICOLÁS COTUGNO FANIZZI SDB
GRAN CANCELLER

P. JUAN JOSÉ MOSCA SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

DR. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

CR. AUGUSTO BAYLEY
Vicerrector Administrativo

A. S. CECILIA ZAFFARONI
Vicerrectora Interina del Medio Universitario

DRA. SANDRA SEGREDO
Secretaria General de la Universidad Católica del Uruguay

FACULTAD DE DERECHO

DR. MARTÍN RISSO FERRAND
Decano

DRA. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaria Académica

DRA. GABRIELA AGUIRRE GROMPONE
Coordinadora de Investigaciones y Publicaciones

DRA. NATALIA LARROSA
Coordinadora de Actividades Extracurriculares

DRA. MARIELLA SAETTONE
Coordinadora de Diplomados en Derechos Humanos

ESC. JULIA SIRI
Coordinadora de Notariado

DR. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Director del Departamento de Derecho Administrativo

DR. CARLOS DE CORES
Director del Departamento de Derecho Civil

DR. EUGENIO XAVIER DE MELLO
Director del Departamento de Derecho Comercial y Bancario

DR. DANIEL OCHS
Director Interino del Departamento de Derecho Constitucional

DR. RAÚL CERVINI
Director del Departamento de Derecho Penal

DR. WALTER GUERRA
Director del Departamento de Derecho Procesal

REVISTA DE DERECHO CONSEJO ASESOR NACIONAL

Alejandro Abal
Juan Blengio
Juan Pablo Cajarville
Santiago Carnelli
Horacio Cassinelli Muñoz
Raúl Cervini
Carlos de Cores
Carlos Delpiazzo
Augusto Durán
Cecilia Fresnedo
José María Gamio
Ronald Herbert
Ángel Landoni
Carlos Musetti
Didier Operti
Amadeo Ottati
Siegbert Rippe
Mabel Rivero
Óscar Sarlo
Leslie Van Rompaey
María Wonsiak

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Luis Aguiar de Luque (España)
Luis Fernando Álvarez (Colombia)
Silvina Bacigalupo (España)
Jesús María Casal (Venezuela)
Juan Carlos Cassagne (Argentina)
José Luis Cea Egaña (Chile)
Paulo de Barros Carvalho (Brasil)
Raúl A. Etcheverry (Argentina)
Luis Fernández Segado (España)
Silvio Gambino (Italia)
Giuseppe Gandolfi (Italia)
Domingo García Belaunde (Perú)
Rafael Illescas Ortiz (España)
Marc Lacoursière (Canadá)
Pierre Lemieux (Canadá)
Luca Mezzetti (Italia)
Iñigo A. Navarro Mendizábal (España)
Carlos Antonio Nedel (Brasil)
Mariano Negrón (Puerto Rico)
Humberto Nogueira Alcalá (Chile)
Loretta Ortiz (México)
Julio C. Otaegui (Argentina)
Milagros Otero Parga (España)
Néstor Sagüés (Argentina)
Jean Stoufflet (Francia)
Alberto Tarsitano (Argentina)
Arnoldo Wald (Brasil)
Jan Woischnik (Alemania)

ÍNDICE

DOCTRINA

LÍMITES ENTRE EL AHORRO FISCAL Y LA DEFRAUDACIÓN PUNIBLE:
LAS ACTUACIONES EN *FRAUDE* A LA LEY TRIBUTARIA

Silvina Bacigalupo..... 11

LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

Paulo de Barros Carvalho 35

NUEVAS FORMAS DE RELACIONAMIENTO PÚBLICO-PRIVADO
EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS DEL ESTADO

Augusto Durán Martínez..... 57

A TRADIÇÃO E A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO
DE POSSIBILIDADE À PERSPECTIVA UNIVERSAL E MULTICULTURAL
DOS DIREITOS HUMANOS: CONSTRUINDO ESPAÇOS PARA A SUA
PROTEÇÃO

Wilson Engelmann 103

EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS
POR EL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Francisco Fernández Segado 137

DERECHOS SOCIALES, CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN EUROPEA	
<i>Silvio Gambino</i>	187

PRINCIPIOS APLICABLES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA	
<i>Mabel Rivero de Arhancet, Beatriz Ramos Cabanellas</i>	243

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO	267
---	-----

DOCTRINA

Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en *fraude a la ley tributaria**

*Silvina Bacigalupo***

RESUMEN. En toda Europa y particularmente en España la mejor doctrina ha observado la creciente y preocupante tendencia jurisprudencial a confundir los casos de fraude de ley tributarios con la simulación explicitada en el tipo penal objetivo del delito fiscal, y todo evidenciando una clara tendencia a privilegiar los intereses financieros de la hacienda pública por sobre los principios de un derecho penal tributario de inspiración democrática. Afortunadamente, la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, supo restablecer la racionalidad dogmática perdida por medio del citado pronunciamiento, el que aparece con gran trascendencia tanto doctrinal como práctica. En el presente artículo, la autora analiza los extremos técnicos de dicho fallo y sus implicaciones dogmáticas a fin de esclarecer definitivamente si ciertos comportamientos calificables como fraude de ley tributarios se subsumen bajo el tipo penal del delito fiscal o si, por el contrario, dicha subsunción lesiona el principio de legalidad por suponer una analogía *in malam partem*.

PALABRAS CLAVE. Delito fiscal. Fraude. Simulación.

ABSTRACT. Throughout Europe and in particular in Spain, scholars have noticed growing and disturbing case-law which confuses cases of tax fraud with the simulation provided for in the objective description of the tax crimes, showing a clear trend to benefit the financial interests of the Public Treasury over the principles of modern Criminal Law, inspired by the principle of democracy. Fortunately, the decision of the Spanish

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

Constitutional Tribunal n.º 120/2005 of May 10, which had a great impact both among scholars and in daily practice, reestablished the apparently lost dogmatic rationality. In the present article, the author analyzes the technical aspects of the decision, as well as its dogmatic implications, in order to clarify whether certain behaviors qualified as tax fraud fall within the scope of the description of the tax crime or, on the contrary, such analogy implies a violation of the principle of legality, as may be qualified as an analogy **in malam partem**.

KEY WORDS. Tax crime. Fraud. Misrepresentation.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Delito fiscal como ley penal en blanco. **3.** Fraude de ley - Economía de opción - Simulación. **3.1.** Fraude de ley - Economía de opción. **3.2.** El negocio simulado. **4.** Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

Desde la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1991, que condenó por delito fiscal un fraude de ley cometido por unos vinateros de La Rioja que habían interpuesto, entre la bodega y el minorista, una sociedad propia que hacía las veces de mayorista o distribuidora para conseguir ahorro fiscal, fueron muchas las críticas que la doctrina¹ ha dirigido a aquella corriente jurisprudencial que identifica los casos de fraude de ley

¹ M. BAJO, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 558. M. BAJO y S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 277. I. BERDUGO DE LA TORRE y J. C. FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, pp. 66 s. R. FALCÓN Y TELLA, “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC”, en *Quincena Fiscal* 17/1995; también en *Revista Técnica Tributaria* n.º 31; el mismo, “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura”, en *Quincena Fiscal* 18/1995; el mismo, “El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afecten a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente”, en *Quincena Fiscal* 10/1999; el mismo, “El expediente fiscal de fraude a la ley: un procedimiento que no existe, pero se aplica”, en *Quincena Fiscal* 21/2002; el mismo, “El Anteproyecto de LGT y la técnica jurídica: definición del tributo, carga de la prueba y fraude a la ley”, en *Quincena Fiscal* 6-7/2003. J. J. FERREIRO LAPATZA, “Economía de opción, fraude a la ley, sanciones y delito fiscal”, en *Quincena Fiscal* 8/2001; también en *Revista Técnica Tributaria* 52 (2001); el mismo, “El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”, en *Quincena Fiscal* 11/2003, pp. 9 ss. C. GARCÍA NOVOA, “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del art. 15.3 del anteproyecto de la Ley General Tributaria”, en *Quincena Fiscal* 8/2003, p. 9 ss. L. GRACIA MARTÍN, *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito del art. 349 del CP español*, Zaragoza, 1986, pp. 75 ss. F. PÉREZ ROYO, *Delitos e infracciones en materia tributaria*, Madrid, 1986, p. 89. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeine Teil*, 1976, pp. 180 ss. J. VOGEL, “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en derecho penal europeo”, en L. ARROYO y K. TIEDEMANN, *Estudios de derecho penal económico*, Universidad Castilla-La Mancha, 1994, pp. 317 ss.

con la simulación, lo que produce una jurisprudencia² verdaderamente preocupante y cada vez más lejana de un derecho penal liberal moderno. Pareciera que el derecho penal acude en defensa de los intereses financieros de la hacienda pública invirtiendo los principios básicos, de modo que se debilitan el principio de legalidad, el de mínima intervención, la presunción de inocencia y la teoría de las pruebas ilícitamente obtenidas, entre otros.³

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, viene a atajar este camino y a dar un vuelco significativo en esta problemática que tiene, sin lugar a dudas, una enorme trascendencia tanto doctrinal como práctica: el fraude de ley en el ámbito tributario y los presupuestos de la tipicidad del delito fiscal. No es posible —no puede ser objeto del presente trabajo— abordar aquí toda la discusión doctrinal tributaria en torno a la problemática del fraude de ley tributaria, que plantea numerosos problemas.⁴ Aquí nos limitaremos y trataremos de determinar si ciertos comportamientos calificables como fraude de ley tributarios se subsumen en el tipo penal del delito fiscal o si, por el contrario, dicha subsunción lesiona el principio de legalidad por suponer una analogía *in malam partem*.

El Tribunal Constitucional ha entendido en la sentencia 120/2004,⁵ de 10 de mayo, que la figura del fraude de ley tributaria no da lugar a la tipicidad por delito fiscal, basándose en los siguientes argumentos:

² SSTS 15 de julio del 2002, 30 de abril del 2003, 28 de noviembre del 2003, 4 de diciembre del 2003, 14 de julio del 2004 y 19 de mayo del 2005, entre las más recientes.

³ Alude recientemente a todos estos temas en relación con el delito fiscal J. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 9 s.

⁴ Entre los muchos temas que se plantean: la relación entre el derecho tributario y el derecho privado (artículo 6 CC); la solución legal: fraude ley-normas generales antifraude; necesidad o no de la punibilidad del fraude a la ley; etc. Véase extensamente C. PALAO TABOADA, “La norma anti-elusión del proyecto de la nueva Ley General Tributaria”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF 66/2003, p. 79; el mismo, “Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude de ley tributaria”, en *Crónica Tributaria*, 98/2001, p. 136.

⁵ STC 120/2005, de 10 de mayo (FJ 3.º, 4.º): “[...] resulta discutible esta cuestión. La norma sobre el fraude a la ley que excluye la posibilidad de sanción administrativa supone que la Administración no está autorizada a sancionar en tales casos, pero no que no lo estén los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal” (FJ 3.º).

No existe una relación de consecuencia necesaria entre la atipicidad administrativa del fraude a la ley tributaria y su atipicidad penal.

Lo que hay que determinar es si la propia figura del fraude de ley excluye la posibilidad de apreciar la concurrencia de determinados elementos típicos integrantes del delito contra la hacienda pública actualmente penado en el artículo 305 CP.

El concepto de fraude de ley no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el artículo 6.4 CCiv, a cuyo tenor “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario al él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Conviene indicar que el concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el artículo 6.4 del Código civil, a cuyo tenor “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Como ya dijimos, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8, “el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios a él, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico”, y no exclusivamente en el ámbito civil. El concepto de fraude de ley es, pues, siempre el mismo, y únicamente varía en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce,

1. La apreciación de delito fiscal en casos de negocios realizados en fraude a la ley tributaria vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal.
2. El concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley del artículo 6.4 CC. El concepto de fraude de ley es siempre el mismo; únicamente varía en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas

las llamadas respectivamente *norma de cobertura* y *norma defraudada* o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda.

Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término *fraude* como acompañante a la expresión *de ley* acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante *rodeo* o *contorneo* legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal, y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar per se de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el artículo 6.4 del Código Civil contemple para el supuesto de actos realizados en fraude de ley es, simplemente, la aplicación a estos actos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada *norma de cobertura*, o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal.

Las anteriores consideraciones conducen a que, para resolver si en el presente caso se ha producido o no una vulneración del derecho del actor a la legalidad penal por motivo de la utilización por la Audiencia Provincial del concepto de fraude de ley tributaria, necesariamente deba plantearse con carácter previo la cuestión de si dicha noción resulta o no compatible con el mencionado derecho. Pues bien: a esta cuestión ya se dio respuesta negativa en la STC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5 y 6, al afirmar que, siendo el indicado derecho una “garantía de la libertad de los ciudadanos [...] no tolera [...] la aplicación analógica in peius de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que solo se puede anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica [...] pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de Ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal”. Dicho de otra manera: la utilización de la figura del fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el artículo 25.1 CE.

Los términos generales en que nos expresamos en dicha resolución no ofrecen lugar a dudas, pese a la muy diferente naturaleza del supuesto de hecho allí examinado, respecto de la improcedencia constitucional de contornear los límites estrictos de cualquier tipo penal que pudiese entrar en consideración con ayuda del recurso a la noción de fraude de ley. En consecuencia, no puede compartirse el criterio expresado por el abogado del Estado en el sentido de que la calificación de *fraude de ley tributaria* dada por la Sentencia recurrida al comportamiento del recurrente resulta constitucionalmente irrelevante. Por el contrario, importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial ad quem al modificar la calificación de los hechos realizada por las acusaciones a título de *negocio simulado* por la de *fraude de ley tributaria*, toda vez que, mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista. En este mismo sentido, aunque en un contexto diferente, ya declaramos en la STC 48/1993, de 8 de febrero, FJ 3, que “si la Sentencia admite que no hubo simulación en el contrato, ello hace dialécticamente difícil una apreciación de fraude”. Por lo demás la distinción entre negocio simulado y fraude de ley tributaria en los términos indicados no solo es una constante en la doctrina y en la jurisprudencia, sino que la propia normativa tributaria la ha asumido al ocuparse de una y otra figura en disposiciones diferentes (artículos 24 y 25, respectivamente, en su versión modificada por la ley 25/1995; artículos 15 y 16 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) y al reservar la posibilidad de imposición de sanciones exclusivamente para los casos de simulación.

respectivamente *norma de cobertura* y *norma defraudada* o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas pese a que es aplicable la segunda.

3. El concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que le son característicos.
4. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica, sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal).
5. En concreto, el fraude de ley tributario se traduce en la realización de un comportamiento que persigue el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu.
6. No existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que —muy al contrario— la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse como estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal.
7. No hay una violación directa del ordenamiento jurídico que por ello hubiera de calificarse per se de infracción tributaria o delito fiscal: la merma de ingresos a la hacienda pública no es requisito suficiente para considerar cometido un delito fiscal.
8. No es posible incriminar las conductas de fraude a la ley.
9. Por último, en el FJ 5.º, señala que en el fraude de ley, al contrario que en la simulación, no concurre el elemento subjetivo propio de la defraudación tributaria —“esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello”—, sin que baste para la existencia del delito o infracción tributaria la existencia de un perjuicio o merma de los ingresos de la hacienda pública.

Por el contrario, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha mantenido de forma constante⁶ la relevancia en el derecho penal del fraude a la ley tributaria si se alcanza la cuantía de lo defraudado del delito fiscal. Dicha tesis se lleva a cabo

⁶ Véase, entre las más recientes, SSTS 30 de abril de 1999 (Pte. Conde-Pumpido Tourón), 26 de julio de 1999 (Pte. Delgado García), 15 de julio del 2002 (Pte. Perfecto Andrés Ibáñez), 28 de noviembre del 2003 (Pte. Conde-Pumpido Tourón), 19 de mayo del 2005 (Pte. Martín Pallín). En sentido contrario, una jurisprudencia menor ha sostenido sin embargo que, cuando no hay ocultación del hecho imponible —aunque este tenga lugar en fraude de ley—, no cabe hablar de defraudación en el sentido de delito fiscal. Véase SAP Badajoz (sección 1.ª) de 16 enero de 1997, SAP Madrid (sección 2.ª) de 19 febrero del 2002.

sobre la base de la siguiente argumentación: todos los negocios en fraude de ley son considerados —aunque no lo sean para la ley tributaria— negocios simulados y todo negocio simulado es constitutivo de defraudación punible. Dicho con otras palabras: el fraude a la ley tributaria no exime de delito fiscal.⁷

La problemática planteada de hasta qué punto determinadas conductas de economía fiscal pueden ser constitutivas de delito fiscal requiere, por un lado, tener presente la estructura típica del delito fiscal y, por otro, la incidencia de la normativa tributaria en la configuración del tipo del delito fiscal.

2.

DELITO FISCAL COMO LEY PENAL EN BLANCO⁸

La conducta típica del delito fiscal del artículo 305 CP consiste, como es sabido, en defraudar, por acción u omisión, a la hacienda pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones en especie o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre y cuando la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros.⁹

El delito fiscal presenta un aspecto dogmático insoslayable. El contenido de ilicitud del delito fiscal está constituido por la infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del Estado mediante el pago de tributos.¹⁰ En el delito fiscal ese determinado mandato de acción —cuya infracción da lugar a la defraudación, es decir, a la tipicidad de la conducta— no viene expresado en la ley penal. La conducta típica de infracción del deber presupone la existencia de un determinado *hecho imponible* que da lugar a un determinado *obligado tributario* al *pago de un tributo*. Ninguna de estas dos cuestiones, ni la relativa al sujeto ni la referente al objeto material del delito, se encuentra expresada, como

⁷ Textualmente, STS 28 de febrero del 2003.

⁸ Solamente se trata de una exposición muy sintética de la problemática. Véase, extensamente, M. BAJO y S. BACIGALUPO, *Delitos contra la hacienda pública*, Madrid, 2000, pp. 55 ss.

⁹ La cuantía de la defraudación en el delito fiscal fue modificada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, y pasa a ser de 120.000 euros a partir del 1 de octubre de 2004, momento de entrada en vigor de la LO 15/2003 (disposición final quinta).

¹⁰ E. BACIGALUPO, *Curso de derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 216.

se dijo, en la ley penal. Se trata, por tanto, de un tipo penal de características especiales, es decir, de una *ley penal en blanco*.¹¹

Ello significa que para poder determinar la tipicidad del delito fiscal y afirmar la infracción de la norma es necesario remitirse a la ley tributaria en la que se especifica el hecho imponible que en concreto genera el tributo y da lugar al nacimiento del deber fiscal.

De tal manera, la regulación fiscal del fraude de ley tiene una incidencia *directa* sobre el ámbito de la tipicidad del delito fiscal. La remisión a las normas tributarias no solo afecta la cuantía de lo defraudado, sino otros múltiples aspectos. Para interpretar todos estos conceptos, y en definitiva el tipo del artículo 305 CP, es preciso establecer qué exige el *deber fiscal* cuya infracción es punible o, dicho con otras palabras, cuál es el comportamiento debido, pues de la mayor o menor amplitud del mandato fiscal depende a su vez la mayor o menor amplitud del tipo penal.¹²

3.

FRAUDE DE LEY - ECONOMÍA DE OPCIÓN - SIMULACIÓN

Por tanto, si la cuestión es determinar hasta qué punto podrían ser típicas opciones de economía fiscal o, dicho con otras palabras, hasta qué punto la utilización de alternativas legales más favorables al patrimonio del contribuyente pueden ser calificadas como fraude de

¹¹ Ibídem; el mismo, "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", AP 1994-1, pp. 449 ss. J. SILVA SÁNCHEZ, P. MOLINS y J. MELERO, "El delito fiscal ante el 'Estatuto del Contribuyente'", en *Revista Técnica Tributaria* 44/99, pp. 81 s. La teoría utiliza el concepto de *ley penal en blanco* en referencia a los casos en que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la que contiene la amenaza penal. En el mismo sentido se expresa también la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1990: "[...] son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima". Asimismo, el Tribunal Constitucional ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes penales. Así señaló, por ejemplo, en la STC 127/1990: "[...] es compatible con la Constitución la utilización y aplicación judicial de las leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada y que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa, con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite". Véase, entre otras, también, SSTC 45/1989, 127/1990, 341/1993, 327/1993, 62/1997.

¹² BACIGALUPO, o. cit., p. 211.

ley y, consiguientemente, si un fraude de ley en sentido estricto sería subsumible bajo el tipo penal del artículo 305, se requiere una delimitación conceptual de la figura del fraude a la ley. Esta delimitación ha de hacerse forzosamente por referencia, de un lado, a la simulación y, de otro, a la economía de opción.¹³

La exposición de motivos de la ley 58/2004, de 17 de diciembre, señala:

[...] en la Sección 3.ª, relativa a la “interpretación, calificación e integración de las normas tributarias”, se incorpora el precepto que regula la calificación de las obligaciones tributarias y se revisa en profundidad la regulación del fraude de ley que se sustituye por la nueva figura del “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, que pretende configurarse como un instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado, con superación de los tradicionales problemas de aplicación que ha presentado el fraude de ley en materia tributaria.

En este sentido, el nuevo artículo 15 LGT sustituye la regulación del fraude a la ley tributaria (anterior artículo 24 LGT)¹⁴ por la llamada *cláusula antiabuso*, que denomina como “conflicto en la aplicación de la ley tributaria”. Esta norma dispone:

Artículo 15 Conflicto en la aplicación de la norma tributaria

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

- a) que individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieren obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesaria el previo informe favorable de la comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora sin que proceda imposición de sanciones.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta también —a fin de distinguir el fraude de ley— la regulación sobre el negocio simulado y sus consecuencias jurídicas. Este se encuentra regulado de la siguiente manera:

¹³ FERREIRO LAPATZA, “Economía de opción...”, o. cit., p. 17.

¹⁴ Artículo 24 LGT; ley 25/1995, de 20 de julio, “1. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible”.

Artículo 16. Simulación:

1. En los actos o negocios en los que exista simulación el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.
2. La existencia de simulación se declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros *efectos que los exclusivamente tributarios*.
3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirá los intereses de demora y, en su caso, la *sanción pertinente*.

3.1. FRAUDE DE LEY Y ECONOMÍA DE OPCIÓN

Se dice que un hecho se realiza en *fraude de ley* cuando se produce un resultado contrario a la ley, pero amparado por otra disposición de finalidad diferente. De este modo, se requiere el concurso de dos normas: la norma defraudada, que es la destinada a regular el supuesto, y la norma de cobertura, en la que se pretende apoyar el acto.¹⁵

Piénsese, por ejemplo, en la domiciliación del sujeto pasivo de la obligación tributaria en un lugar geográfico mejor tratado fiscalmente; la transmisión de la propiedad mediante la constitución e inmediata disolución de una sociedad; la transmisión de una propiedad que genera plusvalía interponiendo otra compraventa intermedia con un comprador que compensa aquella con una minusvalía; conversión de un acreedor en accionista de la sociedad deudora mediante ampliación de capital; constituir un sociedad entre padre e hijo con el fin de hacer más barata fiscalmente la futura herencia a su fallecimiento, etc. Que en estos casos se elude el pago de tributos es indudable. La pregunta, sin embargo, ha de formularse en el sentido de si tal forma de evasión o elusión constituye también defraudación, *engaño* en el sentido del delito fiscal del artículo 305 CP.

En realidad, en los supuestos de *fraude a la ley*, el perjuicio que pudiera sobrevenir a la Hacienda Pública no es consecuencia del engaño construido por el contribuyente, sino de una deficiencia de técnica legislativa.¹⁶ Ni la hacienda pública incurre en error alguno, ni el contribuyente realiza maniobra alguna idónea para producir tal efecto, y puede, incluso, obrar con la total transparencia que se invoca la norma de cobertura. La ausencia de una relación causal entre la argucia del administrado y el posible error en que podría incurrir la

¹⁵ M. BAJO, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 558. K. TIEDEMANN, "Subventionsbetrug", en *ZStW* 86/1974, pp. 916 ss.; el mismo, "Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Übersicht", en *JuS* 1989, p. 696; KREKELER, TIEDEMANN, ULSENHEIMER y WEIMANN, *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrechts* (voz: "Umgehung"), p. 1; K. TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, pp. 162 ss. SCHÖNKE y SCHRÖDER, *StGB*, § 264, nm 46.

¹⁶ M. BAJO y S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, o. cit., p. 227; los mismos, *Delitos contra la hacienda pública*, o. cit., pp. 56 s.

hacienda o perjuicio hace que el comportamiento no pueda considerarse como forma de defraudación.

Esta interpretación coincide, además, con las necesidades político-criminales que reclaman, a lo sumo, la aplicación de la norma eludida con el fraude de ley (artículo 6.4 CC.), pero nunca la reacción penal por ausencia, normalmente, del desvalor de acción en la conducta.

Al lado del fraude de ley se encuentra también la *economía de opción*, que se produce cuando la conducta puede subsumirse en diferentes normas y el contribuyente elige aquella que le sea más económica. En este último abanico de supuestos la ley no responde con sanciones. Admite la opción que realice el contribuyente. De esta manera la economía de opción se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico y reconocida como acto jurídico lícito por el Tribunal Constitucional, según el ello supone “la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras”.¹⁷ Se ha sostenido en relación con la economía de opción:

[...] la Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, conocedor del estado de las actuaciones del legislador, diseñe en el tiempo operaciones previniendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, con respecto a los principios constitucionales (v.gr. seguridad jurídica, art. 9, capacidad económica, art. 31, y legalidad, art. 25).

Es decir que en el fraude de ley existe, en cierta medida, una *laguna en la ley*¹⁸ o, en todo caso, una mala formulación de la regulación legal respecto de su tenor literal, que es utilizada en contra de su finalidad. El error se encuentra pues en el legislador, de cuya técnica legislativa dependerá la cantidad de casos en fraude de ley que se puedan presentar: cuanto más detallada sea la regulación, mayor será el número de casos que permitan rodear la ley.¹⁹ Por tanto, dentro de las actuaciones lícitas y libres, en la elección y realización de un negocio, acto, contrato u operación económica válido, lícito y real, es jurídicamente intachable tal conducta aunque tenga por finalidad un resultado equivalente de menor o nula carga

¹⁷ STC 46/2000, de 17 de febrero.

¹⁸ K. TIEDEMANN, “Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft”, en *N/W* 36/1990, p. 2226. FALCÓN Y TELLA, o. cit., p. 9; el mismo, “El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura”, en *Quincena Fiscal* 18/1995, p. 9. En sentido similar, FERREIRO LAPATZA, “Economía de opción...”, o. cit., p. 9. En sentido contrario, PALAO TABOADA, “La norma anti-elusión...”, o. cit., p. 79.

¹⁹ TIEDEMANN, “Der Strafschutz...”, o. cit., p. 2226.

fiscal. La economía de opción se coloca en el límite del hacer válido y libre en el campo de los tributos.²⁰

Por el contrario, sostiene Palao Taboada²¹ que “en el fraude a la ley no hay, en realidad, una laguna; la norma aplicable existe ya y no es otra que la defraudada”; “la norma existe y es justamente la defraudada; el ordenamiento está completo [...] el legislador *sí quisiera* gravar esta operación pero su voluntad se ve frustrada por maniobras fraudulentas”.

Coincido con las conclusiones del Tribunal Constitucional en la sentencia 120/2005, en que ni en el fraude de ley ni en las actuaciones que responden a una economía de opción existe ningún acto ilícito: no hay conducta fraudulenta. La conducta de quien actúa en fraude de ley consiste en realizar un hecho imponible de una norma tributaria, si bien materialmente el hecho realizado no se corresponde con la razón del gravamen de acuerdo con la ratio de la norma. Pero no por ello se puede afirmar que el hecho realizado sea ilícito. En dicho comportamiento no hay ningún tipo de ocultación del hecho imponible por parte del obligado tributario. Coincido con Silva Sánchez en que resulta una contradicción afirmar que el fraude de ley debe sancionarse como delito fiscal y, a la vez, reconocer que dichos supuestos constituyen “ilícitos atípicos”.²² Si son ilícitos atípicos, son hechos a los que les falta la tipicidad, por lo que su punibilidad supone incurrir en una analogía *in malam partem*, dado que en última instancia se reconoce que el supuesto de hecho realizado no se subsume ni en la norma tributaria, ni en —consecuentemente— en la norma penal, pero es un supuesto que puede ser considerado análogo a otras normas tributarias que imponen la tributación del hecho imponible, por lo que resulta sancionable.²³

Por tanto, sancionar supuestos en fraude a la ley tributaria como delito fiscal constituye una aplicación analógica de la ley y una vulneración del principio de legalidad. En este sentido, la sentencia 120/2005 va aún más allá al sostener que lo que no es constitutivo de infracción tributaria no puede ser constitutivo de delito, de manera tal que no respetar el principio de subsidiaridad, aunque este no tenga rango constitucional, puede dar lugar a la vulneración del principio de legalidad y tener trascendencia constitucional.

Sin embargo, se ha sostenido en la jurisprudencia —como hemos señalado— que la exclusión de sanción puede referirse a la sanción administrativa, pero que ello no implica

²⁰ FERREIRO LAPATZA, “El abuso...”, o. cit., p. 9.

²¹ PALAO TABOADA, “La norma anti-elusión...”, o. cit., p.79; el mismo, “Algunos problemas...”, o. cit., p. 136.

²² SILVA SÁNCHEZ, o. cit., p. 38. M. ATIENZA y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000, pp. 27 ss.

²³ FALCÓN Y TELLA, “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II)”, o. cit., p. 9. SILVA SÁNCHEZ, o. cit., pp. 39, 49.

la exclusión de sanción penal.²⁴ También lo sostiene inicialmente la STC 120/2005 (FJ 4.º), aunque se desdice más adelante (FJ 6.º).²⁵ Realmente, ello resulta absurdo y además radicalmente incompatible con el principio de intervención mínima propio del derecho penal.²⁶ Esta consecuencia surge por la propia concepción del delito fiscal como ley penal en blanco. Como hemos señalado, la remisión a las normas tributarias no solo afecta a la cuantía de lo defraudado, sino otros múltiples aspectos. Para interpretar todos estos conceptos, y en definitiva el tipo del artículo 305 CP, es preciso establecer *qué exige el deber fiscal* cuya infracción es punible o, dicho con otras palabras, *cuál es el comportamiento debido*, pues de la mayor o menor amplitud del mandato fiscal depende a su vez la mayor o menor amplitud del tipo penal.²⁷ Desde esta perspectiva, ello también es sostenible respecto de los complementos normativos fiscales.²⁸ Por tanto, el carácter más favorable de una ley con relación a otra se mide no solo por la menor o mayor gravedad de la consecuencia jurídica, sino también por la menor amplitud del tipo penal; es decir, por la menor reducción de la libertad que genera un tipo penal menos amplio.

Por consiguiente, si la actuación en fraude de ley es lícita —pues, no hay ni declaraciones incompletas ni incorrectas—, no puede ser constitutiva ni de infracción administrativa ni de delito.²⁹

El delito fiscal no se comete porque se ha realizado un negocio en fraude a la ley tributaria o un acto en economía de opción, sino solo cuando las acciones realizadas con ocasión de la realización de la operación constituyen una defraudación en el sentido de la norma penal.³⁰

²⁴ SSTS 15 de julio del 2002, 28 noviembre del 2003, 19 de mayo del 2005; SAP Barcelona de 18 de marzo de 1999.

²⁵ “[...] si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a la atipicidad penal, sí constituye, en cambio, un factor indicativo esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre infracción tributaria y el delito fiscal y, habida cuenta también de la muy extendida opinión doctrinal acerca de la atipicidad penal de dicho comportamiento, cabe concluir que exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria [...]”.

²⁶ También en este sentido, R. FALCÓN Y TELLA, “El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente”, en *Quincena Fiscal* 10/1999, p. 7.

²⁷ BACIGALUPO, o. cit. p. 216.

²⁸ SSTS 8 de noviembre 1963, 25 de septiembre 1985, 13 de junio de 1990.

²⁹ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, o. cit., p. 32. K. TIEDEMANN, en *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, § 264, NM 99; el mismo, *Lecciones de derecho penal económico*, o. cit., pp. 164 s. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 39. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, pp. 198, 200.

³⁰ En igual sentido, C. PALAO TABOADA, “Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal”, 2005 (manuscrito), p. 28.

3.2. NEGOCIO SIMULADO

En ocasiones se confunde el fraude de ley con los *actos o negocios simulados* en los que el sujeto, ausente otra norma que le diera cobertura, simplemente falsea la realidad para que con tal simulación se le aplique una norma que no le corresponde ni por su letra ni por su fin. Es evidente que estos casos entran de lleno dentro del artículo 305 del Código Penal.

La simulación “designa una situación jurídica imaginaria, desmentida por un análisis profundo de la hipótesis”.³¹

La simulación se da cuando, bajo la apariencia de un negocio jurídico normal, se oculta otro propósito negocial, sea el de no celebrar negocio alguno (simulación absoluta), sea el de celebrar otro distinto al aparentado (simulación relativa). En la simulación el fin típico diverge de la causa concreta o propósito práctico de las partes, que pretenden crear una mera apariencia. Existe, pues, una discordancia consciente o una contradicción entre la declaración externa (simulada) y la interna (manifestada entre los intervinientes en el negocio);³² así, mientras que en la simulación absoluta la declaración falsa encubre la carencia de causa, en la simulación relativa encubre otro negocio distinto pero que sí tiene causa verdadera (el negocio disimulado).

De este modo, pueden distinguirse tres elementos en la simulación:

1. El *acuerdo simulatorio* entre las partes o entre el declarante y el destinatario de la declaración en negocios unilaterales recepticios; este acuerdo de simular es lo que hace que sea falsa la causa declarada en el negocio simulado, pero también puede afectar, en su caso, al negocio disimulado, tiñéndolo de ilicitud cuando la finalidad pretendida fuese ilícita.
2. La *intención disimulada*, solo conocida por quienes toman parte en el acuerdo simulado.
3. La *expresión simulada*, esto es, el negocio o la declaración de voluntad exteriorizados o aparentados frente a terceros.

De todo ello parece desprenderse que en toda simulación hay una cierta *finalidad de engañar* o, dicho con otras palabras, de ocultar la verdadera causa del negocio celebrado a las partes ajenas a él, aunque sea sin finalidad de dañar o incluso con un fin lícito (legítimas

³¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX y M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, 4.^a ed., 1994, p. 830.

³² S. SALVADOR CODERCH y J. SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Barcelona, 1999, p.29. En pp. 29 ss. Véase exposición sobre las tesis del voluntarismo y declaracionismo en derecho civil.

razones de discreción).³³ No obstante, lo normal es que con ella se pretenda defraudar a terceros o eludir la aplicación de normas imperativas.

La *jurisprudencia del Tribunal Supremo*³⁴ establece los mismos requisitos:

1. la ficción de un contrato en realidad inauténtico, al que falta la causa jurídica; otorgar un contrato con negocio sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa);
2. con la intención finalísticamente dirigida a originar un perjuicio a tercera persona distinta de las que intervinieron en el contrato;
3. y producción de un perjuicio concreto y conocido;
4. y —desde el punto de vista de la culpabilidad— la conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción.

Entre las siguientes sentencias, el Tribunal supremo ha señalado en la STS de 28 de noviembre del 2003 que en la simulación “se da un relevante componente de ocultación, mediante la puesta en escena de alguna apariencia de actividad comercial, solo dirigida a distraer la atención de los eventuales observadores, para evitar que puedan tomar conocimiento de que lo efectivamente realizado bajo tal pantalla es un negocio que está en colisión con la ley”, mientras que, prosigue la sentencia:

[...] el fraude de ley es una forma de “fílicito atípico”, en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma (“de cobertura”), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. En el fraude de ley concurre un solo plano empírico de actuación en el tráfico jurídico, y dos planos de legalidad como referencia, con los que se opera tácitamente amparando el comportamiento empírico en la norma de cobertura.

La simulación no es objeto de un tratamiento autónomo en el Código Civil, que tan solo se refiere de forma directa a ella en algunas disposiciones concretas. No obstante,

³³ En sentido contrario, han señalado SALVADOR CODERCH y SILVA SÁNCHEZ (o. cit., p. 39 ss.) que esta opinión de la doctrina causalista y jurisprudencia constituye una versión radical y resulta excesiva, pues hay numerosos supuestos de contratos simulados en que sus autores no pretenden engañar a nadie: ventas con ocultación parcial del precio, fiducias de gestión, etc. No obstante, el primer ejemplo señalado —ocultación parcial del precio—, en todo caso, es una ocultación que influye en el hecho imponible y sí dicha ocultación puede dar lugar, a mi entender, a un delito fiscal.

³⁴ Así: SSTS 12 de julio de 1992, 18 de febrero y 30 de marzo de 1991, 12 de marzo de 1992, 4 de junio de 1993, 20 de octubre de 1997, 6 de marzo del 2002, 4 de junio del 2002, 18 de julio del 2002, 4 de junio del 2004, 11 de abril del 2005.

parece claro que, puesto que los negocios simulados son negocios causalmente defectuosos, su régimen jurídico general se deriva de lo previsto en el Código Civil sobre los *vicios de la causa*. Así, los negocios *simulados absolutamente* son radicalmente nulos por carencia o falsedad de la causa (artículos 1261 y 1275 CCiv) y los *simulados relativamente* también por ser falsa su causa aparente, y sin perjuicio de que oculten otro negocio con causa verdadera y lícita (artículo 1276 CCiv): “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad, si no se probase que están fundados en otra verdadera y lícita”.³⁵

El artículo 1277 CCiv sienta la presunción *iuris tantum* de que todo negocio jurídico tiene una causa, de modo que quien pretenda lo contrario debe probarlo.³⁶ Claro que el problema de la prueba de la simulación puede ser muy difícil. Es habitual que cuando existe un contrato simulado las partes plasmen por escrito su *contradeclaración*, por lo general en un documento privado en que consta el verdadero negocio jurídico que se ha pretendido ocultar. Es importante señalar que tampoco es posible alegar aquí como prueba de la simulación ninguna *presunción de hecho o indicios* (artículo 1253 CCiv) que permita desvirtuar el negocio jurídico que se plasmó en los dos contratos. En el ámbito penal la prueba de indicios también puede ser valorada y tenida en cuenta como prueba de cargo, pero debe ajustarse a unas exigencias muy precisas establecidas por el Tribunal Supremo en constante jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Supremo reitera, en virtud de la jurisprudencia de la propia Sala de lo Penal y del Tribunal Constitucional, las exigencias que deben cumplirse para que la *prueba de presunciones o indicios* tenga virtualidad como prueba de cargo. Uno de los requisitos en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene insistiendo permanentemente³⁷ es la *existencia de pluralidad de indicios inequívocos*. En este sentido, también el Tribunal Constitucional ha precisado que, si bien el derecho de presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba de indicios, dicha actividad probatoria debe reunir una serie de requisitos: la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados y los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria.³⁸

³⁵ Véase, en sentido contrario, SALVADOR CODERCH y SILVA SÁNCHEZ, o. cit., p. 44, quienes concluyen desde su punto de partida que el tipo genérico de la simulación negocial se expresa mejor en el artículo 1.281, en relación con el 1.255 del CCiv, que en sus artículos 1.276 y 1.301, en los que la doctrina española de los últimos treinta años ha residenciado la figura.

³⁶ SSTS 11.2.1992, 11.6.1992, entre muchas otras.

³⁷ SSTS 16.10.1998, 26.1.1998, 26.2.1998, 15.11.1999, entre muchas otras.

³⁸ SSTC 174/85, 175/85, 160/88, 111/90, 348/93, 62/94, 78/94, 244/94, 182/95, 24/97, 68/98.

Por consiguiente, es evidente, que existe una diferencia sustancial entre *fraude de ley* y *economía de opción y simulación*: mientras que la actuación en fraude de ley y la actuación en economía de opción no constituyen infracción ni delito, la simulación supone —en todo caso— una infracción a la ley tributaria y, por consiguiente, si supera la cuantía de lo defraudado, puede dar lugar a un delito fiscal.³⁹

4.

CONCLUSIONES

Si la remisión al deber fiscal es lo que permite determinar el marco del injusto penal, de lo expuesto se pueden formular las siguientes conclusiones:

- La mera omisión de pago *no* constituye delito fiscal. Debe existir defraudación en el sentido penal.
- En el fraude a la ley *no* hay omisión de declaración del hecho imponible —no hay una declaración incorrecta ni incompleta—, ni hay elusión del pago: hay hecho imponible y hay pago, pero por un hecho que podría o debía haberse calificado de otro modo.
- El hecho imponible o se realiza o no se realiza; en el supuesto del fraude de ley no se ha realizado un hecho imponible distinto al declarado⁴⁰ y, por tanto, no se puede producir ningún resultado contrario a la ley tributaria. Se trata de un supuesto en que, en todo caso, puede existir una laguna legal.
- Sancionar el fraude a la ley tributaria como delito fiscal es contrario al principio de legalidad (artículo 25.1 CE): la aplicación de la norma eludida se realiza mediante una analogía *in malam partem*, prohibida en todo el derecho sancionador.
- El delito fiscal debe entrañar simulación —ocultación del hecho imponible—; inveracidad en la declaración de los hechos - engaño: simulación no es fraude a la ley.

³⁹ H.-G. MEINE, “Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung”, en *Wistra* 3/1992, p. 84.

⁴⁰ En sentido contrario, PALAO TABOADA, “La norma anti-elusión...”, o. cit., p. 79, quien sostiene que el fraude a la ley “no consiste simplemente en no realizar el hecho imponible, sino en eludirlo mediante procedimientos que el Derecho no admite porque constituyen una infracción indirecta de las normas jurídicas”.

- Si el fraude de ley no da lugar a ninguna infracción administrativa tributaria ni da lugar a sanción, en ningún caso puede dar lugar a una sanción penal; se lesionaría el principio político-criminal de intervención mínima.
- Se trata, por tanto, de determinar si las declaraciones del contribuyente han sido completas y veraces y, con ello, permiten que la Administración tributaria las compruebe. Las declaraciones en fraude de ley son veraces: se declara el hecho imponible y se lo subsume a una norma tributaria. La Administración tiene, luego, la posibilidad de comprobar si dicha subsunción es correcta. Si no lo es: la ley tributaria le permite recalificar el hecho.
- El tipo objetivo del delito fiscal se realiza cuando hay declaraciones incorrectas o incompletas del hecho imponible que permiten la elusión del pago de tributos.
- La sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 establece correctamente que es obligada la diferencia que se impone entre la simulación y el fraude, no porque se entrometa en cuestiones definitivas que solo competen a los tribunales ordinarios, sino porque señala que, si se ha declarado probado que no hay simulación, no puede haber defraudación, aunque existiera un fraude de ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GALLO, J., “La necesaria restricción del ámbito típico del delito fiscal”, en *La Ley* n.º 6291, 2005.
- ARGÜELLES PINTOS, J., “Comentario al art. 15 de la LGT”, en R. HUESCA BOADILLA (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria*, Barcelona, Aranzadi, 2004.
- ARIAS CAÑETE, M., “Fraude de ley y economía de opción”, en *Estudios de derecho tributario* VI, IEF, 1979.
- EARIAS VLASCO, J., “Fraude a la ley y delito fiscal: un comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2000”, en *Quincena Fiscal* 7/2001.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000.
- BÁEZ MORENO, A., “Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales: a propósito de la sentencia de Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003”, en *Revista de Contabilidad y Tributación* n.º 250 (2004).
- BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, 4.ª ed., 1997.
- “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, en *AP* 1994-1.
- BAJO, M., y S. BACIGALUPO, *Delitos contra la hacienda pública*, Madrid, 2000.
- *Derecho penal económico*, Madrid, 2001.
- BERDUGO DE LA TORRE, I., y J. C. FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994.
- CANARIS, C.-W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlín, 1983.
- CARRASQUER CLARI, M. L., *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*, Valencia, 2003.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude a la ley tributaria y delito fiscal. Una reflexión desde los principios constitucionales del Derecho penal. (A propósito de la STC 120/2005, de 10 de mayo)”, en *La Ley* n.º 6296, 2005.
- *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Barcelona, 2003.
- “Anomalía del negocio jurídico y delito fiscal”, en *AJA* n.º 551, 31 de octubre del 2002.
- CLAUSEN, U., “Struktur und Rechtsfolgen des Paragraphs 42 AO”, en *Der Betrieb* 30/2003.

- CROSS GARRIDO, J., “El fraude de ley en el ámbito tributario”, en *Impuestos* 7/1998.
- DAVID, C., “L’abus de droit en Allemagne, en France, en Italia, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni”, en *Revista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1993, I.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, en *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1329 ss.
- FALCÓN Y TELLA, R., “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC”, en *Quincena Fiscal* 17/1995; también en *Revista Técnica Tributaria* n.º 31.
- “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura”, en *Quincena Fiscal* 18/1995.
- “El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afecten a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente”, en *Quincena Fiscal* 10/1999.
- “El expediente fiscal de fraude a la ley: un procedimiento que no existe, pero se aplica”, en *Quincena Fiscal* 21/2002.
- “El Anteproyecto de LGT y la técnica jurídica: definición del tributo, carga de la prueba y fraude a la ley”, en *Quincena Fiscal* 6-7/2003.
- FERREIRO LAPATZA, J. J., “Economía de opción, fraude a la ley, sanciones y delito fiscal”, en *Quincena Fiscal* 8/2001; también en *Revista Técnica Tributaria* n.º 52 (2001).
- “El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”, en *Quincena Fiscal* 11/2003.
- FISCHER, P., “Substanz und Form-oder: “Das Steuergesetz kann nicht umgangen werden”, en *StuW* 1/1995.
- “Die Umgehung des Steuergesetzes”, en *DB* 1996.
- “Geltungsanspruch des Steuergesetzes, Steuerumgehung und wirtschaftliche oder sonst beachtliche ausbesteuerliche Gründe”, en *FR* 23/2001.
- FRANZEN, GAST Y JOECKS, *Steuerstrafrecht*, 4.ª ed., Múnich, 1996.
- GARCÍA NOVOA, C., “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del art. 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria”, en *Quincena Fiscal* 8/2003.
- GARCÍA NOVOA, C., Y A. LÓPEZ DÍAZ (coord.), *Temas de derecho penal tributario*, Madrid.

- GRACIA MARTÍN, L., *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito del art. 349 del CP español*, Zaragoza, 1986.
- HERRERO DE EGAÑA, D., y J. M. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “La conformación artificial de la realidad en el ámbito tributario: ¿Por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude?”, en *AJA*, año XIII, n.º 593.
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho y el fraude a la ley en el derecho del trabajo*, Madrid, 1989.
- KOTTKE, K., “Das unechte Tatbestandsmerkmal des ungewöhnlichen Weges in Paragraph 42 der Abgabenordnung”, en *BB* 18/1983.
- KRAFT, G., “Schlussfolgerungen aus der BFH-Rechtsprechung zur Abgrenzung von Paragraph 42 AO von den Paragraphen 7 ff. AStG aus der Sicht der internationalen Steuerberatung”, en *Internationales Steuerrecht (IStR)* 4/1993.
- LÓPEZ MOLINO, A. M., “Los negocios en fraude de la ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (art. 24, 25 y 28 LGT)”, en *Crónica Tributaria* 85/1998.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “El negocio en fraude de ley tributaria”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre del 2000.
- MATEU DE ROS, R., “Economía de opción, negocio indirecto y fraude a la ley tras la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria”, en *Gaceta Fiscal* 147/1996.
- MEINE, H.-G., “Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung”, en *Wistra* 20/1992.
- MORILLO MÉNDEZ, A., *Las sanciones tributarias*, Valencia, 1996
- PALAO TABOADA, C., “Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal”.
- “La norma anti-elusión del Proyecto de Nueva Ley General Tributaria”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, 248/2003.
- “Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria”, en *Crónica Tributaria* 98/2001.
- “El atolladero del fraude a la ley tributaria”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 209-210 (2000).
- “¿Existe el fraude a la ley tributaria?”, en *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, n.º 182 (1998).
- “Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias. (La prohibición de la analogía en el Derecho tributario)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1/1997 (*La vinculación del juez al derecho*).

- “Notas a la Ley 25/1995 (II)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 255 (1996).
- “Economía y derecho en la aplicación de las leyes tributarias”, en *Crónica Tributaria* 73/1995.
- “El fraude a la ley en derecho tributario”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 63 (1966)
- PAULIK, H., “Steuereinsparung und Steuerumgehung”, en *StbJb* 1963/64.
- *Lehrbuch des Allgemeinen Steuerrechts*, 3.ª ed., Berlín, 1977.
- PÉREZ ARRAIZ, J., *El fraude de ley en el derecho tributario*, Valencia, 1996.
- PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, J. L., “El nuevo artículo 15 de la Ley General Tributaria”, en i. MARTÍN DÉGANO, G. MENÉNDEZ GARCÍA y A. VAQUERA GARCÍA (coord.), *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, t. 1, Madrid, 2005.
- PÉREZ ROYO, F., “Analogía y fraude de ley en la LGT”, en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma*, Madrid, IEF, 1991.
- “Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria”, en *Homenaje a Fernando Saiz de Bujanda*, vol. I, Madrid, 1991.
- “El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España. (Con especial referencia al tratamiento de la simulación, fraude a la ley y delito fiscal en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y una apostilla final sobre la STC de 10 de mayo de 2005)”, en *La Ley*, n.º 6281, 2005.
- *Delitos e infracciones en materia tributaria*, Madrid, 1986.
- PISTONE, P., *Abusso del diritto ed elusione fiscale*, Papua, 1995.
- RAMÍREZ GÓMEZ, S., *El principio non bis in idem en el ámbito tributario. Aspectos sustantivos y procedimentales*, Madrid.
- ROSENBUJ, T., *La simulación y el fraude de ley en la nueva Ley General Tributaria*, Madrid, 1996.
- *El fraude a la ley fiscal y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Madrid, 1994.
- RUIZ ALMENDRAL, V., y G. SEITZ, “Fraude a la ley”, en *Estudios Financieros* 257-258.
- RUIZ ZAPATERO, G. G., “Cuatro casos sobre negocio indirecto y fraude a la ley en el ámbito tributario (I)”, en *Carta tributaria (monografías)*, n.º 280, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo escenario del delito fiscal*, Barcelona, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J., y P. SALVADOR CODERCH, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, J., P. MOLINS y J. MELERO, “El delito fiscal ante el ‘Estatuto del Contribuyente’”, en *Revista Técnica Tributaria* 44/99,
- SIMÓN ACOSTA, E., “El abuso de la norma tributaria”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 568, 6 de marzo del 2003.
- “Fraude de ley y bonos austriacos”, en *Jurisprudencia Tributaria* 8/2001.
- TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1, Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg, 1976.
- *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.
- “Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft”, en *NJW* 1990, 2226 ss.
- en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 18, Berlín y Nueva York, Lieferung, 1979.
- TIPKE, K., y H. W. KRUSE, *Kommentar zur AO (Abgabenordnung) und FGO (Finanzgerichtsordnung)*, t. I, 16.ª ed., Colonia, 2003.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del derecho penal económico*, Madrid, 2001.
- ULMER, E., “Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung”, en *DStZ* 12/1986.
- ULSENHEIMER, K., “Zur Problematik der überlangen Verfahrensdauer und richterlichen Aufklärungspflicht im Strafprozess sowie zur Frage der Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung”, en *Wistra* 1983.
- VOGEL, K., “Steuerumgehung nach innerrechtlichem Recht und nach Abkommensrecht”, en *StuW* 4/1985.
- “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en derecho penal europeo”, en L. ARROYO y K. TIEDEMANN, *Estudios de derecho penal económico*, Universidad Castilla-La Mancha, 1994.
- ZORNOZA PÉREZ, J., “Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria”, en M. CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2001.
- “La simulación en el derecho tributario”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 2000.

La interpretación en materia tributaria*

*Paulo de Barros Carvalho***

RESUMEN. Partimos del presupuesto de que el derecho ofrece el dato del lenguaje como su integrante constitutivo. El lenguaje no solo habla del objeto (ciencia del derecho), sino que participa de su constitución (derecho positivo). Si es verdad que no hay fenómeno jurídico sin prescripciones escritas o no escritas, también es cierto que no podemos imaginar una manifestación del derecho sin un lenguaje, idiomático o no, que le sirva de vehículo de expresión. Mantengo presente la concepción de que interpretar es atribuir valores a los símbolos, esto es, adjudicarles significaciones y, por medio de ellas, referencias a objetos. La propuesta interpretativa que contiene este artículo se construye sobre algunos presupuestos, como no podría ser de otro modo, y busca instrumentos adecuados para explorar, en niveles más profundos, los textos del derecho positivado, descomponiéndolos en cuatro subsistemas interpretativos, todos ellos calificados como jurídicos. Las mencionadas incisiones, como es obvio, son de carácter meramente epistemológico, sin que puedan verse las fronteras de los subsistemas al tratar de forma superficial la literalidad de los textos.

PALABRAS CLAVE. Método. Técnicas interpretativas. Interdisciplinariedad. Intertextualidad. Derecho. Lenguaje.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesor titular de Derecho Tributario de la PUC/SP y la USP.

ABSTRACT. This work is based on the assumption that language is a constituting element of law. Language not only talks about the object (Science of Law), but also participates in its constitution (positive law). Although it is true that there is no legal phenomenon without written or unwritten regulations, it is also true that one cannot imagine law without a language, either idiomatic or not, which can act as an expression vehicle. I hold the conception that **to interpret** means to place values on symbols, i.e., assign meanings, and through these, references to objects. The interpretative proposal contained in this article is obviously based on certain assumptions and searches for adequate instruments to explore texts of positive law in depth, breaking them down into four interpretative subsystems, all of them classified as **legal**. These divisions are obviously merely epistemological, their boundaries being unable to visualize when treating literality of texts superficially.

KEY WORDS. Method. Interpretative techniques. Interdisciplinarity. Intertextuality. Law. Language.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** El recorrido generador de sentido y las estructuras sígnicas del sistema jurídico. **3.** Interpretación y semiótica del derecho: texto y contexto. **4.** Interpretación y lógica formal del derecho: el mínimo irreductible del mensaje deóntico. **5.** Reflejo del método en la construcción del texto. **6.** Axiomas de la interpretación y los límites del exegeta. 6.1. Interdisciplinarietà e intertextualidad. 6.2. Interdisciplinarietà y disciplinarietà. 6.3. Inagotabilidad de la interpretación. **7.** Las diferentes técnicas interpretativas y el derecho. Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios del constructivismo lógico-semántico o, simplemente, constructivismo lógico, la relevancia del análisis epistemológico es algo imprescindible en la elaboración científica. Los lectores, de un modo general, saben identificar el trabajo desarrollado con método, siguiendo un guión predeterminado, para distinguirlo de aquel otro meramente informativo, orientado tan solo al fin de informar o de transmitir la noticia. Quien lee o quien escucha el discurso, aunque no pueda justificar su impresión, percibe cuando el mensaje viene impregnado de ciertas reflexiones que le dan gravedad y sentido profundo.

Por otro lado, el derecho legislado, en su continuidad normativa, ofrece una flagrante heterogeneidad de contenidos, vista su pretensión de regular las conductas intersubjetivas en el contexto social. De ahí la división, de corte puramente metodológico, entre las distintas ramas del sistema jurídico, actuación estratégica del sujeto del conocimiento para poder aproximarse al objeto que pretende conocer.

A cada instante, sin embargo, instado por las dificultades de la interpretación, envuelto con toda la suerte de peculiaridades de ese ente cultural que es el derecho, el exegeta se ve en la contingencia de echar una mirada retrospectiva, para recuperar el espacio de las nociones fundamentales allí donde están depositados los conceptos básicos de su ciencia. Helo aquí de vuelta sobre la teoría general del derecho; helo aquí reflexionando sobre el conocimiento jurídico, en una posición de filósofo de su saber, para regresar con toda su fuerza,

sustentando tesis en el dominio de las dogmáticas. Y en esta tarea cognoscitiva, elaboraremos los cortes metodológicos que la materia exige.

Ya observamos que, de entre los muchos rasgos que le son peculiares, el derecho ofrece el dato del lenguaje como su integrante constitutivo. El lenguaje no solo habla del objeto (ciencia del derecho), sino que participa de su constitución (derecho positivo). Si es verdad que no hay fenómeno jurídico sin prescripciones, escritas o no escritas, también es cierto que no podemos imaginar una manifestación del derecho sin un lenguaje, idiomático o no, que le sirva de vehículo de expresión. Mantengo presente la concepción por la que *interpretar* es atribuir valores a los símbolos, esto es, adjudicarles significaciones y, por medio de ellas, referencias a objetos.

Asimismo, vengo señalando que el lenguaje, típica realización del espíritu humano, es siempre un objeto cultural y, como tal, está cargado de valores. Como consecuencia inmediata, el derecho positivo se muestra ante nuestros ojos como el objeto cultural por excelencia, plasmado en un lenguaje que conlleva, necesariamente, contenidos axiológicos. Ahora bien, que este se ofrece en lenguaje quiere decir que aparece en la amplitud de un texto, quedando en un determinado *corpus* que nos permite construir el *discurso*, utilizada aquí la palabra en la acepción de plano de contenido, a ser recorrido en el proceso generador de sentido. Surgirá el *texto* cuando promovamos la unión del plano de contenido al plano de expresión, es decir, cuando se *manifieste* un empírico objetivado, que es el plano de expresión.

La propuesta que contiene este artículo se construye igualmente sobre algunos presupuestos, como no podría ser de otro modo, y busca instrumentos adecuados para explorar, en niveles más profundos, los textos del derecho positivado, descomponiéndolos en cuatro subsistemas, todos ellos calificados como *jurídicos*. Las mencionadas incisiones, como es obvio, son de carácter meramente epistemológico, sin que puedan verse las fronteras de los subsistemas al tratar de forma superficial la literalidad de los textos.

2.

EL RECORRIDO GENERADOR DE SENTIDO Y LAS ESTRUCTURAS SÍGNICAS DEL SISTEMA JURÍDICO

Una de las bases que suportan esta construcción reside en el discernir entre *enunciados* y *normas jurídicas*, con los diferentes campos de irradiación semántica a la que ya aludimos. Aunque ambas entidades se revistan de carácter conativo o directivo, pues, más que las otras,

la función del lenguaje apropiada a la regulación de las conductas intersubjetivas es verdaderamente la prescriptiva, los primeros (los enunciados) se presentan como frases, digámoslo así, sueltas, como estructuras atómicas, plenas de sentido, puesto que la expresión sin sentido no puede aspirar a la dignidad de enunciado. No obstante, sin cerrar una unidad *completa* de significación deóntica, en la medida en que permanecen en la expectativa de unirse a otras unidades de la misma índole. En efecto, tendrán que conjugarse a otros enunciados, conforme específica estructura lógico-molecular, para formar *normas jurídicas*, estas sí, expresiones completas de significación deóntico-jurídica. Por cierto que también las normas o reglas del derecho legislado, en cuanto manifestaciones mínimas y, por lo tanto, irreducibles del conjunto, permanecerán a la espera de otras unidades de la misma especie, para componer el sistema jurídico-normativo. No obstante, ellas son las unidades de ese dominio, del mismo modo que los enunciados también lo son en el conjunto mismo, que es el sistema de enunciados jurídico-prescriptivos.

Aprovecho para incluir aquí una pequeña digresión. Vengo insistiendo en la tesis de que normas son las significaciones construidas a partir de los soportes físicos de los enunciados prescriptivos. En sentido amplio, a cada enunciado le corresponderá una significación, incluso porque no sería gramaticalmente correcto hablar de enunciado (ni frase) sin el sentido que le atribuimos. Pienso que es suficiente mencionar “soporte físico de enunciado prescriptivo” para referirme a la fórmula digital, al texto en su ámbito estrecho, a la base material grabada en el documento legislado. Las normas son del orden de las significaciones. En sentido amplio, cualesquiera significaciones. Si bien, en acepción estricta, aquellas que se articulen en la forma lógica de los juicios hipotético-condicionales: si se da el hecho F, se establecerá la relación R entre dos o más sujetos de derecho (S' y S''). Reitero la terminología para facilitar las comparaciones y los paralelos que ordinariamente el lector establece cada vez que le viene a la mente el punto de vista de otros autores. Distinciones como esta, si se formulan claramente, alimentan la posibilidad creativa de quien reflexiona, sugiriendo ideas que profundizan en la búsqueda intelectual y enriquecen el pensamiento.

Son ejemplos de enunciados expresos: *hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución* (artículo 5, inciso I, de CR); *Brasilia es la capital federal* (artículo 18, §1.º, de CR). Otros, sin embargo, no tienen forma expresa, y aparecen en la implicitud del texto, fundados como están en enunciados explícitos. Son los *implícitos*, obtenidos por derivación lógica de los enunciados expresos, como, por ejemplo, el de *igualdad jurídica entre las personas políticas de derecho constitucional interno* (producido a partir del enunciado expreso de la federación, combinado con el de la autonomía de los municipios);

el principio de *supremacía del interés público sobre el particular* (reconocido por la lectura atenta de los enunciados explícitos relativos a la regulación de la actividad administrativa del Estado).

Siguiendo esta construcción exegética y partiendo de la premisa de unicidad del texto jurídico-positivo que se puede alcanzar, los cuatro subsistemas por los que se mueven obligatoriamente todos los que se disponen a conocer el sistema jurídico normativo son: a) el conjunto de enunciados, tomados en el plano de la expresión; b) el conjunto de contenidos de significación de los enunciados prescriptivos; c) el dominio articulado de significaciones normativas, y d) los vínculos de coordinación y de subordinación que se establecen entre las reglas jurídicas.

Hay que tomar nota de que el comportamiento de quien pretende interpretar el derecho para conocerlo debe estar orientado por la búsqueda incesante de la comprensión de esos textos prescriptivos. Ahora bien, como todo texto tiene un plano de expresión, de naturaleza material, y un plano de contenido, por donde entra la subjetividad del agente para componer las significaciones del mensaje, es por el primero, es decir, a partir del contacto con la *literalidad textual*, con el *plano de los significantes* o con el llamado *plano de la expresión*, como algo *objetivado*, esto es, establecido intersubjetivamente, allí donde están las estructuras morfológicas y gramaticales, que el intérprete inicia el proceso de interpretación propiamente dicho y pasa a construir los contenidos significativos de los distintos enunciados o frases prescriptivas para, por último, ordenarlos en la forma estructural de normas jurídicas, articulando esas entidades para construir un dominio. Si retenemos la observación de que el derecho se manifiesta siempre en esos cuatro planos: el de las formulaciones literales, el de sus significaciones en cuanto enunciados prescriptivos, el de las normas jurídicas, como unidades de sentido obtenidas mediante agrupación de significaciones que obedecen a un determinado esquema formal (implicación) y el de los vínculos de coordinación y de subordinación que se establecen entre las reglas jurídicas —y si pensamos que todo nuestro empeño se dirige para estructurar esas normas contenidas en un estrato de lenguaje— no será difícil comprobar la gama inmensa de obstáculos que se levantan en el recorrido generador de sentido o, en términos más simples, en la *trayectoria de la interpretación*.

La misión del exegeta de los textos jurídico-positivos, aunque pueda parecer facilitada por la eventual coincidencia del mensaje prescriptivo con la secuencia de las fórmulas gráficas utilizadas por el legislador (en el derecho escrito), ofrece ingentes dificultades cuando la propuesta es un examen más serio y esmerado. Y, al ser el derecho un objeto de la cultura, invariablemente penetrado por valores, tendremos, por un lado, las estimaciones, siempre cambiantes en función de la ideología de quien interpreta; por otro, los intrincados

problemas que rodean el metalenguaje, también plagado de dudas sintácticas y de problemas de orden semántico y pragmático.

Todo ello, sin embargo, no nos impide declarar que conocer el derecho es, en última instancia, comprenderlo, interpretarlo, construyendo el contenido, sentido y alcance de la comunicación legislativa. Tal empresa, no obstante, no es nada fácil. Requiere que el exegeta se involucre con las proporciones enteras del todo sistemático, incursione en los escalones más altos y desde ahí regrese con los vectores axiológicos dictados por juicios que llamamos *principios*.

La ley, vista desde cierto ángulo, representa el texto, en su dimensión de vehículo de prescripciones jurídicas. Constitución, enmienda constitucional, ley complementaria, ley delegada, ley ordinaria, medida provisoria, resoluciones, decretos, sentencias, fallos, contratos y actos administrativos, en cuanto soportes materiales de lenguaje deóntico-jurídico, pertenecen a la plataforma de la expresión de los textos prescriptivos y, como tales, son vehículos introductorios de normas jurídicas, constituyendo la base empírica del conocimiento del derecho legislado.

Ya la norma jurídica es juicio condicional construido por el intérprete en función de la experiencia en el trato con esos soportes comunicacionales. Por ello, no hay que confundir norma con el complejo de significaciones enunciativas, unificadas en forma lógica determinada (estructura condicional) y la expresión literal de esos enunciados, o incluso los contenidos de sentido que tales enunciados presenten, cuando se consideran de forma aislada. El plano de los significantes (plano de expresión) es el vehículo que manifiesta, gráficamente (en el derecho escrito), el mensaje emitido por el autor. En su compleja totalidad, constituye el *sistema morfológico y gramatical del derecho legislado*, conjunto de frases prescriptivas introducidas por hechos jurídicos que la ordenación positiva para ello acredita.

Con propósitos analíticos, sin embargo, podemos aislar frase por frase, enunciado por enunciado, para componer un dominio de significaciones, antes de agrupar los contenidos según fórmulas moleculares caracterizadas por el conector condicional. En ese momento intermedio, estaremos delante de lo que podríamos llamar *sistema de significaciones proposicionales*. Ahora bien, en un nivel más elevado de elaboración, juntaremos significaciones, algunas en el tópicico de antecedente, otras en el lugar sintáctico de consecuente, todo para constituir las entidades mínimas e irreducibles (con el perdón del pleonismo) de manifestación del deóntico, *con sentido completo*, puesto que las frases prescriptivas, tomadas de forma aislada, también son portadoras de sentido. Formaremos, de ese modo, las unidades normativas, reglas o normas jurídicas que, articuladas en relaciones de coordinación y de subordinación, acabarán componiendo la forma superior del *sistema normativo*.

Aprovecho la oportunidad para reiterar que los cuatro subsistemas a que me refiero son constitutivos del texto, entendida la palabra como *producto de la enunciación* y, por lo tanto, en su amplia dimensión semántica. Nunca está de más insistir en que las subdivisiones en sistemas responden a cortes metódicos que los objetivos de la investigación analítica imponen al espíritu del investigador. Tengamos presente que la norma jurídica es una estructura categorial construida, epistemológicamente, por el intérprete, a partir de las significaciones que la lectura de los documentos del derecho positivo despierta en su espíritu. Es por ello que casi nunca *coinciden* con los sentidos inmediatos de los enunciados en los que el legislador distribuye la materia en el cuerpo físico de la ley. De ahí proviene que, la mayoría de las veces, la lectura de un único artículo sea insuficiente para comprender la regla jurídica. Y, cuando ello ocurre, el exegeta se ve en la contingencia de consultar otros preceptos del mismo título, e incluso salir de él, para hacer incursiones en el sistema. La proposición que da forma a la norma jurídica, enseña Lourival Vilanova:

[...] é uma estrutura lógica. Estrutura sintático-gramatical é a *sentença ou oração*, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma. A norma não é a oralidade ou a escritura da *linguagem*, nem é o *ato-de-querer ou pensar* ocorrente no sujeito emitente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a *situação objetiva* que ela denota. A norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação [...].¹

3.

INTERPRETACIÓN Y SEMIÓTICA DEL DERECHO: TEXTO Y CONTEXTO

Al tener el signo *estatus* lógico de una relación que se establece entre el soporte físico, la significación y el significado, para utilizar la terminología de E. Husserl, puede decirse que todo lenguaje, como conjunto sgnico que es, también ofrece estos tres ángulos de análisis,

¹ Lourival VILANOVA, “Níveis de linguagem em Kelsen (Norma jurídica/proposição jurídica)”, en *Escritos jurídicos e filosóficos*, San Pablo, Noeses, vol. 2, p. 208 (cursiva en el original). “[...] es una estructura lógica. Estructura sintático-gramatical es la *sentencia u oración*, modo de expresión frástico [de frase] de la síntesis conceptual que es la norma. La norma no es la oralidad o la escritura del *lenguaje*, ni es el *acto de querer o pensar* que se produce en el sujeto emisor de la norma, o en el sujeto receptor de la norma, ni es, tampoco, la *situación objetiva* que ella denota. La norma jurídica es una estructura lógico-sintáctica de significación [...]” (cursiva en el original).

es decir, se compone de un sustrato material, de naturaleza física, que le sirva de soporte, una dimensión ideal en la representación que se forma en la mente de los hablantes (plano de significación) y el campo de los significados, es decir, de los objetos referidos por los signos y con los cuales mantienen relación semántica. En esa conformación, el texto ocupa el tópico de soporte físico, base material para producir la representación en la conciencia del hombre (significación) y, también, término de la relación semántica con los objetos significados. El texto es el punto de partida para la formación de las significaciones y, al mismo tiempo, para la referencia a los entes significados, consumando la estructura triádica o trilateral que es propia de las unidades sgnicas. En el texto, las manifestaciones subjetivas ganan objetividad, volviéndose intersubjetivas. En cualquier sistema de signos, el esfuerzo de decodificación tomará como base el texto, y el desarrollo hermenéutico fijará en esa instancia material todo el apoyo de sus construcciones.

En el lenguaje escrito, aunque las palabras puedan descomponerse en *semas* y *seme-mas*, siguen siendo las unidades significativas y se disponen en secuencias que forman las asociaciones sintagmáticas (sintagmas verbales y nominales). Las asociaciones paradigmáticas, que fluyen en un eje de estructuras ausentes, ya pertenecen al dominio del contexto porque no tienen naturaleza material. Surge inmediatamente una distinción que ha de realizarse: texto en el sentido estricto y texto en acepción amplia. Stricto sensu, el texto se limita al plano de los enunciados en cuanto soporte de significación, de carácter eminentemente físico, expresado en la secuencia material del eje sintagmático. Pero no hay texto sin contexto, pues la comprensión del mensaje presupone necesariamente una serie de asociaciones que podríamos referir como lingüísticas y extralingüísticas. En este sentido, además, la implicitud es constitutiva del propio texto. Habrá, por lo tanto, un contexto de lenguaje que envuelve inmediatamente al texto, como las asociaciones del eje paradigmático; y otro, de índole extralingüística, que rodea a los dos primeros. De este modo, podemos mencionar el texto según un punto de vista interno, eligiendo como foco temático la organización que hace de él una totalidad de sentido —que opera como objeto de significación en el hecho comunicacional que se da entre emisor y receptor del mensaje—, y otro corte metodológico que centraliza sus atenciones en el texto en cuanto instrumento de la comunicación entre dos sujetos, tomado ahora como objeto cultural y, por consiguiente, inserido en el proceso histórico-social, donde actúan determinadas formaciones ideológicas. Se habla, por lo tanto, de un análisis interno, que recae sobre los procedimientos y mecanismos que forman su estructura, y de un análisis externo, que encierra las circunstancias histórica y sociológica en las que se produjo el texto.

Ahora bien, si tomamos el texto en su dimensión estrictamente material —que es, además, la acepción básica, como aquello que fue tejido, y circunscribimos nuestro interés al conjunto de los productos de los actos de enunciación, lo que conlleva entrar en la esquematización estructural en la que se manifiesta—, podremos comprender la razón por la que los enunciados lingüísticos no contienen, en sí mismos, significaciones. Son objetos percibidos por nuestros órganos sensoriales que, a partir de tales percepciones, proporcionan, intrasubjetivamente, las correspondientes significaciones. *Son estímulos que desencadenan en nosotros producciones de sentido.* Se ve, desde ahora, que no es correcta la proposición según la cual, de los enunciados prescriptivos del derecho legislado, extraemos el contenido, sentido y alcance de los mandatos jurídicos. Sería imposible obtener contenidos de significación de entidades meramente físicas. De tales enunciados partimos, eso sí, para *construir* las significaciones, los sentidos, en el proceso conocido como *interpretación*.

Con el mismo rigor, advierte Umberto Eco:

É mîster, porém, estabelecemos aqui uma diferença entre a mensagem como *forma significante* e a mensagem como *sistema de significados*. A mensagem como forma significante é a configuração gráfica ou acústica “I vitelli dei romani sono belli”, que pode subsistir mesmo se não for recebida, ou se for recebida por um japonês que não conheça o código língua italiana. Ao contrário, a mensagem como sistema de significados é a forma significante que o destinatário, baseado em códigos determinados, preenche de sentido.²

Para nuestras pretensiones, importa discernir el texto, como instancia material, expresado en marcas de tinta sobre el papel o mediante sonidos (fonemas), cuya naturaleza es eminentemente física, del plano del contenido, del contexto, ya sea lingüístico, ya sea extralingüístico.

² *A estrutura ausente*, San Pablo, Perspectiva, 1976, p. 42. “Es menester, no obstante, establecer aquí una diferencia entre el mensaje como *forma significante* y el mensaje como *sistema de significados*. El mensaje como forma significante es la configuración gráfica o acústica ‘I vitelli dei romani sono belli’, que puede subsistir aunque no sea recibida, o aunque la reciba un japonés que no conozca el código lengua italiana. Por el contrario, el mensaje como sistema de significados es la forma significante que el destinatario, basado en códigos determinados, llena de sentido.”

4.

**INTERPRETACIÓN Y LÓGICA FORMAL DEL DERECHO:
EL MÍNIMO IRREDUCTIBLE DEL MENSAJE DEÓNTICO**

El derecho, sabemos, es un fenómeno complejo. Pese a ello, un modo de estudiarlo sin tener que enfrentar el problema de su ontología es aislar las unidades normativas. Allí donde haya derecho, habrá normas jurídicas (Kelsen). A lo que podríamos añadir: y donde haya normas jurídicas habrá, ciertamente, un lenguaje en el que tales normas se manifiesten.

Capturando, entonces, el lenguaje prescriptivo de un derecho positivo históricamente determinado, estaremos en condiciones de iniciar el proceso de aproximación con el conjunto de las entidades normativas, *expresiones irreducibles de manifestación del deóntico*. Para este fin será utilísima la distinción entre texto y contexto, o entre texto en sentido estricto y texto en sentido amplio, como ya podemos desprender a partir del análisis del apartado anterior.

Es preciso explicar, sin embargo, el significado de la locución “unidad irreducible de manifestación del deóntico”. Es que los mandatos jurídicos, para que tengan sentido y, por lo tanto, sean debidamente comprendidos por el destinatario, deben revestir un cuántum de estructura formal. Es cierto que nadie entendería una orden, en todo su alcance, únicamente con la indicación de la conducta deseada: “pague el importe de x reales”. Se producirían inmediatamente algunas preguntas y, en el segmento de las respectivas respuestas, llegaríamos a la fórmula que nos da el sentido completo. Suponiendo identificado el sujeto que debe cumplir el mandato, preguntaría este: “¿pagar a quién?, ¿cuándo?, ¿por qué?” Al atender a tales indagaciones, iríamos cumpliendo aquel mínimo irreducible que posibilita el mensaje del derecho.

Pienso que la explicación también puede servir como factor de discernimiento entre lo que se conoce como meras *órdenes*, *prescripciones* o *mandatos* y la entidad de la *norma jurídica* o de la *regla de derecho*, expresiones tomadas como sinónimas, en toda la extensión de este trabajo.

En simbolismo lógico, tendríamos: $D[F(S'R'S'')]$, que se interpreta así: debe ser que, dado el hecho F , entonces se instale la relación jurídica R , entre los sujetos S' y S'' . Sea cual sea la orden derivada de los enunciados prescriptivos, sin este esquema formal no será posible sentido deóntico completo.

Al aproximarnos al lenguaje del derecho legislado, con actitud gnoseológica, aceptando el aislamiento de las normas jurídicas como circunstancia que imprime uniformidad

al objeto, se hace imperioso un ajuste semántico de gran relevancia. De hecho, el discurso producido por el legislador (en sentido amplio) es, todo él, reductible a reglas jurídicas, cuya composición sintáctica es absolutamente constante: un juico condicional, en el que se asocia una consecuencia a la realización de un acontecimiento fáctico previsto en el antecedente. Ahora bien, la implicación es el conector de las formaciones normativas, tras la lectura de los enunciados prescriptivos. Y enfatizo la secuencia temporal, justamente, para dejar claro que los enunciados prescriptivos reciben tratamiento formal al ser acogidos en nuestra mente, que los agrupa y dispone en la conformidad lógica de aquella fórmula iterativa que mencionamos. Se ve que los enunciados prescriptivos entran, en la estructura sintáctica de las normas, en la condición de proposición-hipótesis (antecedente) y de proposición-tesis (consecuente). *Y todo ello se da porque afirmamos la norma jurídica como unidad mínima e irreductible de significación del deóntico.* Quiero transmitir, de esta manera, que reconozco fuerza prescriptiva a las frases aisladas de los textos positivados. No obstante, ese contenido prescriptivo no basta y dependerá de su integración en unidades normativas, como mínimos deónticos completos. *Solo la norma jurídica, tomada en su integridad constitutiva, tendrá la condición de expresar el sentido cabal de los mandamientos de la autoridad que legisla.*

5.

REFLEJO DEL MÉTODO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TEXTO

Ya se sabe lo difícil que es mantener la corrección del pensamiento sin hacer concesiones; instaurar el proceso comunicacional, pasando el mensaje científico con el rigor necesario, sin provocar los ruidos que la precisión de vocabulario muchas veces suscita.

El derecho, como sistema de objetivaciones que proyecta las formas pretendidas para la interacción social, se manifiesta de forma invariable mediante el lenguaje, si es escrito o no, poco importa. Sistema de signos utilizado para la comunicación, el lenguaje jurídico asume, inmediatamente, la función de contenidos prescriptivos orientados al sector específico de las conductas intersubjetivas.

A la propuesta epistemológica de aislar el dato jurídico identificándole las normas, se añadió la comprobación, hasta cierto punto tardía, de que tales entidades no tendrían otro

medio de aparecer, en el contexto de la realidad social, que no fuera mediante el lenguaje técnico, concebido por el legislador para canalizar los comportamientos interhumanos en dirección a los valores que la sociedad quiere ver concretizados.

Establecer contacto con el lenguaje del derecho, por lo tanto, es el punto de partida, ineludible, incisivo, para el conocimiento de las estructuras mismas del fenómeno jurídico. Además, nadie lograría construir el acto hermenéutico, ofreciendo sentido al producto legislativo, sin iniciar su trabajo por el plano de la expresión o de la literalidad textual, soporte físico de las significaciones del derecho. De ahí la extraordinaria importancia de la semiótica, como teoría general de los signos de todo y cualquier lenguaje, teoría responsable de las radicales transformaciones de las costumbres de la comunidad jurídica, en el mundo contemporáneo. En esta línea de reflexión, no sería excesivo afirmar que la teoría de los signos, tomando el derecho positivo como sistema de objetivaciones, lo recorta, metodológicamente —está claro— en los tres planos del análisis semiótico: sintáctico, semántico y pragmático, y atraviesa el discurso prescriptivo de arriba a abajo, en un envidiable esfuerzo de descomposición. Y ese modo peculiar de investigación está provocando un sensible cambio en los paradigmas clásicos de estudio, que puede identificarse como una auténtica revolución en los modelos científicos.

Quede consignado, sin embargo, que la derivación de camino, lejos de representar una mera operación de desvío, se justifica plenamente. La instancia de la investigación semántica, de entre las otras opciones de análisis semiótico, es algo muy específico, de tal suerte que el arsenal terminológico existente, en la búsqueda de la precisión indispensable a las rigurosas articulaciones de sentido, sobre ser complejo, está formado por términos que muchas veces vienen en otro idioma, como el inglés, aceptado por la comunidad jurídica por convención de carácter internacional.

A título de ejemplo, estamos convencidos de que nadie podrá responder la pregunta, aparentemente sencilla, sobre la incidencia o no de tributos como el impuesto sobre la circulación de mercancías y prestación de servicios (ICMS) y el impuesto sobre servicios de cualquier naturaleza (ISSQN), en los casos de servicios de acceso a la *red de redes* (Internet) o de servicios prestados por su intermedio, si no dispone del dominio semántico adecuado al aparato de signos. Añádase al respecto que la manipulación de significaciones reivindica, necesariamente, un cierto nivel de conocimiento de formas operativas, inherentes al vehículo de la comunicación, es decir, de los medios de producción, de almacenamiento, de transmisión y de recepción de elementos signícos.

Además, es oportuno recordar que las alteraciones producidas por el hombre en el mundo que le rodea, por más desarrollados que sean el instrumental y la técnica utilizados

en un determinado sector, tendrán que apoyarse, invariablemente, en la llamada *causalidad física o natural*, esto es, en el saber efectivo de las relaciones *medio-fin*. De ahí porque, poniendo entre paréntesis el dato jurídico, en una ascesis provisional, entramos en tópicos de la teoría de la comunicación, para desde allí volver con elementos informativos imprescindibles al conocimiento de la materia. Con ello, se está enfatizando la experiencia efectiva del principio de la intertextualidad, interna y externa al derecho, sin la que sería impracticable el acto de interpretación.

6.

AXIOMAS DE LA INTERPRETACIÓN Y LOS LÍMITES DEL EXEGETA

Reitero que interpretar el derecho es conocerlo, atribuyéndole valores a los símbolos, esto es, adjudicándoles significaciones y, por mediante ellas, hacer referencia a los objetos del mundo, en la línea de las enseñanzas de Lourival Vilanova. La interpretación presupone el trabajo penoso de enfrentar el recorrido generador de sentido, haciendo que el texto pueda dialogar con otros textos, en el camino de la intertextualidad, donde se instala la comunicación de los mensajes con otros mensajes, pasados, presentes y futuros, en una trayectoria sin fin, expresión de la inagotabilidad. No obstante, antes de tocar en esos dos puntos, axiomas que son de todo y cualquier empeño interpretativo, creo que aquí se acomoda una advertencia, que hago sirviéndome de una maniobra de lenguaje al estilo de Rui Barbosa: el vocablo *interpretación* sufre, como tantos otros, de la ambigüedad proceso/producto, puesto que alude a la actividad de construcción de sentido, por un lado, y de la comprensión misma, por otro. Relatado con signos diversos, recorrer las dificultades y vicisitudes del trayecto formador del sentido realiza el proceso, al tiempo que la conquista de las significaciones del mensaje textual consubstancia el producto. La distinción es importante como dato semántico inherente a la investigación sobre el término.

Vuelvo, pese a ello, a los dos puntos que sostienen el trabajo interpretativo, como axiomas de la interpretación: intertextualidad e inagotabilidad. Como dije, la intertextualidad se forma por el intenso diálogo que los textos mantienen entre sí, sean pasados, presentes o futuros, sin que importen mucho las relaciones de dependencia establecidas entre ellos. Así que introducidos en el sistema, inician la comunicación con otros contenidos,

intrasistémicos y extrasistémicos, en un denso intercambio de comunicaciones. Normas de ley ordinaria dialogando con escritos constitucionales, con otras reglas ya revocadas, con disposiciones incluidas en actos normativos infralegales, además de la comunicación que se establece con mensajes llegados de los más diversos sectores del derecho legislado. Con el surgimiento de la ley nueva, se establece una compleja y extensa red de comunicaciones jurídicas y extrajurídicas, repito, que completa el universo del contenido, delimitado, únicamente, por los horizontes de nuestra cultura. La inagotabilidad, a su vez, es la idea de que toda la interpretación es infinita, nunca limitada a un determinado campo semántico. De ahí la inferencia de que todo texto siempre podrá ser reinterpretado. Estas son las dos reglas que aprisionan el acto de interpretación del sujeto cognoscente.

Según los modelos de la moderna ciencia de la interpretación, el sujeto del conocimiento no *extrae* o *descubre* el sentido que se hallaba oculto en el texto. Él *construye* en función de su ideología y, principalmente, dentro de los límites de su *mundo*, es decir, de su universo de lenguaje. Surge, con mucha fuerza, el axioma de la inagotabilidad del sentido —junto a la intertextualidad— que opera no solo en el terreno del sistema del derecho legislado, sino que lo trasciende, en la dirección de otros segmentos del saber.

Los predicados de la inagotabilidad y de la intertextualidad no significan ausencia de límites para la tarea interpretativa. La base de la interpretación es el texto: en él empieza, por él se dirige y, hasta el intercambio con otros discursos, se establece a partir de él. Ahora bien, el texto del que hablamos es el jurídico-positivo, y el ingreso en el plano de su contenido tiene que llevar en cuenta las directrices del sistema. En principio, como bien resaltó Kelsen, tendríamos moldes dentro de los que pueden incluirse múltiples significaciones. Pero este es solo un punto de vista sobre el lenguaje de las normas, más precisamente el que privilegia el ángulo sintáctico o lógico. Claro está que, en el proceso de producción normativa, los aplicadores estarán manejando los materiales semánticos que se producen en la cadena de positivización, pues no tendría cabida prescindir de los contenidos concretos, justamente aquellos que se aproximan a las conductas interpersonales, al postular implementar los valores y las estimaciones que la sociedad adopta.

6.1. INTERDISCIPLINARIEDAD E INTERTEXTUALIDAD

Las cuestiones más difíciles acerca del carácter disciplinario o interdisciplinario del conocimiento científico pierden sustancia frente al reconocimiento inevitable de la intertextualidad. Tomado el saber de la ciencia como algo que se presenta invariablemente en lenguaje, que se constituye en la forma y en el sentido de texto, no tendría propósito

sostener el proyecto del aislamiento disciplinario sin atacar de manera frontal el axioma de la intertextualidad. Simultáneamente, sin embargo, no cabría hablar de una interdisciplinariedad si se prescinde del valor individual de las disciplinas establecidas en relación, lo que significa reconocer la biimplicación de esos conceptos.

Consignada la excepción, es preciso decir que la intertextualidad en el derecho se presenta en dos niveles muy característicos: a) el estrictamente jurídico, que se establece entre las distintas ramas del ordenamiento (intertextualidad interna o intrajurídica), y b) el llamado jurídico en acepción lata, que abarca todos los sectores que tienen al derecho como objeto, pero que lo consideran desde el ángulo externo, es decir, en relación con otras propuestas cognoscentes, como la sociología del derecho, la historia del derecho, la antropología cultural del derecho, etcétera (intertextualidad externa o extrajurídica). En cuanto al *derecho comparado*, tanto cabe en la primera clase como en la segunda, dependiendo de la perspectiva en la que se sitúa el sujeto del conocimiento.

Cuando Kelsen pone el acento en la imposibilidad de separar hasta el derecho público del derecho privado, en términos metodológicos, para proclamar la unidad del sistema de normas como imperativo de la construcción de una ciencia, ya se nota la convicción firme de reconocer la intertextualidad intrajurídica, llamando la atención, de forma pionera, sobre su carácter axiomático. Dicho de otro modo, la intertextualidad es el proceso constitutivo, o, mejor dicho, el procedimiento elemental para componer el texto, que, partiendo de dos o más materialidades textuales, diseña y actualiza el sentido en aquella particular situación de interdiscursividad. Para José Luiz Fiorin:

Ela é o processo da relação dialógica não somente entre duas “posturas de sentido”, mas também entre duas materialidades lingüísticas.³

Ahora bien, como la demarcación del objeto científico es solo el *corte* inicial en el *continuum* heterogéneo de la realidad circundante, para propiciar el *descontinuum* homogéneo de cada ciencia en particular (Rickert), dentro de este último, pueden trazarse muchos otros cortes y recortes, dependiendo de las metas y de los objetivos de profundización que el agente se proponga alcanzar, preservada la condición de que permanezca abierto el camino de vuelta a la esquematización inicial y siempre le sea posible al sujeto científico combinar

³ “Interdiscursividade e intertextualidade”, en BAKHTIN: *Outros conceitos-chave*, Beth Brait (org.), San Pablo, Contexto, 2006, p. 184. “Ella es el proceso de la relación dialógica no solo entre dos “posturas de sentido”, sino también entre dos materialidades lingüísticas.”

las clases y subclases del dominio total, dentro, claro está, de los límites que la lógica del sistema permita.

6.2. INTERDISCIPLINARIEDAD Y DISCIPLINARIEDAD

La elección del carácter disciplinario o interdisciplinario, como estrategia para construir el discurso científico, además de opción ineludible, sigue siendo tema discutido en los círculos epistemológicos, junto con la amplitud misma de la interrelación de las disciplinas, contenido de otra decisión que debe tomar el científico. Todo para perseguir el cuántum de objetividad que pretende tener contraparte en la carga mínima de subjetividad.

Se considera verdadero, en la actualidad, que el conocimiento científico del fenómeno social, sea el que sea, deriva de la experiencia y aparece siempre como una síntesis necesariamente *a posteriori*. Él, el hecho social, en su congénita e inagotable plurilateralidad de aspectos, reivindica, en cuanto objeto, una secuencia de incisiones que le modelen el formato para la adecuada aprehensión del espíritu humano. Está presente en esa actividad tanto la objetivación del sujeto como la subjetivación del objeto, en plena relación dialéctica. Ello impide la concepción del *hecho puro*, ya sea económico, histórico, político, jurídico o cualquier otra cualidad que se le quiera atribuir. Tales hechos, como bien destacó Lourival Vilanova,⁴ son elaboraciones conceptuales, subproductos de técnicas de depuración de ideas ordenadas de forma selectiva. No creo que sea posible, por ello, aislar, dentro de lo social, el hecho jurídico, sin una serie de cortes y recortes que representen, en una ascesis temporal, el despojo del aquel hecho cultural mayor que sus colores políticos, económicos, éticos, históricos, etcétera, así como de los resquicios de implicación del observador, en el flujo inquieto de su estructura emocional.

Sin disciplinas, está claro, no tendremos las interdisciplinas, pero el saber disciplinario mismo, en función del principio de la intertextualidad avanza en la dirección de los otros sectores del conocimiento, buscando la indispensable complementariedad. La paradoja es inevitable: lo disciplinario lleva a lo interdisciplinario y este último remite al primero. La relación de implicación y polaridad, tan presente en el pensamiento de Miguel Reale, se manifiesta también aquí, puesto que el perfil metódico que se adopte, lo será, ciertamente, para demarcar una parte de la cultura.

Otros dos obstáculos, en forma de desafíos, estarán en el camino del estudioso, aunque se admita superada la situación paradójica: a) cuáles son las proporciones del corte, y

⁴ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, San Pablo, Noeses, 2005, p. 65.

b) qué criterios utilizar para dirigir el raciocinio en el trato con el objeto ya constituido (digamos, recortado).

Lo que podemos esperar de quien emprenda la aventura del conocimiento, en el campo de lo social, a esta altura, es una actitud de reflexión, de prudencia, al respecto mismo de las intrínsecas limitaciones y de la finitud del ser humano. Esta toma de conciencia, sin embargo, no puede representar la renuncia a seguir adelante, expresa en las decisiones que le parezcan más acordes con su proyecto descriptivo.

6.3. INAGOTABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Inagotabilidad es otra columna que sostiene el proceso interpretativo. El programa de investigación para acceder a la comprensión, efectivamente, interminable. Conocer y operar los textos, incrementando el saber, es obra de una vida entera, aunque se trate de algo simple, aparentemente accesible al examen del primer instante. La inestable relación entre los hombres, en la turbulenta convivencia social, genera inevitables cambios semánticos, en una sucesión creciente de alteraciones que se procesan en el interior del espíritu humano. Aquello que nos parecía objeto de inquebrantable convicción, en un determinado momento de nuestra existencia, queda ya sujeto a nuevas conformaciones que los hechos y las personas van suscitando, en el intrincado entrelazado de la convivencia social. El mundo experimenta cambios estructurales de configuración desde todos los ángulos de análisis que podamos imaginar. Y esta congénita inestabilidad, que afecta a las cuatro regiones ópticas, está particularmente presente en el reino de los objetos culturales, terreno en el que se contienen las prescripciones jurídico-normativas. Los signos del derecho surgen y se van transformando al ritmo de las circunstancias. Los factores pragmáticos, que intervienen en la trayectoria de los actos comunicativos, provocan inevitables modificaciones en el campo de irradiación de los valores significativos, motivo por el que la historicidad es un aspecto indisoluble del estudio de los mensajes comunicacionales.

Consideraciones de este calibre ya nos permiten ver la flagrante inestabilidad que acompaña a la vida de las palabras y de las expresiones de una lengua, tomada aquí como institución y sistema; y el derecho puede verse como tal.⁵

⁵ Estos recuerdos reafirman, con una fuerza incisiva, la relatividad del conocimiento, proposición tan bien desarrollada en la obra de Vilém FLUSSER *Lingua e Realidade*.

7.

LAS DIFERENTES TÉCNICAS INTERPRETATIVAS Y EL DERECHO

La doctrina viene aconsejando varios métodos de interpretación, que son: el literal o gramatical, el histórico o histórico-evolutivo, el lógico, el teleológico y el sistemático. No obstante, tomado el derecho positivo como capa lingüística vacía en términos prescriptivos, con un vector dirigido al comportamiento social, en las relaciones de intersubjetividad, este debe interpretarse con base en los métodos empleados en sistemas de lenguaje. Y el conocimiento de toda y cualquier manifestación de lenguaje pide la investigación de sus tres planos fundamentales: la sintaxis, la semántica y la pragmática. Solo así tendremos condiciones de analizar el conjunto de símbolos gráficos y auditivos que el ser humano utiliza para transmitir conocimientos, emociones, formular preguntas, o, como es el caso del derecho positivo, transmitir órdenes, sustanciadas en derechos y deberes garantizados por sanciones.

El plano sintáctico está formado por la relación que los símbolos lingüísticos mantienen entre sí, sin ninguna alusión al mundo exterior al sistema. El semántico se refiere a las conexiones de los símbolos con los objetos significados, las cuales, tratándose de lenguaje jurídico, son los modos de referencia a la realidad: calificar hechos para alterar normativamente la conducta. Y el pragmático está tejido por las formas según las cuales los usuarios del lenguaje lo utilizan en la comunidad del discurso y en la comunidad social para motivar comportamientos.

Pertenecen al plano sintáctico todos los criterios que se contienen en la regla de los signos jurídicos. La buena disposición de las palabras, en la frase normativa, es condición para el sentido del mensaje. La llamada *interpretación literal* es un paso en este largo camino y el método lógico de interpretación también opera en el nivel de la sintaxis. Además, la lógica jurídica o lógica deóntica se desarrolla a partir de las estructuras sintácticas. Y no es solo eso. Aquel trabajo previo al que Carlos Maximiliano llama *crítica* es igualmente actividad en el campo de la sintaxis, que consiste en la comprobación de la constitucionalidad de la regla, de la autenticidad del precepto, en función del procedimiento legislativo que lo tuvo como resultado, o de la competencia del juez que dictó la sentencia. Son todos ejercicios que el exegeta hace desde el ángulo sintáctico.

No es una exageración afirmar que los problemas relativos a la validez de las normas jurídicas, a la constitucionalidad de reglas del sistema son cuestiones que tienen un lado

sintáctico y, en parte, pueden estudiarse en el plano de la gramática jurídica. Se refieren a la correcta posición que las unidades normativas deben mantener en el marco del derecho.

A su vez, se sitúan en el prisma semántico los importantes estudios de las denotaciones y connotaciones de los términos jurídicos. Desarrollaremos actividad semántica, por ejemplo, cuando tratemos de la significación de los vocablos *suspensión* y *exención* del pago.

Se implementa la investigación del lenguaje por la comprobación del plano pragmático. Y aquí radican muchos de los problemas atinentes a la eficacia, la vigencia y la aplicación de las normas jurídicas, entre los que se incluye el hecho de la interpretación mismo, con su fuerte ángulo pragmático. La aplicación del derecho es promovida por alguien que pertenece al contexto social por él regulado y que utiliza los signos jurídicos en conformidad con pautas axiológicas comunes a la sociedad.

En la propuesta epistemológica del derecho, no me canso de repetir que todo trabajo con aspiraciones más serias ha de exponer previamente su método, así entendido el conjunto de técnicas utilizadas por el analista para demarcar el objeto, situándolo como foco temático y, acto seguido, penetrar su contenido. Parece apropiado efectuar breves consideraciones sobre el itinerario del pensamiento, en el sentido de abrir camino para que el lector pueda recorrerlo con desenvoltura, consciente del plano trazado por el autor. La información, que es de gran utilidad hasta para propiciar el iterativo cotejo del rigor expositivo, se vuelve, fundamentalmente, para aclarar el trayecto que será recorrido, facilitando sobremanera el entendimiento de las proposiciones presentadas.

La norma jurídica solo puede comprenderse con base en el conocimiento del ordenamiento del derecho. La tarea de interpretar cualquier unidad del derecho positivo es, por lo tanto, una función de la estructura sistémica de que forma parte, compareciendo la llamada técnica de interpretación literal como presupuesto para el ingreso en el interior del sistema. Al final, nadie podrá investirse en el conocimiento del orden jurídico-positivo sin trabar contacto con el soporte físico (plano de expresión) del producto legislado.

En las situaciones del mundo real, durante todo el trayecto del recorrido generador de sentido, el pensamiento del exegeta maneja datos exclusivamente jurídicos: analiza hipótesis de incidencia, compara bases de cálculo, aplica tipos impositivos, confiere calificaciones normativas de eventuales sujetos pasivos. Hasta los importes que cuantifican las operaciones, aunque estén expresados en dinero, comparecen como el resultado de procedimientos regidos por el derecho, de tal modo que no sobra espacio para conjeturas de otra índole, que pudieran recomendar el empleo de categorías y formas del pensar de los economistas. Las mismas

ventajas o desventajas logradas entre los resultados obtenidos entrarían en un juego comparativo de prestaciones tributarias, realizadas estas en la estricta conformidad de los parámetros legales. Se ve que interpretaciones de esta naturaleza nada tienen de económicas, tejidas como están con elementos, categorías y formas necesariamente prescritos en textos del derecho positivo y desarrollados mediante fórmulas procedimentales igualmente contenidas en aquellos textos.

Una vez que se ha llegado a este punto, no es difícil distribuir las citadas técnicas de interpretación por las tres plataformas de la investigación lingüística. Los métodos literal y lógico están en el plano sintáctico, mientras el histórico y el teleológico influyen tanto en el nivel semántico como en el pragmático. El criterio sistemático de la interpretación comprende los tres planos y es, por ello, exhaustivo del lenguaje del derecho. Individualmente, solo el último (sistemático) tiene condiciones de prevalecer, exactamente porque presupone los anteriores. Así, se considera el método por excelencia.

De cualquier modo, la exégesis de los textos legales, para ser completa, tiene que servir de incursiones en los niveles sintáctico, semántico y pragmático del lenguaje jurídico, única forma de llegarse al contenido intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

- CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito tributário*, 21.^a ed., San Pablo, Saraiva, 2009.
- *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6.^a ed., San Pablo, Saraiva, 2009.
- *Teoria da norma tributária*. 5.^a ed., San Pablo, Quatier Latin, 2008.
- *Direito tributário, linguagem e método*, 2.^a ed., San Pablo, Noeses, 2008.
- ECO, Humberto, *A estrutura ausente*, San Pablo, Perspectiva, 1976, p. 42.
- FIORIN, José Luiz, “Interdiscursividade e intertextualidade”, en *Bakhtin: Outros conceitos-chave*, Beth Brait (org.), San Pablo, Contexto, 2006, p. 184.
- FLUSSER, Vilém, *Língua e realidade*, 2.^a ed., San Pablo, Annablume, 2004.
- VILANOVA, Lourival, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, San Pablo, Noeses, 2005.
- “Níveis de Linguagem em Kelsen (Norma jurídica/proposição jurídica)”, en *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. 2, San Pablo, Noeses, 2003.

Nuevas formas de relacionamiento público- privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado*

*Augusto Durán Martínez***

RESUMEN. El mundo de hoy nos muestra, por un lado, un tránsito de un Estado legislativo a un Estado constitucional y, por otro, un tránsito de un Estado de bienestar, que había sustituido al Estado liberal de derecho, a un Estado subsidiario. Esto lleva a una preocupación especial por el bien común y por la eficacia en la actuación estatal, lo que produce un cambio en los cometidos del Estado y en la forma de su consecución y muestra un relacionamiento público-privado distinto del que aparecía en otros tiempos. Ese cambio en el relacionamiento público-privado se percibe en las distintas modalidades de privatización, tanto en las negociales como en las institucionales, así como en la liberalización. En las dos primeras no aparecen novedades esenciales sino más bien accidentales o determinados énfasis cuantitativos. Las novedades más importantes aparecen en la liberalización y, sobre todo, en la postura del Estado y de la sociedad de cara al cumplimiento de los cometidos estatales en función de una perspectiva desde los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE. Estado constitucional. Liberalismo. Economía de bienestar. Privatización. Arrendamientos. Subsidios. Unidades reguladoras.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Diplomado en Derecho Público por el Institut International d'Administration Publique (París). Catedrático de Derecho Público (II y III) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Decano emérito, director del Departamento de Derecho Administrativo y catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Dámaso Antonio Larrañaga.

ABSTRACT. Today's world is moving from a Legislative State to a Constitutional State on the one hand, and from a Welfare State, which had originally substituted the Liberal State, to a Subsidy State on the other hand. This causes particular concern over the common good and the efficiency of state actions, generating a change in the duties of the State and their attainment, and is evidencing a public-private relationship different from the one in the past. This change in public-private relationships is perceived in the different privatization types, both negotiable and institutional ones, as well as in the liberalization. The first two do not show any material changes; they are rather accidental or of a certain quantitative emphasis. The most important changes occur in the liberalization and especially in the place the State and society have taken when facing the fulfillment of the duties of the State, from the human rights point of view.

KEY WORDS. Constitutional State. Liberalism. Welfare Economy. Privatization. Leases. Subsidies. Regulatory units.

SUMARIO. **I.** Introducción. **II.** Razones del actual relacionamiento público-privado. Estado constitucional, Estado subsidiario. **III.** Privatización y sus modalidades. **IV.** Modalidades negociales. **V.** Modalidades institucionales. **VI.** Liberalización. **VII.** Apreciaciones finales.



INTRODUCCIÓN

- 1.** El título del tema que se nos ha sugerido presupone la existencia de nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado.
- 2.** Luego de meditar profundamente acerca de cómo encarar este tema, he pensado que lo más conveniente sería comenzar por referirme a las razones de esas nuevas formas de relacionamiento, luego a las principales formas de relacionamiento público-privado que se presentan en la actualidad para el cumplimiento de los cometidos del Estado, para finalmente ver si esas formas de relacionamiento son efectivamente nuevas.



RAZONES DEL ACTUAL RELACIONAMIENTO PÚBLICO-PRIVADO. ESTADO CONSTITUCIONAL, ESTADO SUBSIDIARIO

- 1.** El mundo de hoy nos muestra un derecho constitucional muy distinto del que veíamos en el Uruguay hasta hace muy pocos años.¹

¹ M. RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008, p. 13.

Este fenómeno, conocido en general con el nombre de *neoconstitucionalismo*,² es de una relevancia tal que ha sido considerado por algunos como “la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho Continental europeo”.³

2. Asistimos a un cambio de modelo de Estado. De un Estado legislativo pasamos a un Estado constitucional.⁴ Es decir, de un Estado basado en la soberanía de la ley pasamos a un Estado que tiene en la Constitución la norma jurídica de mayor valor y fuerza.

Y como las constituciones modernas, por lo menos en el mundo occidental, se basan en la dignidad de la persona humana, los derechos humanos pasan a ser el centro del ordenamiento jurídico.

3. Lo expuesto revela la existencia en la actualidad de una especial preocupación por los derechos humanos.

Se percibe una clara reacción frente al positivismo kelseniano. Pero aunque al neoconstitucionalismo se lo presenta a menudo como un movimiento antipositivista, la mayoría de sus cultores, al adoptar un positivismo inclusivo, no logran superarlo.

Creo que los derechos humanos son incorporados a las constituciones por fuerza de la dignidad humana y no al revés. Tanto es así que Gordillo habla de lo que se ha llamado la *supranacionalidad* y *supraconstitucionalidad* operativa de los derechos humanos internacionales.⁵ De todas maneras, a los efectos de nuestro tema no interesa discutir esta cuestión. Basta con indicar que, por lo menos, por estar recogida en la Constitución, la dignidad de la persona humana influye en todo el ordenamiento jurídico.

4. Las nuevas tendencias muestran lo que Guastini ha denominado la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Es decir:

[Asistimos a] un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.⁶

² A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.

³ P. P. GRÁNDEZ CASTRO, “Presentación”, en L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002. p. 11.

⁴ L. VAN ROMPAEY, “El rol del juez en la sociedad moderna”, en *Revista de Derecho Público*, FCU, Montevideo, 2008, n.º 34, pp. 14 ss.

⁵ A. GORDILLO, “La seguridad jurídica y la emergencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, p. 369.

⁶ R. GUASTINI, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México: UNAM y Trotta, 2006, p. 49.

Para que se dé esta constitucionalización del ordenamiento jurídico, según este autor, se requieren las siguientes condiciones:

- a. una Constitución rígida;
- b. el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes;
- c. la fuerza vinculante de la Constitución;
- d. la *sobreinterpretación* de la Constitución;
- e. la aplicación directa de las normas constitucionales;
- f. la interpretación conforme a la Constitución;
- g. la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁷

5. De esas condicionantes, como las llama Guastini, la rigidez de la Constitución configura el presupuesto de esa constitucionalización del ordenamiento jurídico, y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes constituye la garantía de la rigidez.

A los efectos de nuestro tema la condicionante que más nos interesa es la fuerza vinculante de la Constitución, de la que derivan las restantes, es decir, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Esto hace que los valores de la Constitución se impongan directamente no solo a todos los órganos públicos sino a toda la sociedad, lo cual se garantiza a través del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

6. Este énfasis que hemos puesto en la fuerza vinculante de la Constitución y en las otras condicionantes que de ella derivan puede dejar un tanto perplejo al lector oriental puesto que, se me dirá, en Uruguay —por lo menos desde la Constitución de 1830, siguiendo el modelo de los Estados Unidos— hemos entendido que nuestra Constitución tiene fuerza vinculante, se aplica directamente a la sociedad y recoge una serie de valores que condicionan todo el accionar de los órganos públicos y de los particulares.

En cambio en Europa, hasta promediar el siglo XX, primó el concepto originado en la Revolución Francesa. Para los franceses, por influjo de las ideas de Rousseau, la ley es la verdadera y máxima norma jurídica; la Constitución no es propiamente una norma jurídica sino un conjunto de directivas políticas dirigido a las autoridades, en especial al Poder Legislativo, que son las que dictan las normas jurídicas.⁸

⁷ GUASTINI, o. cit., pp. 50 ss.

⁸ PRIETO SANCHÍS, o. cit., pp. 111 ss.

Pero ocurre que, pese a haber adoptado el concepto constitucional norteamericano, con total inconsecuencia en general actuamos como lo hacían los europeos antes del advenimiento del neoconstitucionalismo. En efecto, en general, salvo en oportunidad del proceso de constitucionalidad de una ley, actuamos con un casi total olvido de la Constitución. Y aun en el marco de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo, invocamos el inexistente principio de presunción de constitucionalidad de la ley e invertimos así totalmente la interpretación conforme a la Constitución.⁹

Por eso, esas novedades que aportan las tendencias constitucionales europeas son, en los hechos, también novedades para nosotros.

7. Como se comprenderá, este cambio de perspectiva influye en todas las ramas del derecho y especialmente en el derecho administrativo, considerado por Fritz Werner como “derecho constitucional concretizado”.¹⁰

Con gran precisión, la moderna doctrina alemana ha señalado:

[El] Gobierno no solo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho Administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración”.¹¹

Lo expuesto permite fortalecer el derecho administrativo como sistema, al decir de Schmidt-Assmann.^{12 13}

⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Otra vez sobre la inexistente presunción de ilegitimidad del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 139, 2009, p. D.54; el mismo, “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.

¹⁰ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2003, p. 15.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, pp. 17 ss.

¹³ SCHMIDT-ASSMANN ha expresado que este enfoque del derecho administrativo desde la perspectiva del derecho constitucional le ha permitido una válida base científica y ha hecho igualmente posible la fácil reconducción de los nuevos materiales que emergían de la parte especial hacia categorías más generales y abstractas, así como la integración de no pocas lagunas legales (*ibíd.*, pp. 15 ss.).

Sin perjuicio de lo expuesto, el citado autor señala también la influencia del derecho administrativo en el derecho constitucional. A modo de ejemplo indica que el principio de proporcionalidad pasó del derecho administrativo al constitucional. En tal sentido afirma: “[...] desde la perspectiva aplicativa y de la práctica jurídica, el Derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales. Por último, bajo el perfil dogmático, el Derecho administrativo representa la base y el instrumento fundamental para la efectividad de tantas garantías constitucionales, señaladamente en el mundo de los derechos fundamentales: con base en la Constitución, en efecto, el Derecho administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para su protección; los criterios de resolución de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales; la determinación de sus límites, etc. Estas exigencias se hacen realidad en buena parte con la ayuda y la fuerza conformadora del Derecho administrativo” (*ibíd.*, pp. 17 ss.).

La posición subjetiva de la persona que la Constitución reconoce precede o es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre el entero ordenamiento jurídico. “La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad.” La dignidad humana (art. 1 GG) determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal. El Estado requiere una justificación, esto es, una habilitación o legitimidad específica para poder actuar, lo cual remite a un proceso y a un resultado presididos en última instancia por la racionalidad.¹⁴

Esto provoca un importante cambio en el derecho administrativo, en el fondo y en la forma. La vertiente de defensa o libertad deviene insuficiente; la necesidad de obtener determinados resultados en la sociedad se vuelve imperiosa.¹⁵ Y por otro lado, sin desaparecer por supuesto la actividad unilateral de la Administración, aparece una nueva forma de actuación basada en el consenso y en la negociación que ha llevado a hablar incluso de una Administración cooperativa o Estado cooperativo o cooperador.¹⁶

Eso sin duda genera un nuevo relacionamiento entre lo público y lo privado.

8. Ese nuevo modelo de Estado, por algo llamado también por algunos Estado constitucional democrático,¹⁷ conlleva un cambio en los cometidos del Estado y en la forma de su realización.

Ese énfasis en lo *democrático* alude al *gobierno por el pueblo*,¹⁸ es decir, a la legitimidad de origen; pero no solo a eso, incluye también la legitimidad de ejercicio. Dicho de otro modo, el poder público se legitima no solo por su origen sino en la medida en que resulte eficaz para el logro del bien común.¹⁹

Esto nos lleva al concepto de *bien común* y al de *eficacia*.

Bien común es “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia perfección”.²⁰ En suma, el bien común es el estado de hecho apto para el desarrollo de la persona humana.²¹

¹⁴ SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 18.

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 25 ss.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 36 ss.

¹⁷ R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL (ed.), o. cit., p. 31.

¹⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 115; SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 101.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p. 110.

²⁰ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Montevideo, Librería Editorial Arquidiocesana, 2005, p. 78.

²¹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, p. 68.

La eficacia consiste en *hacer bien las cosas*, lo que supone determinar bien los fines y elegir los medios adecuados para su consecución.²²

Aunque en el ámbito de la ciencia económica o administrativa se distinguen los conceptos de *eficacia* y *eficiencia*, en el lenguaje corriente son términos que suelen usarse indistintamente. Así, por ejemplo, estimo que el término *eficacia* que figura en el artículo 103 de la Constitución española de 1978 incluye a *eficiencia*, y el término *eficiencia* que figura en el artículo 37 de la Constitución de Brasil vigente comprende a *eficacia*. Advierto, por otro lado, que en el ámbito de la doctrina social de la Iglesia también se emplea estos términos indistintamente. Así, en la encíclica *Quadragesimo anno*, cuando se hace referencia al principio de subsidiaridad, en un mismo párrafo se emplean los términos *eficazmente* —derivado de *eficacia*— y *eficiencia* en un mismo sentido.²³ En la encíclica *Mater et magistra*, Juan XXIII vuelve sobre el principio de función subsidiaria enunciado por Pío XI y emplea el término *eficacia*.²⁴ Juan Pablo II, al retomar el tema en la encíclica *Centesimus annus*, acude al vocablo *eficiente*.²⁵

Tomo pues, a los efectos de este estudio, los términos *eficacia* y *eficiencia* como sinónimos. Esto por cierto no implica desconocer la solidaridad, puesto que “la dimensión moral de la economía hace entender que la eficiencia económica y la promoción de un desarrollo solidario de la humanidad son finalidades estrechamente vinculadas, más que separadas o alternativas”.²⁶

La legitimidad funcional del accionar del Estado depende, así, de la correcta determinación de los fines y de la correcta elección de los medios para la configuración del estado de hecho necesario para el adecuado desarrollo de la persona humana. En términos de Bacellar Filho, la legitimidad del Estado-Administración depende de su eficiencia en la prestación de los servicios esenciales para la protección de los derechos fundamentales.²⁷

²² A. DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y estado subsidiario”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, p. 7.

²³ “Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más *eficazmente* todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvando este principio de función ‘subsidiaria’, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la *eficiencia* social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación” (cursivas agregadas). *Quadragesimo Anno* (80), en J. IRIBARREN y J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Once grandes mensajes*, 15.ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, p. 93.

²⁴ *Mater et Magistra* (54), en IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., p. 145.

²⁵ “La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos *eficientes*. La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo *eficiente* y honestamente” (cursivas agregadas). *Centesimus Annus* (48), en IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, O. CIT., p. 805.

²⁶ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, o. cit., p. 159.

²⁷ R. F. BACELLAR FILHO, “A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, en R. F. BACELLAR FILHO y L. A. BLANCHET (coords.), *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 13.

Las más modernas constituciones recogen expresamente el principio de eficacia. Es el caso, por ejemplo, de la española de 1978 (artículo 103, inciso 1) y la brasileña vigente (artículo 37 según redacción dada por enmienda de 1998). Nuestra Constitución no recoge expresamente ese principio, pero su admisión se desprende implícitamente²⁸ por la mención que el artículo 60 realiza a la “administración eficiente”,²⁹ por la recepción del concepto de buena administración que efectúa el artículo 311 de la Carta al admitir la nulidad de actos administrativos contrarios a la buena administración³⁰ así como por la declaración genérica del artículo 72.³¹

Tan importante es este aspecto que Schmidt-Assmann ha indicado que el derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: “la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la *eficacia* y efectividad de la acción administrativa”.³²

9. Desde otra perspectiva, se puede decir que ha existido también una evolución del Estado liberal de derecho hacia lo que Cassagne llamó Estado subsidiario,³³ previo pasaje por el Estado de bienestar.

Para superar las falencias del Estado liberal apareció el Estado de bienestar y, ante su fracaso, surgió otro modelo, el Estado subsidiario.

Muchos han sido los cuestionamientos al Estado de bienestar.

Con acierto Ariño Ortiz expresó:

El individuo queda en manos del Estado, que le ofrece seguridad a cambio de su libertad. El ciudadano queda cada vez más dependiente de sus dueños, de los que le proveen de servicios gratis. El resultado es una situación triste de aletargamiento del individuo y de la sociedad que Stigler denunció en este famoso texto:

“Incluso si el Estado fuese siempre sabio y benevolente con nosotros sería triste orientar nuestras vidas hacia él. Una sociedad sana no debe asemejarse a un gran rebaño de gente bien alimentada. Antes bien, debe orientarse al principio de que hay que dar a cada individuo el máximo posible de responsabilidad sobre su vida y el máximo posible de libertad para hacer frente a dicha responsabilidad”.

²⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia...”, o. cit., pp. 9 y 15 ss.

²⁹ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, Montevideo, FCU, 2008, t. II, p. 183.

³⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso administrativo*, Montevideo, FCU, 2007, pp. 295 ss.

³¹ Con acierto expresó Guariglia que la eficacia constituye un derecho-deber de la Administración que fundamentalmente forma parte de los derechos inherentes a la persona humana o que derivan de la forma republicana de gobierno, conforme lo dispone el artículo 72 de la Carta (C. E. GUARIGLIA, *Misión y visión del Estado contemporáneo. El reto de la responsabilidad*, Montevideo, Polo, 2003, p. 258).

³² SCHMIDT-ASSMANN, o. cit., p.26.

³³ J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, t. I, pp. 61 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y estado subsidiario...”, o. cit., pp. 16 ss.

Ese Estado social benefactor se convierte en un Estado dominador porque tiene el gran poder de gastar y de satisfacer las necesidades de sus súbditos, que resulta difícilmente controlable por el derecho.³⁴

La visión de Forsthoff es coincidente:

La tentación de dominar allí donde se ayuda, fomenta, o subvenciona es demasiado grande para poderla resistir siempre, en el supuesto de que se deseara. El individuo, que conoce su dependencia del Estado no está en situación de oponerle resistencia, y no lo está, en primer lugar, porque la Constitución del Estado de Derecho, tal y como es la Ley Fundamental, no tiene normas protectoras frente a un tal comportamiento. En segundo término, porque tampoco el particular está animado de una voluntad de resistencia frente al Estado, a pesar de que en casos concretos tenga a su disposición instrumentos jurídicos idóneos. Con mucha frecuencia el jurista, cuyo consejo se recaba en estos casos o en otros semejantes, experimenta que los afectados renuncian a recurrir bajo la idea de que una tal victoria jurídica sería una victoria pírrica, ya que hoy es más sensato estar en buenas relaciones con el Estado, de quien se depende constantemente, que obtener justicia en un caso concreto. Se teme que el Estado tome represalias, y con frecuencia encontrará ocasión para hacerlo, dada la complejidad de las leyes. Esta situación se agudiza por el hecho de que las tareas sociales del Estado en sentido amplio son llevadas a cabo por los funcionarios que en tanto que empleados del poder público, carecen del ethos del funcionariado profesional.³⁵

En esta misma línea, Cea Egaña manifiesta que el Estado benefactor no fue nunca Estado social de derecho, “deviene en opuesto a la libertad en sociedad, por la sumisión a que es reducida la persona y las asociaciones intermedias”.³⁶ Y citando al jurista alemán Ernst Benda expresa:

El Estado Social se puede y se debe concebir como una comunidad continuamente preocupada por el bienestar de sus ciudadanos. Pero un Estado Providencia que libere de toda preocupación a los hombres y mujeres no sería un Estado Social sino que un Estado tutor o nodriza de sus habitantes.³⁷

Feo La Cruz advirtió que el Estado de bienestar reposa en un modelo burocrático y elitista.³⁸

En el marco del EB la confianza en la burocracia estatal derivaba de su capacidad para dar respuestas. Así que se consideraba autosuficiente, estableciéndose una orientación vertical en la que la sociedad tenía un rol pasivo, recipiendaria de las medidas adoptadas desde la estructura estatal.

³⁴ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, 2004. 3.ª ed. ampliada, p. 99.

³⁵ Citado por ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 99 ss.

³⁶ J. L. CEA EGAÑA, “Presente y futuro del Estado social de derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2005, n.º VII, p. 211.

³⁷ *Ibidem*, p. 212.

³⁸ M. FEO LA CRUZ, “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, t. I, p. 415.

El espacio de lo público se entendía como exclusivo del Estado, por lo que se justificaba el intervencionismo sin requerir de ningún tipo de justificaciones para la toma de las medidas de políticas públicas, ni la participación del mercado o de otros actores sociales. Este modelo burocrático fundado en el desarrollo teórico weberiano le daba a la estructura organizativa de la Administración Pública una rigidez y un distanciamiento con respecto a la sociedad. Esta organización administrativa del Estado, desarrollaba su actividad partiendo de conceptos jurídicos elaborados en el contexto del derecho administrativo del Estado, que se convierte en su instrumento ideológico que pretende ocultar la función política y cambiante que se realiza en ese marco de actuación.³⁹

En la encíclica *Centesimus annus*, Juan Pablo II escribió:

Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado. Además, un cierto tipo de necesidades requiere con frecuencia una respuesta que sea no solo material, sino que sepa descubrir su exigencia humana más profunda.⁴⁰

En nuestro medio, ya Real, aludiendo al Estado de bienestar, observaba:

[...] al imponer al Estado prestaciones positivas y no meras abstenciones como bajo el individualismo liberal, determinaron un gigantesco desarrollo de aparatos burocráticos, capaces de nuevas opresiones o posibilidades de opresión, al volver al administrado más dependiente del Estado, de la cuna a la tumba, en su educación o su ignorancia, en su trabajo o en su desempleo, en su jubilación o en su miseria o en su agenda social, y aún en el goce o carencia de servicios públicos, teléfono, vivienda o crédito para obtenerla, etc., etc.⁴¹

Y ante esto, más acá en el tiempo, Brito planteó con agudeza las siguientes interrogantes:

¿Sirve a la libertad el actual sistema organizado y prestacional del Estado y sus Entes? ¿O es que hay algo de tributación a una suerte de principio carismático de la autoridad del Estado cuando se ha postulado su actuación para la prestación de los servicios públicos, el desarrollo de servicios asistenciales, educativos, de seguridad social, industriales y comerciales, amén de aquellos que hacen a sus cometidos esenciales? ¿Se corresponde todo esto con el ámbito de preservar para la aptitud creadora reconocidamente prevista en el hombre y su entorno social?⁴²

³⁹ *Ibíd.*, p. 416.

⁴⁰ En IRIBARREN y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., p. 807.

⁴¹ Citado en M. R. BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2004, p. 245.

⁴² *Ibíd.*, pp. 244 ss.

El Estado subsidiario precisamente configura una reacción ante las falencias indicadas. Su nombre deriva del principio de subsidiariedad enunciado por la Iglesia Católica sobre todo a partir de la encíclica *Quadragesimo anno*⁴³ y desarrollado luego por otros documentos pontificios, en especial por la encíclica *Centesimus annus*.

Sintetizando su pensamiento con relación al principio de subsidiariedad, la Iglesia Católica, en el *Compendio*, expresó:

Conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda ('subsidium') —por tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen, sin deber cederlas injustamente a otras agregaciones sociales de nivel superior, de las que terminarían por ser absorbidos y sustituidos y por ver negada, en definitiva, su dignidad propia y su espacio vital.

A la subsidiariedad entendida en sentido positivo, como ayuda económica, institucional, legislativa, ofrecida a las entidades sociales más pequeñas, corresponde una serie de implicaciones en negativo, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría, de hecho, el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad. Su iniciativa, libertad y responsabilidad, no deben ser suplantadas.⁴⁴

El principio de subsidiariedad protege a las personas de los abusos de las instancias sociales superiores e insta a estas últimas a ayudar a los particulares y a los cuerpos intermedios a desarrollar sus tareas. Este principio se impone porque toda persona, familia y cuerpo intermedio tiene algo de original que ofrecer a la comunidad. La experiencia constata que la negación de la subsidiariedad, o su limitación en nombre de una pretendida democratización o igualdad de todos en la sociedad, limita y a veces también anula, el espíritu de libertad y de iniciativa.

Con el principio de subsidiariedad contrastan las formas de centralización, de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público.⁴⁵

La función de suplencia del Estado solo es admitida en forma excepcional.⁴⁶

⁴³ En esta Encíclica, el principio de subsidiariedad es enunciado de la siguiente manera: "[...] como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dársele a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

⁴⁴ "Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función 'subsidiaria', el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación" (IRIBARREN Y GUTIÉRREZ GARCÍA, o. cit., pp. 92 ss.).

⁴⁴ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, o. cit., pp. 88 ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 90.

Con este principio se valorarán la participación,⁴⁷ la solidaridad,⁴⁸ la libertad y la eficacia.⁴⁹

Por influjo del principio de subsidiariedad se produce un cambio importantísimo en el relacionamiento Estado-sociedad. Expresa Feo La Cruz:

Del complejo de superioridad de la Burocracia del Estado y la baja autoestima ciudadana se pasa, en el contexto de la crisis del Estado Providencia, al resurgimiento del concepto de sociedad civil y a la recuperación de territorios y responsabilidades en la solución de sus propios problemas.⁵⁰

10. El *principio de eficacia* es a mi juicio de esencia en todo Estado, pero adquiere una relevancia especial en el Estado subsidiario.

En el Estado liberal de derecho, fundado en la dimensión individual del hombre, la actitud prescindente del Estado en la vida social hace que la importancia del *principio de eficacia* se diluya.

En el Estado benefactor, que pone su acento en la dimensión social del hombre, al presuponer erróneamente que las riquezas son inagotables y al minimizar la dimensión individual del ser humano y desconocer su dimensión trascendente, el *principio de eficacia* también se diluye.

En cambio, en el Estado subsidiario —basado en la triple dimensión humana, individual, social y trascendente— el *principio de eficacia* cobra toda su magnitud. Es que el pleno desarrollo de la persona humana se logra únicamente en el respeto de su triple dimensión. De lo contrario, se quiebra la naturaleza del hombre.

Es que el Estado es un ser instrumental finalizado al logro del bien común; es decir, “el Estado debe existir para la perfecta suficiencia de la vida humana, fin que no pueden alcanzar los hombres por sí solos o aisladamente, y ni siquiera las otras sociedades menores”.⁵¹ En suma, está al servicio de la persona humana en toda su dimensión. Si su accionar no sirve para esto, es *ineficaz* y por tanto ilegítimo.

Es por esto que, cuando el Estado de bienestar comienza a ceder paso al Estado subsidiario, en las modernas constituciones se recibe a texto expreso el *principio de eficacia*. Y

⁴⁷ Ibídem, pp. 90 ss.

⁴⁸ Ibídem, pp. 92 ss.

⁴⁹ DURÁN MARTÍNEZ, “Principio de eficacia y...”, o. cit., pp. 6 ss.

⁵⁰ FEO LA CRUZ, o. cit., p. 420.

⁵¹ J. H. SARMIENTO GARCÍA, “Servicios públicos y prudencia gubernativa”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 88.

por eso en nuestro país la noción de *buena administración* abandona la zona del mérito para ingresar en la de la legitimidad.⁵²

11. El Estado liberal de derecho coincide, por lo menos en Europa, con el Estado legislativo. El Estado benefactor, tránsito del Estado liberal al subsidiario, no se acomoda muy bien con el Estado legislativo ni con el constitucional. El Estado subsidiario calza a la perfección con el Estado constitucional.

Ese *principio de eficacia* debemos verlo así con toda la connotación que implica el Estado subsidiario y con toda la connotación que implica el Estado constitucional.



PRIVATIZACIÓN Y SUS MODALIDADES

1. *Privatización*, término demonizado en nuestro país que se aferra a un Estado de bienestar agotado,⁵³ es la palabra clave en el actual relacionamiento Estado-sociedad que exhibe el mundo occidental. Privatización impulsada precisamente por la eficacia.⁵⁴

2. En términos generales, podemos decir que privatización es el pasaje de algo del sector público al privado.

Ese algo puede comprender tanto cosas (bienes de cualquier naturaleza, ya sea muebles o inmuebles, corporales o incorporeales) como actividades. Y ese pasaje, que puede ser total o parcial, se efectúa por medio de procesos de privatización o modalidades que pueden incluir hasta la adopción de determinadas formas institucionales.⁵⁵

3. La privatización se efectúa para un mejor cumplimiento de los cometidos del Estado.

4. Esa privatización se efectúa por medio de:

- a. diversas formas contractuales o negocios jurídicos en general;
- b. diversas formas institucionales, o
- c. una liberalización.

⁵² DURÁN MARTÍNEZ, "Principio de eficacia y...", o. cit., p. 19.

⁵³ Aunque en el Uruguay la resistencia al cambio, en este aspecto, es particularmente pronunciada, esta dificultad se ha visto también en otros lados. Lo que ocurre es que la reorientación de las relaciones Estado-sociedad en el sentido marcado por el Estado subsidiario, como expresa Feo La Cruz, "supone un cambio cultural importante que no es de fácil asimilación. Las organizaciones públicas inmersas en una cultura organizacional que le asigna un rol autoritario y una enorme autosuficiencia para toma de decisiones, les cuesta aceptar una relaciones horizontales con sus clientes o administrados" (FEO LA CRUZ, o. cit., p. 420).

⁵⁴ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Transformaciones en el sector público", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999, p. 197.

⁵⁵ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Procesos de privatización", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 161; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Tamaño del Estado y privatizaciones", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., pp. 170 ss.

5. Referiré brevemente, en el orden expuesto, a esas nuevas formas de relacionamiento público-privado que se efectúan a través de las modalidades negociales y formas institucionales indicadas, así como en el marco de la liberalización apuntada.

IV.

MODALIDADES NEGOCIALES

1. El contrato más común, en lo que refiere al tema en estudio, es la concesión. También puede efectuarse una concesión por medio de un acto administrativo unilateral, pero centraré mi atención en el contrato, por su mayor relevancia.

Por este contrato, según Sayagués Laso,

[...] se confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la trasmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración.⁵⁶

Según su objeto, la concesión puede conferir el derecho al uso de un bien o al ejercicio de una determinada actividad.

El bien cuyo uso se concede puede ser de cualquier naturaleza, dominial o privado, mueble o inmueble, corporal o incorporeal. La actividad concedida puede ser de lo más variada. La concesión más conocida es la de servicio público, pero también se emplea para actividades privadas del Estado o servicios sociales.

También por su objeto vemos concesiones mixtas, es decir, que confieren el derecho al uso de un bien y el derecho al ejercicio a una determinada actividad; es el caso de la concesión de obra pública.⁵⁷

La concesión, pues, otorga un derecho subjetivo perfecto al uso del bien o al ejercicio de la actividad concedidos, o a ambas cosas, durante la duración de aquella.

Cuando de la concesión no emerge un derecho subjetivo perfecto al uso del bien o al ejercicio de la actividad sino un derecho debilitado, el derecho positivo normalmente emplea otra terminología. A veces se habla de *permiso*⁵⁸ o *permisario* para referirse al titular

⁵⁶ E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 421.

⁵⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, "La concesión. Concepto, tipos y perspectivas", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 14 ss.

⁵⁸ En este sentido se ha entendido que *permiso* es una concesión sin plazo determinado (H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999, p. 341; DURÁN MARTÍNEZ, "La concesión...", o. cit., pp. 10 ss.).

de la concesión (artículo 275, numeral 4, de la Constitución; artículo 11, literal B, numeral 1.º, de la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992) y otras veces de *autorización*⁵⁹ (artículo 7.8 del reglamento para la autorización de servicios regulares de transporte por carretera, aprobado por el artículo 2 del decreto n.º 228/991, de 24 de abril de 1991; artículo 20 del decreto-ley n.º 14335, de 23 de diciembre de 1974).⁶⁰

Normalmente, los *permisos* o *autorizaciones* se otorgan a través de un acto administrativo unilateral, pero esto no siempre ocurre; a veces derivan de un contrato. Lo importante es que en esencia son una especie de concesión.

En todos los casos indicados —concesión en sentido estricto, permiso o autorización— asistimos a un especial relacionamiento público-privado para el uso de un bien o el ejercicio de una actividad. La titularidad del bien o de la actividad pertenece al Estado, pero el uso del bien o el ejercicio de la actividad se efectúan por un particular.

En el derecho brasileño, aparte de las clásicas concesiones de servicios públicos o de obra pública, también se emplean los términos *permiso* y *autorización*. Pero, además, la legislación recoge expresamente otras especies de concesión. Una de ellas son las llamadas *parcerias público-privadas*,⁶¹ conocidas comúnmente con la sigla PPP.⁶²

La ley n.º 11079, de 30 de diciembre de 2004, prevé dos modalidades de PPP: la concesión patrocinada y la concesión administrativa. En efecto, el artículo 2 de la ley indicada establece: “parceria público-privada es el contrato administrativo de concesión, en la modalidad patrocinada o administrativa”.⁶³

La concesión patrocinada es una especie de concesión de servicio público o de obra pública que se caracteriza por que el concesionario obtiene su remuneración, además de una tarifa percibida de los usuarios, de una contraprestación pecuniaria abonada por el *parceiro público*.⁶⁴ La tarifa es lo básico, la contraprestación del *parceiro público* es un plus.

⁵⁹ El término *autorización* está tomado en el sentido que le asigna Méndez. Para este, la autorización “habilita para la edición de un acto, ejercicio de una actividad o aprovechamiento de un bien, que están fuera del uso o goce del solicitante” (A. MÉNDEZ, “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, Universidad de la República, 1979, t. I, pp. 273 ss.). Muy distinta es por cierto esta acepción de la que Sayagués Laso le asigna al término. En efecto, para Sayagués Laso la *autorización* es el acto “que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente” (SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, pp. 414 ss.). Sobre los diversos sentidos con que nuestro derecho positivo ha empleado el término *autorización*, véase A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, Montevideo, 2007, vol. V, pp. 106 ss.

⁶⁰ DURÁN MARTÍNEZ, “La concesión...”, o. cit., pp. 10 ss.

⁶¹ M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*. 5.ª ed., San Pablo, Atlas, 2006, pp. 158 ss.; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 40 ss.

⁶² ZANELLA DI PIETRO, o. cit., p. 21.

⁶³ *Ibidem*, pp. 159 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 161 ss.

En la concesión de servicio público común, no existe esa contraprestación pecuniaria del *parceiro público*. La remuneración del *parceiro privado* proviene de la tarifa o de otro ingreso derivado de la explotación del servicio. En tal sentido, Zanella Di Pietro definió la concesión de servicio público como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente de exploração do serviço.⁶⁵

En la concesión patrocinada, el *parceiro privado* obtiene su remuneración por dos vías: a) de la explotación del servicio y b) del *parceiro público* a modo de complemento.

La concesión administrativa refiere a actividades que no constituyen servicio público y se caracteriza por que la contraprestación del *parceiro público* es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*.⁶⁶

En suma, en la concesión patrocinada se concede un servicio público o una obra pública; en la concesión administrativa, se concede una actividad que no constituye servicio público. En la concesión patrocinada la tarifa es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*; el aporte del *parceiro público* es un plus. En la concesión administrativa, la contraprestación del *parceiro público* es la forma básica de remuneración del *parceiro privado*.

La ley brasileña n.º 8955, de 15 de diciembre de 1994, regula expresamente la franquicia (*franquia*).

La ley considera la franquicia como una modalidad de contrato de concesión. Es un contrato en virtud del cual el *franqueador* o concedente otorga al *franqueado* o concesionario una licencia de uso de una marca para que este produzca o distribuya determinados bienes o preste servicios específicos siguiendo los métodos del concedente. Normalmente el contrato prevé la prestación de asistencia técnica. La franquicia puede tener por objeto la distribución de productos o prestación de servicios o producción de bienes.⁶⁷

Como se percibe, no existe inconveniente alguno en recibir en nuestro derecho la concesión patrocinada, la concesión administrativa y la franquicia como especies de concesión, aunque nuestro derecho positivo sea distinto.

2. Otra modalidad de privatización por vía contractual es el arrendamiento de obras o de servicios.

⁶⁵ Ibídem, p. 93.

⁶⁶ Ibídem, pp. 166 ss.

⁶⁷ Ibídem, pp. 214 ss.

En otra oportunidad recordé que Frugone Schiavone, invocando a Sayagués Laso, mencionaba esta forma de actuación como una modalidad de prestación directa, y la diferenciaba por tanto de la concesión.⁶⁸

En efecto, Frugone Schiavone señalaba los siguientes modos de prestación de servicios: la explotación directa y la indirecta a través de concesionarios, de sociedades de economía mixta, y de personas públicas no estatales.

Respecto a la explotación por administración directa, se ha olvidado que Sayagués Laso enseñaba que: la Administración puede recurrir a la colaboración de particulares, sin que de ninguna manera desaparezca la administración directa, y sin que esos particulares se conviertan en concesionarios de servicio público.

¿Cómo? A través de un contrato de arrendamiento de servicios. Así, por ejemplo —y estoy transcribiendo textualmente a Sayagués Laso— en algunos países extranjeros el servicio de limpieza y barrido de calles, está explotado directamente por la Administración; pero esta contrata con particulares para que recojan la basura domiciliaria, o efectúen la limpieza en determinados sectores de la ciudad, y de la misma manera que todo contrato un buen día se rescinde, se busca a otra persona.

A través de este procedimiento, la Administración se procura la actividad que puedan prestar esas personas, sin colocarlas como empleados públicos, vinculándose a ella por medio de un arrendamiento de servicio, pero manteniendo en todo momento la dirección, organización y explotación directa del servicio.

Concluía el maestro, con gran visión de futuro:

Es interesante puntualizar esto, porque a veces no se ve bien la diferencia, y los particulares estiman que configuran una nueva modalidad de concesionarios de servicios públicos y no lo son.⁶⁹

Algunos textos de derecho positivo recogen expresamente esta modalidad de prestación directa. Es lo que ocurre por ejemplo en el artículo 11, literal *b*, numeral 2, de la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992. Pero si no existe una prohibición expresa al respecto, nada impide al órgano competente de la correspondiente prestación de servicios acudir a un arrendamiento de servicios para cumplir su cometido si razones de buena administración así lo aconsejan. Recuerdo, por otra parte, que esta fue la modalidad empleada por Antel

⁶⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Prestación de servicios portuarios”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 180.

⁶⁹ H. FRUGONE SCHIAVONE, “Enfoque de Derecho Administrativo sobre la desregulación y la privatización”, en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991, p. 71.

cuando en un comienzo explotó el servicio de telefonía celular conocido con el nombre de Movicom.⁷⁰

También configura un arrendamiento de servicios (que suele ser acompañado por un arrendamiento de bienes inmuebles y muebles) el mal llamado Sistema Mixto de Explotación de Casinos regulado por el artículo 37 del decreto n.º 488/008, de 15 de octubre de 2008. Digo *mal llamado* porque, como se ha visto, este sistema es una forma de explotación directa de la actividad, por lo que no se trata en puridad de un sistema mixto. Lo que ocurre es que el Estado, para el cumplimiento de dicho cometido, acude al arrendamiento de determinados servicios.⁷¹

Esta modalidad de prestación de una actividad a través de un arrendamiento de servicios a veces se conoce con el nombre de *tercerización*.⁷²

3. Otra modalidad que interesa citar es el *fideicomiso*.

Fernández Formigo ha expresado:

[...] el *fideicomiso* consiste en un instituto donde se conforma un negocio de confianza mediante el cual una persona, entrega ciertos bienes que integran su patrimonio para que sean administrados a favor de otra u otras personas a quienes desea beneficiar.⁷³

Y en razón de lo expuesto lo ha definido como:

[...] un negocio jurídico, en virtud del cual se destinan ciertos bienes o derechos para aplicarlos a un fin lícito y cierto, por parte de una persona física o jurídica.⁷⁴

⁷⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Competencia de Antel”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. 1, p. 217.

⁷¹ Este sistema de explotación de casinos se ha utilizado en Montevideo en el Hotel Radisson, en Carmelo, en Colonia, en el Hotel Mantra en la Barra de Maldonado, entre otros. Precisamente, cuando la instalación del último casino citado, la empresa Baluma S. A., concesionaria del casino que funciona en el Hotel Conrad de Punta del Este, lo cuestionó por entender que afectaba su exclusividad, ya que al otorgarse la concesión el Poder Ejecutivo se obligó a no otorgar nuevas concesiones en la zona a menos que se cumpliesen determinados requisitos que no se darían en el caso. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó correctamente la pretensión de Baluma S. A., advirtiendo que a lo que el Poder Ejecutivo se comprometió fue a no otorgar nuevas concesiones, pero no a explotar directamente casinos en el área, cosa que es lo que ocurre con una explotación a través de un arrendamiento de servicios (sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 163, de 18 de abril del 2007, recaída en autos caratulados “BALUMA S. A. c/ Estado. Poder Ejecutivo. Acción de Nulidad”, n.º 75/03).

En reciente pronunciamiento el Tribunal de Cuentas de la República, en oportunidad de estudiar un proyecto de contrato para la explotación del Casino Nogaró de Punta del Este en régimen del llamado sistema mixto, expresó acertadamente que esa modalidad configura un arrendamiento de servicios (resolución del Tribunal de Cuentas de la República de 18 de febrero del 2009, carpeta n.º 190055-PA-Entradas n.ºs 140 y 910/09, considerando 11).

⁷² ZANELLA DI PIETRO, o. cit., pp. 228 ss.

⁷³ G. FERNÁNDEZ FORMIGO, *Estudio sobre el fideicomiso*, Montevideo, FCU, 2008, p. 9.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 9.

Más allá de sus remotos antecedentes romanos, el *fideicomiso* se ha desarrollado fundamentalmente en el derecho anglosajón.⁷⁵ En los países latinoamericanos es de recepción más tardía.⁷⁶

En Uruguay, sin perjuicio de las escasas y restrictivas normas del Código Civil y alguna otra disposición aislada, este instituto fue regulado genéricamente por la ley n.º 17703, de 27 de octubre de 2003.

El artículo 1.º de esta ley lo define como:

[...] el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

Conforme al artículo 2.º, el *fideicomiso* puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. El mismo artículo en el siguiente inciso expresa que el *fideicomiso* por acto entre vivos es un contrato.

No obstante lo expresado precedentemente, el artículo 25 de la citada ley prevé una modalidad especial: el *fideicomiso* financiero. El 2.º inciso de este artículo establece que este fideicomiso podrá constituirse por acto unilateral.

De lo expuesto se desprende que el *fideicomiso* es sí un negocio jurídico, pero no siempre un contrato.

La ley aludida regula el *fideicomiso* en términos generales, pero contiene algunas disposiciones de aplicación específica en el sector público, por ejemplo, artículos 3 y 26.

El artículo 3 refiere a fideicomisos que tengan por fin la realización de una obra pública municipal. En este caso, las intendencias podrán constituirlo mediante la cesión de derechos de créditos de tributos departamentales, dando cuenta a la Junta Departamental.

El artículo 26 prevé expresamente que el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Hipotecario del Uruguay puedan constituir o integrar como accionistas sociedades fiduciarias en un fideicomiso financiero.

4. Siguiendo en el ámbito convencional procede mencionar los convenios.

En materia de ejecución de obra pública es esta una modalidad muy usada desde larga data. De esta forma se logra la ejecución de determinadas obras públicas con la colaboración

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 7 ss.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 25 ss.

del sector estatal con grupos de vecinos u otras entidades privadas que tengan especial interés en la obra.⁷⁷

5. Todos estos negocios jurídicos, por emplear una expresión más amplia que contrato, y otros que no he mencionado, quedan comprendidos en lo que en el mundo anglosajón se denomina *public private partnerships* o también con la sigla *PPP* o *P3*.⁷⁸

Echevarría Petit, al referirse al concepto de estos PPP, expresa que alude a la participación del sector público y privado “y que abarca una gran diversidad de contratos que van desde la mínima participación privada en el riesgo (contrato de obra pública) hasta la total privatización que separa al Estado del rol prestacional para desempeñar un rol exclusivamente regulatorio y de control”.⁷⁹

Como se percibe, la legislación brasileña, al adoptar el término *parceria público-privada* y la sigla *PPP*, se inspiró claramente en el derecho anglosajón. Pero el concepto brasileño es mucho más restringido puesto que estas *parcerias* se limitan a dos especies de concesión.

Echevarría Petit, al estudiar el régimen canadiense, destaca que esta cooperación se basa en la experiencia de cada parte.

Se parte de la base que cada parte tiene su fortaleza, su expertise: el sector público conoce la administración, conoce el servicio que tiene que prestar y conoce muchas veces mejor que nadie las necesidades públicas insatisfechas; a su vez, el sector privado tiene otras fortalezas, tiene mejor acceso al financiamiento, en muchos casos una mayor ductilidad derivada de su sujeción al derecho privado y muchas veces, goza de una mayor eficiencia como consecuencia de lo anterior.

[Por tal razón, en Canadá] la asociación entre sector público y privado, o P3 (Public Private Partnership), es definida como “el emprendimiento de cooperación entre sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas”.⁸⁰

Todas las modalidades de PPP canadienses, contrato de diseño y construcción, de operación y mantenimiento, de diseño, construcción y operación, de arrendamiento, desarrollo y operación, de construcción, operación y transferencia, de privatización y de

⁷⁷ C. VÁZQUEZ, *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Universidad de la República y Editorial Universidad, 1992, pp. 111 ss.

⁷⁸ J. L. ECHEVARRÍA PETIT, “Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, año II (2003), n.º 3, p. 73; R. FERRÉS RUBIO, “Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia”, en DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., p. 349.

⁷⁹ ECHEVARRÍA PETIT, o. cit., p. 73.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 73.

financiamiento,⁸¹ son jurídicamente admisibles en nuestro país aunque no empleemos esas denominaciones contractuales.

También, por cierto, es admisible en nuestro medio la filosofía canadiense al respecto y la finalidad perseguida en estos contratos. En efecto, a través de estos emprendimientos lo que se procura es un mejor servicio con un mejor precio, todo ello en aras del desarrollo de la sociedad aprovechando lo mejor del sector público y del sector privado. Esto calza perfectamente con la filosofía de nuestra Constitución, con la noción de buena administración que recoge el artículo 311 e impone que se destierre ese enfrentamiento, que muy a menudo vemos en el Uruguay, entre lo público y lo privado. Lo importante es la conjunción del esfuerzo de todos en aras del bien común.

V.

MODALIDADES INSTITUCIONALES

1. Entre las formas de relacionamiento público-privado de tipo institucional podemos mencionar:

- a. las sociedades de economía mixta de derecho público (incisos 1 y 2 del artículo 188 de la Constitución);
- b. las sociedades de economía mixta de derecho privado (incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución);
- c. personas públicas no estatales.⁸²

2. Las sociedades de economía mixta de derecho público no son sino una variante de los entes autónomos y servicios descentralizados. En efecto, en estos casos los referidos entes se limitan a recibir un aporte de capital no estatal (público o privado) o privado (estatal o no estatal) en su patrimonio y de representantes de ese capital en el directorio de las empresas.

No existe ninguna sociedad de economía mixta de esta categoría y no creo que ningún particular tenga interés en una inversión de este tipo, por lo que la modalidad prevista en los incisos 1.º y 2.º del artículo 188 de la Constitución parece solamente virtual.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 75 ss.

⁸² DURÁN MARTÍNEZ, "Procesos de privatización", o. cit., p. 163.

3. Las personas públicas no estatales son llamadas así por estar regidas por el derecho público y por no integrar la organización estatal, es decir, no se relacionan con el Estado conforme a los vínculos caracterizadores de la centralización, descentralización y acentralización.⁸³

Su régimen jurídico es muy heterogéneo. Últimamente han proliferado, pero sus características difieren, en general, de las primeras, y da la impresión de que su existencia obedece a una verdadera intención de fuga del derecho administrativo. Su fin, así, parece ser muy distinto de los modernos relacionamientos público-privados que hoy nos ocupan.

4. Más interesan las sociedades de economía mixta de derecho privado previstas en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución.

La doctrina que las ha estudiado ha sido bastante parca al referirse a su régimen jurídico.

Barbé Pérez, uno de los primeros comentaristas de la Constitución de 1967, al referirse a los incisos tercero y cuarto del artículo 188 precisamente introducidos en esta Carta consideró que constituían una innovación fundamental:

Tan fundamental que podríamos decir que puede alterar la orientación de la intervención del Estado en el ámbito económico y social, sobre todo en el industrial y comercial.⁸⁴

Pero más allá de decir que estas empresas son privadas y no estatales, no dice mucho acerca de su régimen jurídico.⁸⁵

Prat fue más lacónico en el punto. En tal sentido expresó:

Estimamos pues que el texto no es lo suficientemente claro y preciso como para emitir opinión definitiva. Es pues necesario que las leyes a dictarse en el futuro para regular la participación estatal, fijen claramente su alcance y sus proyecciones.⁸⁶

Por su parte, Korzeniak escribió:

Cabe preguntarse, finalmente, si estas empresas de economía mixta serían “públicas”, ya que, en principio, puede pensarse que la regulación de su actividad entraría en alta medida en el campo del derecho privado. Sin embargo, no parece que el tema pueda analizarse en abstracto; la ley o las leyes que se dicten reglamentando o aplicando estos incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la

⁸³ DURÁN MARTÍNEZ, “Naturaleza jurídica de Conaprole”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, o. cit., vol. III, pp. 262 ss.

⁸⁴ H. BARBÉ PÉREZ, *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1967, p. 53.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 55 ss.

⁸⁶ J. A. PRAT, *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971, p. 175.

Constitución, tienen un ancho campo de latitud para establecer un predominio del derecho público o del derecho privado. Por otra parte, la experiencia de otros países demuestra que la intervención económica y directriz del Estado en las empresas privadas, provoca inexorablemente una “publicación” de su régimen jurídico.⁸⁷

En posición parecida, Delpiazzo indicó:

[...] según la proporcionalidad de los aportes respectivos, podrán existir en nuestro país sociedades de economía mixta regidos por el Derecho común con participación estatal minoritaria o mayoritaria, aunque es dable pensar que en este segundo caso se dará una cierta “publicación” de su régimen y estructura.⁸⁸

Cassinelli Muñoz, luego de referirse a los dos primeros incisos del artículo 188 de la Constitución, manifestó:

La situación inversa, también prevista en el mismo artículo a partir de 1967, es la de una empresa privada que sigue siendo privada aunque reciba aportes estatales.⁸⁹

Y a mayor abundamiento explicó:

La sociedad que reciba capital estatal seguirá siendo una empresa, como les decía privada: aunque tenga participación estatal, podrá por ejemplo seguir despidiendo empleados en la misma forma en que despide un empleado una empresa privada, no tendrá que hacer los trámites de destitución de los funcionarios públicos porque no será un Ente Autónomo ni un Servicio Descentralizado; sus resoluciones no serán actos administrativos sino que serán decisiones privadas, actos de sujetos particulares.⁹⁰

Rotondo Tornaría, al estudiar el tema, dijo:

Estas sociedades de economía mixta estarán regidas por el derecho comercial en su actividad laboral en cuanto a sus empleados, “sin perjuicio de las posibles normas especiales que establezcan las leyes que autoricen la participación estatal, pero previo convenio” y de que los representantes del Estado se rijan por las normas aplicables a los directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.⁹¹

Finalmente, para terminar con esta reseña doctrinaria, Biasco, al referirse a estas sociedades previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución, expresó que estas empresas privadas con participación de capital estatal no cambian su naturaleza ni su régimen originarios: se siguen regulando sustancialmente por el derecho privado.⁹²

⁸⁷ J. KORZENIAK, *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001, p. 596.

⁸⁸ C. E. DELPIAZZO, “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro derecho público”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, Acali, 1978, n.º 2, p. 26.

⁸⁹ H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999, p. 115.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁹¹ F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, Ediciones Del Foro, 2000, p. 93.

⁹² E. BIASCO, “Las participaciones estatales en la Constitución uruguaya”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, FCU, 2000, t. VIII, pp. 57 ss.

Aunque no comparto en sus lineamientos generales el trabajo de Biasco aludido, considero que la afirmación que él hace en el punto y a la que he referido precedentemente es plenamente compatible y la más precisa de todas, y que por cierto no es incompatible con lo expresado por Cassinelli Muñoz y Rotondo.

Véase que si la empresa privada que recibe el capital estatal continúa siendo privada, como decía Cassinelli Muñoz, si continúa rigiéndose por el derecho comercial, como decía Rotondo, si el aporte del capital público no implica un cambio de naturaleza de la empresa ni de su régimen originario, como decía Biasco, no se puede decir que el legislador tenga un ancho campo de latitud para establecer su régimen jurídico como decía Korzeniak, ni que la cierta *publicación* del régimen jurídico prevista por Delpiazzo pueda ser intensa.

El régimen jurídico en estas sociedades continúa siendo de derecho privado. Los aspectos de derecho público son excepcionales y son únicamente aquellos derivados de la Constitución o los estrictamente necesarios para posibilitar la participación de capital estatal en una empresa privada, en virtud de la naturaleza pública de aquel.

Tal vez las sociedades de economía mixta de este tipo más conocidas sean Pluna S. A. y Terminal Cuenca del Plata S. A. En ambos casos, la ley que las previó hizo referencia expresa al inciso tercero del artículo 188 de la Constitución (artículo 6 de la ley n.º 16211, de 1.º de octubre de 1991, y artículo 20 de la ley n.º 17243, de 29 de junio del 2000).

Remarco esta mención expresa que estas leyes efectúan al inciso 3.º del artículo 188 de la Constitución porque la doctrina se encuentra dividida en cuanto al sentido de la palabra *Estado* contenida en este inciso. En efecto, mientras algunos han sostenido que el término *Estado* está tomado aquí en su acepción restringida, limitado a la persona jurídica estatal mayor,⁹³ otros en cambio hemos entendido que el término debe tomarse en sentido amplio, comprensivo de todas las personas jurídicas estatales de derecho público.⁹⁴ Se ve claro, así,

⁹³ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica*, Montevideo, Acalí, 1979, *Estudios de derecho administrativo. Segundo curso*/3, p. 53, en especial nota 87; J. P. CAJARVILLE PELUFFO, "Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra *Estado* en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU, n.º 26, 2004, pp. 9 ss.; C. E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 498; C. E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo uruguayo*, México: UNAM y Porrúa, 2004, pp. 141 ss. M. RISSO FERRAND, "La participación estatal en empresas privadas en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, pp. 23 ss.

⁹⁴ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Prestación de servicios portuarios", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., Montevideo, 1999, p. 181; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Transformaciones del sector público", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 200. En este último trabajo, la argumentación que realizo para la interpretación de la expresión *en cada caso*, que figura en el inciso 4 del artículo 188 de la Constitución, presupone el sentido amplio del término *Estado* que figura en el inciso 3 de ese artículo; DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, o. cit., vol. V, pp. 324 ss.; C. LABAURE ALISERIS, *Estudios sobre la reforma del Estado*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002, pp. 62 ss.; G. RUOCCO, "Sociedades de economía mixta de derecho privado. Artículo 188 de la Constitución: Incisos 3 y 4", en *Liber amicorum discipulorumque José Aníbal Cagnoni*,

que el legislador tomó la expresión *Estado* del inciso 3.º del artículo 188 de la Constitución en su acepción lata.

VI. LIBERALIZACIÓN

1. La liberalización muestra un relacionamiento público-privado muy distinto del existente en la época de apogeo del Estado de Bienestar.

2. Esta liberalización puede producirse formalmente, sea por la derogación de la ley que declara como servicio público una actividad, por la supresión de la exclusividad del servicio público sin que se suprima la declaración de servicio público, o por la derogación de una ley que dispone un monopolio.

3. Cuando referí al servicio público, lo hice en el sentido que Sayagués Laso asigna a esta expresión, es decir, para referirme al “conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público”.⁹⁵

4. Como la declaración de una actividad como servicio público supone una *publicatio*, es decir lleva esa actividad del ámbito privado al público, lo que implica sustraerla del ámbito de la libertad, requiere ley, en sentido orgánico formal (artículo 7 de la Constitución). Por eso la liberalización aludida se efectúa por ley.

Si bien he referido al servicio público en el libro de Sayagués Laso, advierto que la *publicatio* es también una característica del servicio público en el sentido tradicional más amplio originado en la doctrina y jurisprudencia francesas.⁹⁶

Montevideo, FCU, 2005, pp. 333 ss.; F. ROTONDO TORNARÍA y R. FLORES DAPKEVICIUS, *Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional*, Montevideo, FCU, 2006, p. 19; GUARIGLIA, o. cit., p. 269. Cagnoni también ha sostenido que el término *Estado* en ese tercer inciso debe tomarse en un sentido comprensivo de la persona pública estatal mayor y de las demás personas públicas estatales menores, en una exposición inédita formulada en el marco de un seminario sobre las transformaciones del sector público organizado por el Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, celebrado en la sede del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

⁹⁵ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, p. 65.

⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 565 ss.; J. C. CASSAGNE, “El futuro de los servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 19 ss.

5. Existiendo servicio público, la actividad solo la pueda prestar la Administración. Para que el particular pueda ejercerla requiere concesión. En estos casos, pues, en la concesión asistimos —como se ha visto— a un especial relacionamiento público-privado para el cumplimiento del cometido. La concesión es una típica PPP en el sentido anglosajón y algunas de ellas en el sentido brasileño.

Pero la ley, al crear el servicio público, puede asignar competencia a un órgano del Estado para su prestación en exclusividad. En ese caso, solo él puede prestar el servicio, por lo que la concesión no es posible.

Si se suprime esa exclusividad por un acto jurídico del mismo o mayor valor y fuerza que el que la dispuso, la concesión es posible, por lo que se produce una tenue liberalización.

A veces esa exclusividad se confiere a un concesionario. Es lo que se previó por ejemplo en la industria eléctrica. Así, el artículo 6 del decreto-ley n.º 15031, de 4 de julio de 1980, establece que el concesionario tendrá exclusividad en el área geográfica que se le asigne.⁹⁷ Suprimida esa exclusividad, también en esos casos se produce una tenue liberalización.

Por cierto, la liberalización total se produce si se suprime la declaración de servicio público de la actividad.

6. Suprimida una declaración de servicio público, la actividad retorna al ámbito de la libertad; en consecuencia, el relacionamiento público-privado subsistirá, pero será muy distinto.

Esa *despublicatio* podrá ser con privación de competencia para prestar el servicio al órgano estatal que lo prestaba, o no.

Si el Estado pierde competencia en lo prestacional, su rol será de regulador y controlador. No existirá una relación contractual sino extracontractual con los prestadores del servicio.

Si el Estado conserva competencia en lo prestacional, además de ejercer el rol señalado de regulador y controlador prestará el servicio, pero ya no en exclusividad o junto con otros concesionarios sino como un operador más en régimen de libre concurrencia con los particulares.

Lo expuesto implica una *despublicatio*, lo que resulta incompatible con el concepto de servicio público de Sayagués Laso y con el más amplio, tradicional de la escuela francesa. Asistimos así a un nuevo concepto de servicio público, como luego se verá, basado en la

⁹⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Segmentos del sector eléctrico: ¿servicio público?, ¿libre competencia?”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., p. 227.

despublicatio.⁹⁸ En efecto, la *despublicatio* será la característica más importante del nuevo servicio público, lo que provocará un relacionamiento público-privado muy distinto al existente en los otros modelos de Estado de derecho.

7. Antes de continuar con las características del nuevo servicio público, conviene efectuar una breve referencia a la desmonopolización.

El monopolio requiere ley (artículo 85, numeral 17, de la Constitución), por lo que la desmonopolización requiere también ley, que derogue expresa o tácitamente la ley que lo instituyó.

El monopolio recae sobre una actividad privada, y si la asume el Estado, pasa a ser una de esas que Sayagués Laso llamaba *actividad privada a cargo del Estado*,⁹⁹ por oposición a los cometidos esenciales, los servicios públicos y los servicios sociales. De manera que, asumida por el Estado esa actividad, con monopolio o sin él, esta continúa siendo de naturaleza privada.¹⁰⁰

Suprimido un monopolio, esa actividad pasa a regirse enteramente por las reglas del derecho de la competencia aunque el Estado conserve competencia para prestar el servicio, a diferencia de lo que ocurre cuando se suprime la exclusividad sin que se suprima la declaración de servicio público, puesto que la actividad continúa siendo pública, por lo que en este caso no necesariamente regirán las reglas del derecho de la competencia. No debe confundirse monopolio, que, como se ha dicho, recae sobre una actividad privada, con exclusividad, que recae sobre un servicio público.¹⁰¹

Esas actividades desmonopolizadas pasan a ser reguladas y controladas de un modo especial, como ocurre en caso de la *despublicatio* de los viejos servicios públicos. Y el sector privado que comienza a desempeñar estas actividades lo hace en competencia entre sí y con el operador estatal en caso de que este conserve competencia.

⁹⁸ J. ARAÚJO-JUÁREZ, "Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general", en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 170; R. FERRÉS RUBIO, "Hacia un nuevo concepto...", o. cit., pp. 353 ss.; V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, "La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela", en DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., p. 471.

⁹⁹ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, pp. 80 ss.

¹⁰⁰ J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Dictamen publicado en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. X, febrero-marzo de 1994, n.º 59, p. 484; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevo Servicio Descentralizado: Correos", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, o. cit., pp. 209 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Monopolios estatales y derecho de la competencia", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 102 ss.

¹⁰¹ SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. II, pp. 45 y 48; G. RUOCCO, "Monopolios y exclusividades en la contratación actual", en *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*, Montevideo, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1993, pp. 81 ss.; CAJARVILLE PELUFFO, *Dictamen...*, o. cit., pp. 484 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevo servicio descentralizado...", o. cit., pp. 209 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, "Monopolios estatales...", o. cit.

8. Los viejos servicios públicos y las actividades privadas a cargo del Estado, las ahora desmonopolizadas y las que nunca estuvieron monopolizadas, tienden a fusionarse en un nuevo concepto de servicio público que incluye hasta algunas de las actividades que Sayagués Laso consideraba servicios sociales.

Esto provoca también una superación de la clásica noción de servicio público que hemos conocido, adoptado y adaptado a través de la evolución de la jurisprudencia y doctrina francesa.¹⁰²

Como bien ha advertido Ariño Ortiz, la realidad que forjó el concepto tradicional de servicio público cambió. Esa nueva realidad exige un nuevo concepto de servicio público y una nueva regulación.¹⁰³

Efectivamente, se vive en Europa y, por su influencia, en los países iberoamericanos un tránsito de un concepto subjetivo de servicio público a uno objetivo.¹⁰⁴ De servicios prestados por el Estado en régimen de exclusividad o, en otra terminología, en forma monopólica, se ha pasado a un régimen prestacional por parte de personas estatales o no estatales privadas o no, en concurrencia.¹⁰⁵ De la *publicatio* característica de la época del servicio público clásico¹⁰⁶ se ha pasado a una *despublicatio*.¹⁰⁷ Más que de *servicio público* se tiende a hablar de *servicio al público*.¹⁰⁸ En lugar de la expresión *servicio público*, se prefiere la de *servicios de interés económico general*¹⁰⁹ o *servicios económicos de interés general*.¹¹⁰

9. En la expresión *servicios de interés económico general* o *servicios económicos de interés general* se incluyen actividades muy distintas. Díez-Picazo decía:

¹⁰² Sobre la noción de servicio público en el Uruguay, véase J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Apuntes sobre la noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguaya”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje...*, o. cit., pp. 201 ss.

¹⁰³ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 600 ss.

¹⁰⁴ A. EZQUERRA HUERVA, “El fenómeno de la liberalización de servicios públicos en España: el tránsito de un concepto subjetivo a un concepto objetivo de Servicio Público”, en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, FCU, n.º 29, 2006, pp. 10 ss.

¹⁰⁵ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 604 ss. y 638 ss.; EZQUERRA HUERVA, o. cit., p. 17; P. CAIELLA, “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n.º 12, Belo Horizonte, Instituto Paranaense de Direito Administrativo y Forum, abril-junio 2003, pp. 113 ss.

¹⁰⁶ J. ARAÚJO-JUÁREZ, “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 1970.

¹⁰⁷ ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., p. 1972.

¹⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, o. cit., p. 638.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 638; ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., t. II, pp. 1969 ss.; R. PARADA, “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., pp. 1859 ss.; L. M. DÍEZ-PICAZO, “La idea de servicios de interés económico general”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003, pp. 677 ss.; L. MARTÍN REBOLLO, “Sociedad, economía y Estado. (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en COSCULLUELA MONTANER (coord.), o. cit. p. 639.

¹¹⁰ EZQUERRA HUERVA, o. cit., p. 33.

Son servicios de interés económico general no solo aquellas actividades que conforman la infraestructura del sistema económico (energía, telecomunicaciones, correos, transportes, etc.), sino que pueden serlo también actividades cuya finalidad primaria no es empresarial (cultura, sanidad, asistencia social, etc.) siempre que se produzcan dentro del sistema económico. Lo decisivo no es, así, la presencia o ausencia de ánimo de lucro. Más bien, el rasgo distintivo de los servicios de interés económico general es que haya una obligación legal de llevar a cabo una actividad de prestación.¹¹¹

Como se percibe de la enumeración efectuada por Díez-Picazo, estos servicios comprenden actividades que en la concepción de Sayagués Laso configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen pero que la ley torna públicas y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión),¹¹² servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos)¹¹³ y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurrencia o excepcionalmente en forma monopólica).¹¹⁴

Lo expuesto no significa que el criterio de Sayagués Laso haya caído en desuso. Por el contrario, conserva utilidad, sin perjuicio de que sea admisible también el nuevo concepto de *servicio de interés económico general*.

10. Esos servicios de interés económico general, muy diversos por cierto, tienen en común que son regidos por el derecho de la competencia.

Martín Rebollo dice al respecto que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es neutral desde el punto de vista de la propiedad. No impide que haya empresas estatales, pero sí que haya monopolios. Impone una liberalización, y una liberalización supone la ruptura de monopolios.¹¹⁵

En análogo sentido se expresa Muñoz Machado:

[...] da exactamente lo mismo para los países de Europa que la economía esté en manos públicas o privadas, que las empresas o los servicios públicos estén en una o en otra mano, lo importante es que estén donde estén se adecuen a las reglas del mercado. Y esas reglas del mercado, ¿qué es lo que exigen? Pues además del respeto a la propiedad privada, principio que está proclamado en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 222, que todas las empresas se sometan a las reglas de la libre competencia, sean empresas públicas o sean empresas privadas. Y el sometimiento a las reglas de la libre competencia supone por lo menos dos cosas: primero, que

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, o. cit., p. 679.

¹¹² SAYAGUÉS LASO, o. cit., t. I, p. 65.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 77 ss.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 80 ss.

¹¹⁵ MARTÍN REBOLLO, o. cit., p. 637.

estén prohibidos los monopolios comerciales, art. 37 del tratado de la Comunidad Económica Europea; no puede haber monopolios, esos monopolios están prohibidos y, en segundo lugar, están prohibidas las ayudas del Estado.¹¹⁶

11. Esa liberalización, que en mi concepto puede, en algunos casos, considerarse una especie de privatización,¹¹⁷ provocó una nueva regulación destinada a asegurar la competencia, llamada por algunos *neorregulación*,¹¹⁸ para marcar la diferencia con la tradicional.

Esa competencia se da entre personas jurídicas públicas estatales que antes desarrollaban esas actividades en exclusividad o en forma monopólica pero ahora deben hacerlo en régimen de concurrencia con los particulares, o entre particulares sin que intervenga el Estado en lo prestacional.

Desde luego, el tránsito del monopolio a la competencia no es sencillo. Para encarar estos aspectos que el mercado no puede resolver, se acudió: a) al corte vertical de actividades, separando las relacionadas con las infraestructuras, de difícil sujeción a las reglas de la competencia, de las demás,¹¹⁹ y b) a la creación del concepto de *servicio universal*, que supone la obligación legal de prestar un servicio con un determinado contenido con determinada calidad, al alcance de todos en todo el territorio nacional y a precios asequibles.¹²⁰

Ese corte vertical de actividades se efectúa en función de si ellas pueden o no ser competitivas. Una cosa son las actividades relacionadas con las infraestructuras y otra la actividad propiamente dicha. Por ejemplo, en materia de transporte aéreo, son perfectamente separables, por un lado, las flotas, los servicios y las rutas y, por otro, las necesarias infraestructuras terrestres y los servicios comunes a las compañías aéreas.¹²¹

¹¹⁶ S. MUÑOZ MACHADO, “La Constitución del Mercado Único Europeo de 1992 y los procesos de desregulación de la economía”, en *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y de la desregulación*, agosto 9-11 de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990, p. 98.

¹¹⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Procesos de privatización”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999, p. 162.

¹¹⁸ F. J. BAUZÁ MARTORELL, *La desadministración pública*, Madrid, Consell de Mallorca y Marcial Pons, 2001, p. 42; ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 604 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 365 ss.; R. FERRÉS RUBIO, *Autoridades reguladoras independientes. En el marco de la liberalización de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005, pp. 67 ss.

¹¹⁹ ARIÑO ORTIZ, o. cit., p. 618.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 624; MARTÍN REBOLLO, o. cit., p. 641; J. O. SANTOFIMIO GAMBOA, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en ARISMENDI y CABALLERO ORTIZ (coords.), o. cit., t. II, p. 1910; ARAÚJO-JUÁREZ, o. cit., t. II, pp. 1975 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 36 ss.

¹²¹ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 610 ss.

Esas actividades libradas a la competencia están sujetas a un régimen jurídico presidido por cuatro libertades fundamentales: a) libertad de entrada; b) libertad de acceso al mercado; c) libertad de contratación, lo que implica entre otras cosas formación competitiva de los precios; d) libertad de inversión.¹²²

La libertad de entrada supone la apertura del sector a la iniciativa privada, lo que posibilita una pluralidad de ofertas en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir, explotar, comprar o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trata.¹²³

La libertad de acceso al mercado implica el acceso a la red o, en general, a las infraestructuras necesarias para la práctica de esa actividad.

La mayoría de los servicios públicos operan en virtud de redes: oleoductos, gasoductos, vías férreas, estaciones, tendidos de electricidad, redes de telecomunicaciones (por cables o por ondas), acueductos, autopistas, aeropuertos, etcétera. Lo clave en el nuevo modelo son las condiciones para ejercer el acceso a las redes sin discriminaciones.¹²⁴

La libertad de contratación exige que las empresas en esta materia queden sujetas solo a aquellas restricciones generales a todos los operadores del mercado. Ello implica libertad para comprar o vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos y sobre todo libertad de fijación de precios a sus clientes.¹²⁵

La libertad de inversión conlleva que ella queda al riesgo y ventura del inversor. No se limitan beneficios ni pérdidas.¹²⁶

Ese corte vertical de actividades lleva, según las tendencias actuales, a que el titular de las redes o de las infraestructuras de base quede al margen de los demás negocios de manera que no se identifiquen los intereses del titular de la red con los del resto del negocio. La no separación de la red del resto de las actividades ha perjudicado la competencia.¹²⁷

Lo expuesto es clave para la eficacia del servicio. El aspecto social de este se contempla con el servicio universal. La universalidad del servicio se relaciona, como se ha dicho, con la esencialidad de ciertas prestaciones, lo que varía según las coordenadas de espacio y tiempo, su accesibilidad en todo el territorio nacional y su asequibilidad de precio.¹²⁸

¹²² *Ibíd.*, pp. 613 ss.; SANTOFIMIO GAMBOA, o. cit., t. II, pp. 1905 ss.

¹²³ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 613 ss.

¹²⁴ ARIÑO ORTIZ, o. cit., pp. 615 ss.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 617.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 618.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 631; FERRÉS RUBIO, o. cit., pp. 362 ss.

12. El derecho de la competencia se ha impuesto en Europa y se intenta imponer en nuestro país.

La libre competencia es, por lo menos, de raíz constitucional (artículos 7, 10, 36, 53 y 72 de la Constitución, entre otros),¹²⁹ pero no cabe duda de que en el apogeo del Estado de bienestar no rigió en muchos sectores. Por eso, sucesivas leyes sectoriales o generales, dictadas a partir de 1990, procuraron acercarse al modelo europeo. Entre las leyes sectoriales destaco: a) la n.º 16211, de 1.º de octubre de 1991, cuyo artículo 30 con relación a las actividades comprendidas en esta ley impone al Estado la adopción de las medidas necesarias para, entre otras cosas, promover el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores, evitar en todo caso la formación de monopolios de hecho y, cuando ello no fuese posible, establecer las garantías que aseguren su control; b) la ley n.º 16246, de 8 de abril de 1992, que procura la libre concurrencia en todas las actividades portuarias; c) la ley n.º 16426, de 14 de octubre de 1993, que desmonopoliza los seguros; d) la ley n.º 16753, de 13 de junio de 1996, que desmonopoliza los alcoholes; e) la ley n.º 17296, de 21 de febrero de 2001 (artículos 70 ss.) en lo relativo a servicio de comunicaciones; f) la ley n.º 17598, de 13 de setiembre de 2002, referente a los servicios de energía y agua.

En cuanto a las leyes generales, destaco la ley n.º 17243, de 29 de junio de 2000 (artículos 13, 14 y 15), y la ley n.º 18159, de 20 de julio de 2007.

La ley n.º 17243 impone de una manera general el derecho de la competencia. Su artículo 13, que es por cierto el más importante, establece:

Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieren por ley y por razones de interés general (artículos 7 y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

Como se percibe, este artículo 13 impone como un principio general las reglas de la competencia.

¿A quién se imponen estas reglas? La norma lo dice expresamente: “las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica”.

La redacción es muy amplia. Comprende cualquier empresa que desarrolle cualquier actividad económica, cualquiera sea su naturaleza. Vale decir que quedan incluidas

¹²⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Las empresas públicas y las empresas mixtas con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados?”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, p. 216; C. RODRÍGUEZ, “Los principios generales que rigen la nueva ley de promoción y defensa de la competencia”, en S. PEREIRA CAMPOS, D. RUEDA CRAMER y otros, *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, Montevideo, FCU, 2008, p. 25.

todas las empresas, unipersonales o de forma societaria, sin personería jurídica o con ella, privadas o públicas, estatales o no estatales, nacionales o extranjeras que operen en nuestro mercado, cualquiera sea su actividad, con tal de que tengan un contenido económico.

De esta manera, cualquier empresa productora de bienes o servicios, privada o pública, queda sujeta a las reglas de la libre competencia.

Así, nuestra legislación se pone al día con el actual derecho europeo, para el que poco importa que una entidad que desarrolla una actividad económica sea pública o privada; lo importante es que todas ellas se adecuen a las reglas del mercado y se sometan a las reglas de la libre competencia.

Este principio tiene, por el mismo artículo que estamos comentando, dos limitaciones: a) las que se establezcan por ley y por razones de interés general; b) las que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

La primera limitación es evidente, puesto que, conforme a los artículos 7 y 36 de la Constitución, expresamente citados por la ley en análisis, los derechos reconocidos por esas disposiciones son siempre pasibles de limitación por ley y por razones de interés general.

La otra limitación, es decir, la derivada del carácter de servicio público de la actividad, merece un detenimiento especial.

Ya he explicado en otra oportunidad —y a ese trabajo me remito—¹³⁰ que la expresión *servicio público* en el artículo 13 de la ley n.º 15243 está tomada en el sentido estricto de Sayagués Laso, pues de lo contrario la mención al servicio público en ese artículo significaría borrar con el codo lo que se escribió con la mano.

De lo expuesto se deduce que este artículo 13 de la ley n.º 17243:

- a. deroga los monopolios existentes;
- b. impone el derecho de la competencia con una generalidad tal que solo queda excluido en el caso de los servicios públicos, tomada esta expresión en el sentido estricto de Sayagués Laso, y aun en este caso cuando son prestados en exclusividad. En efecto, si existen concesiones y en virtud de ellas hay más de un prestador del servicio en el mismo ámbito territorial, resultan también aplicables las reglas de la competencia aunque uno de esos prestadores sea estatal.

¹³⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 112.

El derecho de la competencia tutela al productor de bienes y servicios, al asegurarle la libertad en la actividad. Pero también tutela al consumidor porque, gracias a la competencia, puede adquirir mejores productos o servicios y a mejores precios.¹³¹

Lo expuesto vale en términos generales. Con relación a los servicios públicos, no cabe duda de que el Estado no se siente cómodo con la competencia pues no está acostumbrado, de ahí la salvedad expresa efectuada por el artículo 13 indicado. Pero a medida que se va venciendo la resistencia de la burocracia y se va imponiendo el espíritu de la ley, no hay duda de que mejora la situación del usuario.

Esta ley demuestra también que se está produciendo un importante cambio en la perspectiva. En lo referente a los servicios públicos, se percibe una tendencia en el sentido de un traslado del centro de atención de la burocracia al ser humano.

La ley n.º 18159, de 20 de julio de 2007, derogó expresamente los artículos 13, 14 y 15 de la citada ley n.º 17243, pero continúa su tendencia; incluso avanza en el sentido de la competencia. Por eso, así como he sostenido la derogación de las leyes que establecían monopolios en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley n.º 17243, lo mismo he sostenido al tenor de la ley n.º 18159, sobre todo en virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 3.¹³²

El primer inciso del artículo 2 dice:

[Principio general] Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.

El artículo 3 dice:

[Ámbito subjetivo] Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia. Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto estas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.

Como se percibe, la nueva normativa concibe un derecho de la competencia en términos más amplios que la ley derogada, ya que no efectúa la salvedad de los servicios públicos. De esta manera se extiende a ellos el derecho de la competencia, con lo que quedan derogadas tácitamente las normas que preveían exclusividad en materia de servicio público

¹³¹ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 51 ss.

¹³² A. DURÁN MARTÍNEZ, "La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 328 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Novedades en materia de contratación administrativa en la ley n.º 18.172, de 31 de agosto de 2007", en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II..., pp. 396 ss. y 403.

como por ejemplo en el ámbito de la industria eléctrica (artículo 6 del decreto-ley n.º 15031, de 4 de julio de 1980).

Ante esta legislación, he opinado que se ha completado el tránsito de la noción subjetiva del servicio público a la objetiva, como ocurre en el moderno derecho europeo.¹³³ Un nuevo análisis del tema me lleva a atemperar esta afirmación. Sin duda se ha avanzado en la liberalización al suprimirse la mención a los servicios públicos que contenía el artículo trece derogado, con lo que se derogan las normas que prevén las exclusividades, pero no se derogan las declaraciones de servicio público efectuadas, con lo que no se produce una *despublicatio*.

El inciso final del artículo 2¹³⁴ y la referencia a los monopolios que efectúa el artículo 9¹³⁵ no son obstáculo para mi afirmación en el sentido de la supresión de los monopolios.

El inciso final del artículo 2, por la referencia a *prácticas anticompetitivas* y al *abuso de posición dominante*, revela que alude a una actividad que presupone en competencia. Esos derechos, facultades o prerrogativas excepcionales mencionados en la ley no son pues derivados de un monopolio, sino obtenidos en el marco de leyes promocionales como, por ejemplo, la de promoción industrial (decreto-ley n.º 14178, de 28 de marzo de 1974), o derivados de marcas o patentes de invención.

El artículo 9 refiere a monopolios de hecho o naturales.

En general se distinguen los monopolios de derecho y los de hecho.

Hay monopolio de derecho cuando este es dispuesto por la ley. Hay monopolio de hecho propiamente dicho cuando, sin haberlo dispuesto la ley, una sola persona, por determinadas razones fácticas —en general de imposible superación—, realiza una determinada actividad.

Es obvio que lo que la ley puede derogar son las normas que disponen monopolios de derecho, pero no puede suprimir monopolios de hecho puesto que no puede derogar normas inexistentes. A lo sumo puede crear condiciones para evitar esos monopolios de hecho o, si ello es imposible, tratar de que las consecuencias de los monopolios de hecho sean lo menos perjudiciales posible para la sociedad. Eso es precisamente lo que han procurado el literal *b*

¹³³ DURÁN MARTÍNEZ, “Novedades en materia de contratación...”, o. cit., p. 403.

¹³⁴ “El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”.

¹³⁵ “Artículo 9 (Autorización de concentración monopólica). En los casos en que el acto de concentración económica implique la conformación de un monopolio de hecho, dicho proceso deberá ser autorizado por el órgano de aplicación. El análisis de estos casos deberá incorporar, entre otros factores, la consideración del mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia. Si el órgano de aplicación no se expidiera en un plazo de noventa días desde la notificación correspondiente, se dará por autorizado el acto.

”La autorización expresa o tácita por parte del órgano de aplicación, de una concentración monopólica de hecho, de ninguna forma constituirá un monopolio de origen legal de acuerdo a lo establecido en el numeral 17) del artículo 85 de la Constitución de la República. Dicha autorización no podrá limitar el ingreso de otros agentes al mercado, a los cuales les serán de aplicación las disposiciones de la presente ley”.

del artículo 30 de la ley n.º 16211 y el literal *B* del artículo 13 de la ley n.º 16246. También el artículo 9 de la ley n.º 18159 procura controlar los monopolios de hecho.

Aparte de los monopolios de derecho y los de hecho, en doctrina se habla de *monopolios naturales*. Se dice que “el monopolio natural tiene lugar en determinados sectores económicos en que la existencia de más de una empresa no resulta eficiente en términos económicos”.¹³⁶ Es lo que ocurre por ejemplo en algunos sectores de la industria eléctrica. En tal sentido, Vázquez Pedrouzo señala el caso del transporte de energía eléctrica y agrega:

[...] ya que no sería económicamente eficiente el tendido de líneas de transporte paralelas que compitieran entre sí. En estos casos, la demanda en un mercado puede ser satisfecha a un costo inferior, por la actuación de una sola empresa, que por la de dos o más de ellas. Resultando entonces imposible que el consumidor pueda elegir su proveedor entre varios, la regulación tratará de protegerlo de eventuales abusos del monopolista.¹³⁷

El monopolio natural es distinto del legal, pues no es impuesto por la ley. Tampoco coincide exactamente con el de hecho propiamente dicho porque no es impuesto por circunstancias fácticas insuperables, sino que deriva de circunstancias económicas. En el monopolio natural solo uno desempeña la actividad no por disposición de la ley ni por circunstancias fácticas insuperables, sino porque esa es la única forma de que esa actividad se realice en forma eficiente.¹³⁸ En definitiva, depende de la voluntad humana, porque nada impide que se actúe en forma ineficiente.

En consecuencia, esa ley que deroga genéricamente las normas que disponen los monopolios no afecta un monopolio natural, porque al no provenir de la ley no hay ninguna norma que derogar. La ley podrá plantear una cuestión de legitimidad, y ello dependerá de cómo esté regulado el tema en la ley.

El artículo 9 de la ley n.º 18159, al requerir autorización para concentraciones monopólicas, está admitiendo en determinadas condiciones los monopolios naturales. Claro está que en ese caso deben realmente existir las condicionantes necesarias para que se pueda hablar de un monopolio natural.

Lo dicho con relación al monopolio de hecho o natural cabe igualmente respecto a la exclusividad en los servicios públicos. Si la competencia es posible, la exclusividad es inadmisibles.

¹³⁶ M. C. VÁZQUEZ PEDROUZO, *Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, p. 49.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 49 ss.

¹³⁸ En puridad, podríamos hablar de monopolios legales y no legales. Los no legales, por oposición a los legales, serían así de hecho. Estos monopolios de hecho en sentido amplio comprenden los de hecho en sentido estricto (los que son impuestos por circunstancias fácticas insuperables) y los naturales (los que son impuestos por las razones económicas que se han indicado).

Esa exclusividad solo sería posible si se dan las circunstancias equivalentes a un monopolio de hecho o natural.

Como se comprenderá, desde esta perspectiva, en el actual modelo de Estado se ha producido un cambio importantísimo en el relacionamiento público y privado para el cumplimiento de los cometidos estatales. Prima ahora un relacionamiento de competencia entre el sector público y privado para el ejercicio de estas actividades denominadas genéricamente *servicios de interés económico general*.

13. Para asegurar la libre competencia y los derechos de los usuarios aparecen órganos especiales denominados en general agencias, o unidades, o autoridades reguladoras.¹³⁹ Es que, como decía Muñoz, “si el Estado no cuida el mercado, nadie lo hará”.¹⁴⁰

A estos órganos en general se les asigna competencia en materia de regulación y control,¹⁴¹ además de que se les da, con intensidad variable, injerencia en materia de resolución de conflictos.

Esos entes reguladores son independientes de los prestadores públicos de los servicios y regulan y controlan tanto a los prestadores públicos como a los privados. Se tiende así a terminar con la aberrante solución que se imponía en épocas del apogeo del Estado de bienestar, cuando era el prestador público el que controlaba a sus escasos competidores privados.¹⁴²

En el derecho anglosajón, donde se originan las unidades reguladoras, se suele dar participación a los interesados en el marco de estos entes, tanto en lo que refiere a la regulación como al control. Vemos aquí, así, un interesante relacionamiento público-privado en el marco de los cometidos del Estado, ya no estrictamente en lo prestacional sino en la fijación de las reglas de juego y en el control de su cumplimiento.

La aludida participación se efectúa a menudo en audiencias públicas. Esto sin duda acrecienta, fortalece la democracia y configura un eficaz dique de contención frente a la frecuente tentación del regulador de convertirse en un indirecto prestador del servicio. Pero esas audiencias públicas tienen riesgos; en efecto, favorecen lo que se ha llamado la *captura*

¹³⁹ P. R. FERREIRA MOTTA, *Agencias reguladoras*, San Pablo, Marrale, 2003, pp. 54 ss.; R. FERRÉS RUBIO, *Autoridades reguladoras independientes en el marco de la liberación de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 19 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos...”, o. cit., pp. 33 ss.; DURÁN MARTÍNEZ, “Papel del Estado...”, o. cit., pp. 53 ss.

¹⁴⁰ G. A. MUÑOZ, “Reflexiones en torno a la reforma del Estado”, en G. A. MUÑOZ y C. M. GRECO, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 495.

¹⁴¹ En su oportunidad he cuestionado la reunión en un solo órgano de las potestades de regulación y control (A. DURÁN MARTÍNEZ, “Control de las actividades privatizadas”, en DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 121 ss.).

¹⁴² B. ILDARRAZ, A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, Eudecor, 2001, p. 554; DURÁN MARTÍNEZ, “Los servicios públicos y los derechos...”, o. cit., pp. 32 ss.

del regulador por grupos activistas movidos por intereses políticos o corporativos, o por sectores empresariales.¹⁴³ Claro que esa participación no necesariamente se efectúa en audiencias públicas.^{144 145}

14. En el marco de la liberación, en lo prestacional el relacionamiento público-privado para el cumplimiento de los cometidos del Estado se efectúa en términos de competencia y, en lo que refiere a la regulación y al control de las actividades por el Estado ese relacionamiento se efectúa a través de diversas formas de participación de los sectores interesados o de la sociedad civil.

En definitiva, todo tiende a un mejor cumplimiento de los derechos humanos. Se ha advertido la instrumentalidad de los servicios públicos en relación a los derechos humanos.¹⁴⁶

VII.

APRECIACIONES FINALES

1. De lo expuesto, estimo que en términos generales no podemos hablar de nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado en las modalidades negociales o institucionales.

No todas esas modalidades han aparecido ahora, y muchas de ellas son de larga data. A lo sumo, existen nuevas denominaciones o variantes accidentales que no se apartan de la esencia de las diversas figuras.

2. Se percibe, sí, un nuevo relacionamiento público-privado para el cumplimiento de los cometidos del Estado al producirse una liberalización.

3. Pero, por sobre todo, lo que aparece es una nueva, y por tanto distinta, actitud ante la ejecución de los cometidos del Estado.

¹⁴³ J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 260 ss.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 260 ss.; BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 22 ss.; J. P. CAJARVILLE PELUFFO, “Poder Público y participación ciudadana en el derecho público uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho...*, o. cit., t. I, pp. 91 ss.

¹⁴⁵ La reciente legislación muestra una clara tendencia a admitir la participación de los particulares, tanto en la elaboración de la normativa como en los controles. Un claro ejemplo de ello lo vemos en el artículo 6 de la ley n.º 18.308, de 18 de junio del 2008.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, o. cit., pp. 13 ss.; P. H. RIBAS, “O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais”, en BACELLAR FILHO y BLANCHET (coords.), o. cit., pp. 93 ss.

Se ha advertido que estos en definitiva se encuentran finalizados al mejor desarrollo de la persona humana. Y para lograrlo, poco importa quién ejerce ese cometido. Lo que importa es que se ejerza de la mejor manera posible para la consecución del fin debido. Y para ello, lo mejor es aprovechar las fortalezas del sector público y del privado y que ambos actúen en forma coordinada para el cumplimiento del objetivo y no enfrentados como dos gallos de riña que terminan destruyéndose mutuamente, sin poder así cumplir adecuadamente su tarea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 2006.
- ARAÚJO-JUÁREZ, J., “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, 3.ª ed. ampliada, 2004.
- BACELLAR FILHO, R. F., “A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, en R. F. BACELLAR FILHO y L. A. BLANCHET (coords.), *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- BARBÉ PÉREZ, H., *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1967.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., *La desadministración pública*, Madrid, Consell de Mallorca-Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BIASCO, E., “Las participaciones estatales en la Constitución uruguaya”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, Montevideo, FCU, 2000.
- BRITO, M. R., *Derecho administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2004.
- CAIELLA, P., “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.º 12, Belo Horizonte, Editora Forum e Instituto Paranaense de Direito Administrativo, abril-junio del 2003.

- CAJARVILLE PELUFFO, J. P., “Apuntes sobre la noción de ‘servicio público’ en la Constitución uruguaya”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- *Dictamen publicado en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. X, n.º 59, febrero-marzo de 1994.
- “Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra *Estado* en los incisos 3.º y 4.º del artículo 188 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Montevideo, FCU, 2004.
- “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, t. I, Montevideo, FCU, 2008.
- “Poder Público y participación ciudadana en el Derecho Público uruguayo”, en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, 2.ª ed. ampliada, t. I, Montevideo, FCU, 2008.
- *Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica*, Montevideo, Acali, 1979.
- CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- “El futuro de los servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho público*, Montevideo, FCU, 1999.
- CEA EGAÑA, J. L., “Presente y futuro del Estado social de derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º VII, Montevideo, 2005.
- DELPIAZZO, C. E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1999.
- *Derecho administrativo uruguayo*, México, UNAM y Porrúa, 2004.
- “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro derecho público”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, n.º 2, Montevideo, Acali, 1978.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., “La idea de servicios de interés económico general”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de derecho administrativo*, vol. V, Montevideo, 2007.
- “Competencia de Antel”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.

- “La concesión. Concepto, tipos y perspectivas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- *Contencioso administrativo*, Montevideo, FCU, 2007.
- “Control de las actividades privatizadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- “Las empresas públicas y las empresas mixtas con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados?”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa.
- “La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado social y democrático de derecho”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Importancia política de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
- “Naturaleza jurídica de Conaprole”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, vol. III, Montevideo, 2003.
- “Novedades en materia de contratación administrativa en la ley n.º 18.172, de 31 de agosto de 2007”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Nuevo servicio descentralizado: Correos”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
- “Otra vez sobre la inexistente presunción de ilegitimidad del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 139, p. D.54, 2009.
- “Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Prestación de servicios portuarios”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
- “Principio de eficacia y estado subsidiario”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- “Procesos de privatización”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.

- “Tamaño del Estado y privatizaciones”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “Transformaciones del sector público”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
 - “Segmentos del sector eléctrico: ¿servicio público?, ¿libre competencia?”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho administrativo. Parte especial*, Montevideo, 1999.
 - “Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- ECHEVARRÍA PETIT, J. L., “Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, año II, n.º 3, 2003.
- EZQUERRA HUERVA, A., “El fenómeno de la liberalización de servicios públicos en España: el tránsito de un concepto subjetivo a un concepto objetivo de Servicio Público”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 29, Montevideo, FCU, 2006.
- FEO LA CRUZ, M. “La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. I, 2003.
- FERNÁNDEZ FORMIGO, G., *Estudio sobre el fideicomiso*, Montevideo, FCU, 2008.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- FERREIRA MOTTA, P. R., *Agencias reguladoras*, San Pablo, Marrale, 2003.
- FERRÉS RUBIO, R., *Autoridades reguladoras independientes. En el marco de la liberalización de los servicios públicos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2005.
- “Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Enfoque de derecho administrativo sobre la desregulación y la privatización”, en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991.

- GORDILLO, A., “La seguridad jurídica y la emergencia”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- GRÁNDEZ CASTRO, P. P., “Presentación”, en L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
- GUARIGLIA, C. E., *Misión y visión del Estado contemporáneo. El reto de la responsabilidad*. Montevideo, Polo, 2003.
- GUASTINI, R. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, UNAM y Trotta, 2006.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela”, en A. DURÁN MARTÍNEZ (coord.), *Estudios hechos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008.
- ILDARRAZ, B., A. R. ZARZA MENSAQUE y C. M. VIALE, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, Eudecor, 2001.
- IRIBARREN, J., y J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Once grandes mensajes*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 15.ª ed., 1993.
- KORZENIAK, J. *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001.
- LABAURE ALISERIS, C., *Estudios sobre la reforma del Estado*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L., “Sociedad, economía y Estado. (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Eudesa, Iber Caja y Civitas, 2003.
- MÉNDEZ, A., “La descentralización. Concepto y caracteres”, en *Estudios de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Universidad de la República, 1979.
- MUÑOZ, G. A., “Reflexiones en torno a la reforma del Estado”, en G. A. MUÑOZ y C. M. GRECO, *Fragments y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, S., “La constitución del Mercado Único Europeo de 1992 y los procesos de desregulación de la economía”, en *Primer seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y de la desregulación*, 9-11 de agosto de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990.

- PARADA, R., “Los servicios públicos en España”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, 2003.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Montevideo, Librería Editorial Arquidiocesana, 2005.
- PRAT, J. A. *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
- RISSO FERRAND, M., *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008.
- “La participación estatal en empresas privadas en la Constitución uruguaya”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Montevideo, FCU, 2004.
- RODRÍGUEZ, C., “Los principios generales que rigen la nueva ley de promoción y defensa de la competencia”, en S. PEREIRA CAMPOS, D. RUEDA CRAMER y otros, *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, Montevideo, FCU, 2008.
- ROTONDO TORNARÍA, F., *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, Ediciones Del Foro, 2000.
- ROTONDO TORNARÍA, F., y R. FLORES DAPKEVICIUS, *Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional*, Montevideo, FCU, 2006.
- RUOCCO, G., “Monopolios y exclusividades en la contratación actual”, en *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*, Montevideo, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1993.
- “Sociedades de economía mixta de derecho privado. Artículo 188 de la Constitución: Incisos 3 y 4”, en *Liber amicorum discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso”, en A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Thomson y Civitas, t. II, Madrid, 2003.
- SARMIENTO GARCÍA, J. H., “Servicios públicos y prudencia gubernativa”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III (número especial “Desafíos de la regulación”), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2003.
- VAN ROMPAEY, L., “El rol del juez en la sociedad moderna”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 34, Montevideo, FCU, 2008.
- VÁZQUEZ, C., *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y Editorial Universidad, 1992.
- VÁZQUEZ PEDROUZO, M. C., *Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2005.
- ZANELLA DI PIETRO, M. S., *Parcerias na administração pública*, 5.ª ed., San Pablo, Atlas, 2006.

A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural dos direitos humanos: construindo espaços para a sua proteção*

*Wilson Engelmann***

RESUMO. Este artigo pretende examinar os diversos estágios do tempo, a partir da contribuição de François Ost e os seus enlances com a proposta hermenêutica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. O tempo é apresentado como um espaço privilegiado para o encontro da tradição e da experiência desenhados a partir da história do direito e o modo como este contexto serve para sustentar o desenvolvimento dos direitos humanos, como um espaço para a discussão e construção – com certa dose de utopia – de condições básicas para o florescimento humano pleno.

PALAVRAS-CHAVE. Hermenêutica. Direitos naturais. Direitos humanos. Utopia. História do direito.

ABSTRACT- This articles aims at examining the several stages of time on the basis of François Ost's contribution and its connection with the hermeneutic proposal of Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer Franste. Time is presented as a privileged space where tradi-

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (São Leopoldo/Brasil). Professor no mesmo Programa (Mestrado) da disciplina de 'Direitos Humanos'. Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica em diversos Cursos de Especialização em Direito da Unisinos. Professor de Introdução ao Estudo do Direito do Curso de Graduação em Direito da Unisinos. Integrante da Comissão de Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Unisinos. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq, que estuda a proposição de marcos regulatórios para as pesquisas que utilizam as nanotecnologias. Advogado.

tion meets the experience resulting from the history of Law, and the way this context helps to sustain the development of human rights, as a space for discussion and construction – with a certain degree of utopia – of the basic conditions for full human flowering.

KEY WORDS. Hermeneutic. Natural rights. Human rights. Utopia. History of Law.

SUMÁRIO. **1.** Introdução. **2.** O tempo do direito: a hermenêutica da tradição na estrutura dos direitos humanos. **3.** A linguagem como condição de possibilidade para a perspectiva universal e multicultural dos Direitos Humanos. **4.** O *fin* dos direitos humanos: da fundamentação à proteção. **4.1.** O direito dos povos na paz e na guerra: a origem jusnaturalista dos direitos humanos. **4.2.** A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: o direito (re)tomando o seu fundamento axiológico. **5.** Conclusão. **6.** Referências.

1.

INTRODUÇÃO:

A concepção atual sobre os direitos humanos é fruto de longa evolução histórica, marcada pela dor e sofrimento de diversas gerações humanas. Para a compreensão deste legado do tempo, torna-se fundamental investigar como ele se desdobra e reflete a experiência para se construir uma noção utópica, mas realizável, dos direitos humanos, como um espaço onde este horizonte histórico deságua e viabiliza a sua reflexão.

O problema que anima este artigo pode ser assim demarcado: os direitos humanos, como a projeção histórica dos direitos naturais, marcados por alguns traços utópicos, apresentam-se como um espaço de convergência de forças nacionais e internacionais para o pleno desenvolvimento de direitos e deveres focados na proteção do ser humano, resgatando a marca axiológica do jurídico?

A linguagem apresenta-se como um mediador muito significativo para a construção deste espaço, onde se projeta o *fim* dos direitos humanos, num mundo acostumado com os conflitos. Portanto, o grande desiderato deste espaço mediado pelo diálogo será a construção da paz, único meio para que os humanos possam desenvolver-se, na busca pela justiça e igualdade, respeitada as diferenças próprias do gênero humano, marcado pelo multiculturalismo. Esta preocupação já nasce bem antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, expressa em diversas convenções cronologicamente anteriores.

2.

O TEMPO E O DIREITO: A HERMENÊUTICA DA TRADIÇÃO NA ESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS

Quando Heidegger apresenta o tempo e sua relação com o ser, alerta:

[...] o tempo não é uma multiplicidade de agoras justapostos, porque cada agora já não é em cada agora e porque faz parte do tempo a notável extensão, em ambos os lados, para dentro do não-ser. O agora não está associado a um ponto fixo como ponto e, portanto, não pode fazer parte dele, pois é, segundo sua essência, princípio e fim. No agora como tal já se encontra a remissão ao não-mais e ao ainda-não (Heidegger, 1975, p. 351).

O ponto principal dessa passagem é que o tempo não significa uma mera organização de *agoras*, pois eles significam momentos, vinculados ao passado (*não-mais*), presente (*Gegenwart*) ou futuro (*ainda-não*), recebendo atribuição de sentido pelo contexto (mundo circundante), onde a pré-compreensão exerce um papel importante, responsável por trazer de volta o vigor de ter sido em seu sentido mais próprio. Uma leitura atual das interfaces desses diversos estágios do tempo é realizada por François Ost, em sua obra intitulada *O tempo do direito*, onde a valorização do passado no presente será fundamental para se construir uma sociedade global e multicultural em condições de respeitar cada pessoa com as suas características. Com isso, será viável projetar um futuro no presente com capacidade para a prática da proteção efetiva dos direitos humanos.

O primeiro estágio desta proposta de estudar o tempo está reservado à memória que é responsável por ligar o passado, a fim de descobrir as suas contribuições para a realização da tarefa de compreensão dos fatos da vida do presente. O passado é construído a partir do presente, revelando-se o seu aspecto criativo e ativo (Ost, 1999, p. 54). O presente mostra-se como um “*locus*” privilegiado para captar a riqueza da pré-compreensão, formada com a interferência dos eventos ocorridos no passado. Vale dizer: a compreensão se dará a partir do contexto histórico onde se está desde sempre inserido. Esse material é organizado a partir do ato de ligação estabelecido com o passado, buscando nele os ingredientes necessários para uma efetiva aplicação dos direitos humanos.

Nesse processo, a tradição surge como um elemento de singular importância, pois é o “centro de uma temporalidade que pretende ‘ligar o passado’”. Dessa forma, a tradição pode ser considerada como o “elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e de práticas” (Ost, 1999, p. 63-4). A tradição é, portanto, a nomeação do ato de valorar as contribuições oriundas do passado.

Para explorar o modo de formação da tradição, que surge como o elo de vinculação dos acontecimentos anteriores, MacIntyre aponta três estágios detectados na formação o desenvolvimento de uma tradição: o primeiro estágio é aquele onde “as crenças, textos e autoridades relevantes ainda não foram questionados”. Parece que nesse momento temos o ponto de partida da formação da memória, numa nítida interação entre o individual e o coletivo (social). O segundo estágio está vinculado a uma releitura do primeiro estágio, constatando-se a necessidade de realizar seleções, dadas as inadequações que foram identificadas, mas sem indicativo de solução. Trata-se, nesse caso, de constatar o caráter ativo e voluntário da memória que permite opção, escolha de fatos considerados relevantes para a compreensão do presente. É um olhar seletivo do presente lançado sobre o passado, mas sem deliberação. Esta ocorrerá no terceiro estágio, “no qual a reação a tais inadequações resultou numa série de reformulações, reavaliações, novas formulações e avaliações concebidas, a fim de solucionar as inadequações e superar limitações” (MacIntyre, 2001, p. 382). Esse terceiro estágio privilegia determinados fatos em detrimento de outros, dadas as suas repercussões na atualidade. Aqui deverá ingressar a necessária reflexão sobre a falta de aplicação das teorias geradas em torno do tema dos direitos do homem.

Nesse processo sucessivo de sedimentação de fatos do passado se inscreve a matéria relativa aos direitos humanos. Como componente da consciência comum dos integrantes dos grupos sociais, respeitadas as suas particularidades, os direitos humanos fazem parte da tradição local e internacional, posto que fruto de um processo histórico consubstanciado nas perspectivas jusnaturalista, universalista e constitucional. A preocupação que o tema carrega transmite uma tradição humana de lutas, conquistas e retrocessos na busca por uma vida digna.

Segundo Ost, o iureto é tradição por excelência, na medida em que “constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado” (Ost, 1999, p. 64). O caráter histórico do direito, e com ele dos direitos Humanos, é oriundo da junção de todo um conjunto de decisões, envolvendo situações humanas que devem servir para alimentar a pré-compreensão, visando explicitar o desenho de soluções que efetivamente tenham como foco principal o humano.

Portanto, “a tradição é imediatamente caracterizada por dois aspectos: a continuidade e a conformidade. Por um lado, há ligação a uma dada fonte de anterioridade; por outro, existe alinhamento num determinado foco de autoridade. A tradição é uma anterioridade que constitui autoridade” (Ost, 1999, p. 64). Não se trata de uma autoridade que impõe determinado ponto de vista. Pelo contrário, é uma autoridade formada pelo sucessivo aprendizado das gerações anteriores, prontas a servir de fonte de ensinamento e aconselhamento para a solução de casos no presente. Surge, assim, o espaço fértil para o ingresso da tarefa da hermenêutica que

[...] não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge compreensão. Mas essas condições não têm todas o modo de ser de um ‘procedimento’ ou de um método de tal modo que quem compreende poderia aplicá-las por si mesmo – essas condições têm de estar dadas (Gadamer, 2002, p. 442).

A compreensão será a responsável pela distinção entre os preconceitos verdadeiros ou falsos que o intérprete possui e aqueles que vêm ao seu encontro. Nesse particular, surge a importância do tempo e o seu significado para a compreensão. É a experiência, onde o intérprete se encontra jogado, o aspecto peculiar de tempo que será fundamental para a construção do processo de compreensão, interpretação e aplicação de regras e princípios capazes de proteger os direitos dos humanos, seja contra as investidas do próprio Estado ou de organizações particulares, especialmente aquelas formadas a partir dos avanços dos efeitos da globalização. Apesar disso, a tradição não fornece uma fórmula pronta e acabada, mas uma que precisa ser revisada e adaptada em cada nova situação.

Assim, Gadamer refere o efetivo significado da chamada *distância temporal* para o desenvolvimento da compreensão:

O tempo não é um precipício que devemos transpor para recuperarmos o passado; é, na realidade, o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes. [...] Trata-se, na verdade, de considerar a ‘distância temporal’ como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão. Não é uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando a tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição (Gadamer, 1998, p. 67-8).

Resta sublinhada a importância do passado para a construção da compreensão, que na sua constituição procura resgatar os caminhos anteriormente percorridos, que por sua vez formam a sua condição de possibilidade. Este passado é o responsável pela formação dos preconceitos, alimentando-os e condicionando-os.

Além disso, somente se pode compreender o presente mediante os legados oriundos do passado. Gadamer justamente quer mostrar que os fatos que compõem o passado não formam um conjunto que se torna objeto da consciência. Pelo contrário, é uma bagagem na qual nos movemos e participamos; não a recebemos acabada. “A tradição não se coloca, pois, contra nós; ela é algo em que nos situamos e pelo qual existimos; em grande parte é um meio tão transparente que nos é invisível – tão invisível como a água o é para o peixe” (Palmer, 1996, p. 180). É por isso que Gadamer afirma que nós pertencemos à história, estamos imersos na tradição e dela buscamos subsídios para a compreensão do mundo circundante, atribuindo-lhe sentido.

Nessa mesma linha se pode dizer que “o essencial na tradição é, pois, a autoridade reconhecida ao passado para regular, ainda hoje, as questões do presente” (Ost, 1999, p. 65). O ato de ligar o passado encontra-se circunscrito a essa particularidade: a memória da tradição exerce uma autoridade sobre o presente, na medida em que vem ao nosso encontro, como um modo de compreender a realidade atual. Aí a sua autoridade. Trata-se de uma autoridade consolidada pelo tempo e não artificialmente imposta pela vontade individual de um governante.

Convém observar o caráter criativo do processo de inserção da tradição (responsável por forjar a pré-compreensão) no círculo hermenêutico: “o enigma e a força da tradição é renovar sempre o fio da continuidade, ao mesmo tempo em que incorpora a inovação e reinterpretação que o presente exige: a herança é incessantemente modificada e, contudo, é da mesma herança que se trata” (Ost, 1999, p. 67). Em decorrência das diversas faces produzidas pela matéria dos direitos humanos, torna-se necessário valorizar os legados da tradição, mas com abertura suficiente para receber as adaptações produzidas pelos movimentos do presente.

O segundo compasso do tempo projetado por François Ost refere-se ao perdão como um meio para desligar o passado, no sentido de abrir o tema dos direitos humanos às inovações e aos novos desafios próprios de cada época.

Nesse momento, chega-se ao estágio anteriormente descrito a partir de MacIntyre, a saber: é momento de avaliar criticamente a tradição, aferindo-se inadequações e pontos a serem ajustados. Não se trata, no entanto, de acabar com a tradição,

[...] mas submetê-la a um processo permanente, crítico e reflexivo, de revisão, que, ao mesmo tempo lhe assegure uma consciência mais exata da sua singularidade e lhe facilite uma abertura dialógica com as outras tradições num espaço público de discussão – científico, artístico ou político – que está em grande parte por construir (Ost, 1999, p. 156).

A abertura desse espaço destina-se a construir releituras da tradição e promover a interação entre as diversas tradições produzidas no contexto social, visando ao enriquecimento recíproco. O combate à concepção metodológica da hermenêutica, tanto em Heidegger quanto em Gadamer, funda-se nesse aspecto: a mobilidade e a finitude da existência humana.¹ Valorar a tradição não significa curvar-se a determinado aspecto sem questionamento. Pelo contrário, a tradição fornece o substrato para efetivar leituras adequadas às necessidades de cada época histórica, humanamente produzidas e, com isso, nunca iguais, e sempre finitas, como a vida de cada homem e mulher. Portanto, assim se opera o encontro das idéias de François Ost e Martin Heidegger, pois o passado, como *vigor de ter sido* (Heidegger, 2002a, Parte II, § 65, p. 120), não significa algo que ficou ultrapassado e deve ser esquecido: é um passado que continua irradiando projeções valorizáveis.

O terceiro momento está preocupado com a promessa, chamada a ligar o futuro. O homem, como não domina o futuro, projeta promessas e pontes para a frente, para o desconhecido, abrindo-se novos desafios. Os direitos humanos, ao trabalharem com a finitude da existência humana, procuram conjugar e encontrar o ponto de equilíbrio de “a emancipação dos homens com o estabelecimento da lei” (Ost, 1999, p. 203). A garantia da liberdade para a existência humana digna é o grande compromisso de trabalho com o tema dos direitos humanos. Quando Ost fala na *lei* aponta para o desenvolvimento de regras de conduta, internacionalmente aceitas e nacionalmente vinculantes, que protejam os humanos, garantindo-lhes o atendimento de suas necessidades.

Com o desafio assim delineado, surge novamente a questão da necessidade de revisar antigas e anteriores concepções e teorias, pois “é preciso saber rever para durar” (Ost, 1999, p. 206). Aí a chave da sobrevivência dos direitos já conquistados a título de direitos humanos: revisar, criar e adaptar são palavras indispensáveis ao equacionamento do tempo e dos direitos humanos. Pode-se fazer, a partir dessas constatações, uma vinculação com a idéia de Heidegger de que a interpretação é o modo de conhecer as possibilidades lançadas pela compreensão. Como esta não ocorre sempre da mesma forma, pois o mundo circundante não é sempre o mesmo, deve-se estar aberto à revisão das interpretações já lançadas (Heidegger, 2002, Parte I, § 32, p. 204 *et seq.*).

Na medida em que se projeta o olhar para o futuro, descobre-se a perspectiva da ética, perpassada pela “*fides*” romana, enquanto *fé* colocada na base dos compromissos sociais da

¹ Segundo Heidegger, “a tarefa preliminar de se assegurar ‘fenomenologicamente’ o acesso ao ente exemplar como ponto de partida da própria analítica já se acha sempre delineada a partir do próprio ponto de chegada” (Heidegger, 2002, Parte I, § 7, p. 68). É olhando para a frente, com os olhos postos na tradição, que será possível construir a compreensão do mundo circundante.

esfera pública como a lei e o julgamento, assim como na esfera privada, nos contratos e convenções, por exemplo. No caso, precisamos estar preocupados em resgatar e valorizar a fé, a crença nas promessas lançadas na instalação do Estado Democrático de Direito.

Assim, não se trata mais de uma projeção apenas vinculada à vontade individual do soberano. Pelo contrário, a preocupação está voltada a uma ordem jurídica compreendida “como um sistema durável de interações e de compromissos recíprocos baseados na confiança” (Ost, 1999, p. 216). Vale lembrar que a confiança foi o elemento motivador da *celebração* do contrato social, o qual, em última análise, é o responsável pela atual forma do Estado. Desta maneira, os humanos precisam confiar nas promessas públicas, especialmente no tocante ao respeito e proteção dos seus direitos (direitos dos humanos). Aliás, independente da justificativa, esses direitos devem ser considerados elementares para a caracterização de qualquer agrupamento social. Isso poderá ser resumido na seguinte fórmula: “a promessa compromete o futuro se, e apenas se, conseguir apoiar-se numa forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça” (Ost, 1999, p. 219). O ato de ligar o futuro significa lançar uma promessa que consiga, pela intermediação da *boa-fé*, respeito e credibilidade. Caso contrário, não será possível projetar raízes concretas para frente, pois os elos formados serão extremamente frágeis e instáveis.

Com isso, desenha-se o seguinte desafio para a proteção dos direitos humanos: “pensar as vias de abertura do futuro em formas duráveis; romper com o passado, apoiando-se ao mesmo tempo nele, libertar as forças instituintes nas próprias formas do instituído” (Ost, 1999, p. 227). As promessas lançadas para o futuro deverão estar alicerçadas nas forças produzidas pelo passado e reinterpretadas no presente. Desenha-se, assim, a chave para a caracterização da confiança nas promessas. Não havendo essas linhas de vinculação, tratar-se-ão de meras promessas ou teorias, sem nenhuma preocupação com o seu efetivo cumprimento.

O futuro se nutre da pré-estrutura (Heidegger) ou da pré-compreensão (Gadamer) formada mediante o aproveitamento das circunstâncias produzidas pelo passado – memória e tradição: “a hermenêutica deve partir do fato de que quem quer compreender está ligado à coisa que vem à fala na tradição, mantendo ou adquirindo um vínculo com a tradição a partir de onde fala o texto transmitido” (Gadamer, 2002a, p. 79). Os direitos humanos podem ser considerados promessas, originadas na tradição de cada povo, que projetam possibilidades para a manutenção e o desenvolvimento dos diversos grupos sociais.

O quarto momento proposto por François Ost encontra-se vinculado ao questionamento, onde se torna possível desligar o futuro. O questionamento do tempo poderá ser vislumbrado sob diversas formas, a saber: “adaptar o texto às circunstâncias variáveis,

submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com precisões jurisprudenciais e doutrinárias” (Ost, 1999, p. 319). Em todas essas etapas, a partir de novas luzes lançadas pelo passado e as contingências do presente e do futuro, permite-se revisar concepções já projetadas, justamente para atender na integralidade às promessas lançadas anteriormente. O questionamento acompanha toda a evolução do tempo, não sendo necessariamente lançado para o final.

Quando se apresenta o futuro, não se propõe o amanhã, mas o hoje preocupado com a continuidade do humano. Com isso, abre-se espaço para o viver a atualidade, ou seja: o *tempo real*. Não se trata mais de um tempo de “duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. Radicalmente acelerado, é reconduzido do longo prazo ao curso prazo, e deste ao imediato” (Ost, 1999, p. 347). A apresentação atual do tempo com esse perfil acaba provocando uma inversão temporal, separando-nos do poder integrador e alimentador do passado, a saber, da tradição, e afastando a nossa capacidade de projetar, de planejar, de mobilizar o futuro.

Vale dizer, o movimento da urgência esquece o encadeamento dos diversos compassos do tempo: “vindo-a-si mesma num porvir, a decisão se atualiza na situação. O vigor de ter sido surge do porvir de tal maneira que o porvir do ter sido (melhor, em vigor) deixa vir-a-si a atualidade. Chamamos de temporalidade este fenômeno unificador do porvir que atualiza o vigor de ter sido” (Heidegger, 2002a, Parte II, § 65, p. 120). Cabe sublinhar que “o nosso universo é o dos programas curtos, das mudanças perpétuas de normas e dos estímulos a experimentar sem esperar qualquer nova sugestão” (Ost, 1999, 350). Esquecemos que a temporalidade (temporal + idade) é um demorar-se, o que significa verificar as diversas possibilidades projetadas pela pré-compreensão, oriunda da tradição.

Esse é o desafio vivido pelos direitos humanos: a preocupação com o imediato e o consumo fácil acabam colocando em risco a sua manutenção. Nem se pode falar a sua aplicação. Nesse sentido, a reflexão sobre o tempo é fundamental para o tema, pois dele depende a sobrevivência da própria espécie humana, que vai aperfeiçoando a sua existência justamente na promoção dos direitos humanos. Provavelmente, um dos motivos dessa derrocada dos direitos humanos resida na visão equivocada do tempo: “o tempo não é primeiramente um abismo que se deve ultrapassar porque separa e distancia. É na verdade o fundamento sustentador do acontecer, onde se enraíza a compreensão atual. Desse modo, a distância temporal não é algo que deva ser superado” (Heidegger, 2002a, Parte II, § 59, p. 79). O equívoco precisa ser repensado, sob pena do ser humano estar correndo sério risco de sucumbência a uma mera concepção econômica das relações projetadas pelas redes da globalização, que são

caracterizadas pela preocupação com o *tempo real*. Aqui se abre o espaço para o questionamento em relação aos direitos humanos. Portanto, é preciso situá-los entre o *tempo real* e o *tempo diferido*, e o projeto que desloca o foco da sua fundamentação a uma aplicação efetiva.

3.

A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE À PERSPECTIVA UNIVERSAL E MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

O enlaçamento destes diversos estágios temporais é realizado pela linguagem. Ela também mostra que não existe *um abismo* entre um e outro. Eles estão próximos uns dos outros e de cada pessoa, pois representam o seu mundo circundante. É a linguagem que possibilita o acesso aos estágios, a fim de retirar-se deles os ingredientes para a consolidação da estrutura do círculo hermenêutico que sustenta a atribuição de sentido dos diversos contornos dos direitos humanos.

Na proposta da filosofia hermenêutica de Heidegger, como a pessoa é um ser-no-mundo, a linguagem passa a ocupar um lugar de destaque, pois é alçada à categoria de condição de possibilidade do próprio mundo. Tal ocorre “porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a pá-lavra. Somente quando se encontra a pá-lavra para a coisa é que a coisa é uma coisa” (Streck, 2004, p. 204-5). Para a interpretação desta linguagem, com o seu caráter fundante da própria existência do mundo, não se pode pensar numa hermenêutica ligada a métodos que buscam a única verdade ou certeza. A existência do homem não é sempre igual, mas contingente. Com esta particularidade a hermenêutica deverá trabalhar, especialmente a partir da preocupação com os direitos humanos, que são um norte para aquela proposta, mas afastando-se a pretensão de construir uma “resposta certa”. Buscar-se-á, sempre, a melhor resposta tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Nesse detalhe, a linguagem também é o meio para que se possa nominar e buscar os direitos humanos. Além do mais, a tradição e os demais estágios do tempo acima explicitados

dependem da linguagem, como um caminho constituidor de sua existência. A linguagem é o elemento capaz de aproximar e relacionar as mais diversas culturas e as mais variadas formas de expressão dos direitos humanos.

Seguindo a esteira de Heidegger, Gadamer afirma: “O ser que pode ser compreendido é linguagem” (Gadamer, 2002, p. 687). A linguagem é o ser que pode ser compreendido. Significa dizer que somente poderemos conceber o ser do ente homem a partir das possibilidades projetadas pela linguagem. A linguagem aponta para a totalidade do mundo onde ocorre a experiência da tradição. Entretanto, alerta Gadamer, “a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é: fala por si mesma, como faz um tu” (Gadamer, 2002, p. 528). A linguagem surge como a condição de possibilidade de toda experiência hermenêutica, ou seja, “é o *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação” (Gadamer, 2002, p. 566).

A linguagem também se apresenta como uma condição inafastável para a significação dos diversos estágios do tempo planejados na obra de François Ost. Ela representa uma poderosa possibilidade para a construção de pontes que aproximam as diversas etapas. Paralelo a isso, também se mostra como suporte para a fala dos direitos humanos. E mais, para que as pessoas percebam a importância da linguagem, a fim de manter aberto um canal de comunicação à prática dos direitos humanos. A linguagem não é um instrumento que se coloca entre o sujeito e o objeto, a saber, entre a pessoa e os direitos humanos. Pelo contrário, é a partir dela que se pode concebê-los. Do mesmo modo, a tradição e suas possibilidades não estão dispostas para serem acessadas. Ela somente pode ser percebida e valorizada na e pela linguagem. No mesmo caminho vão os direitos humanos, isto é, eles somente têm a devida importância, pela mediação da linguagem.

A análise do tema aponta para um aspecto especial: “para que haja direitos humanos, é preciso existir um conceito universal de ser humano enquanto tal” (Höffe, 2000, p. 194). A dificuldade para atender a essa exigência é grande. No entanto, se é levada em consideração a linguagem como a condição de possibilidade do mundo, também poderá ser atribuída a ela ser a viabilizadora de um elo de ligação das diversas culturas e ênfases acerca do ser humano. Parece que inexistente dúvida de que o ser humano, como um ente relacional, busca a sua nomeação pela linguagem. E é esse ser humano que luta por condições mínimas de existência. Além do mais, os direitos humanos se legitimam a partir de uma reciprocidade, de um intercâmbio (Höffe, 2000, p. 201). A linguagem se mostra como esse elo que aproxima os seres humanos, posto que em todos, respeitando as diferenças, existe a necessidade de algumas condições mínimas de sobrevivência.

De certa maneira, essa caracterização servirá como norteador do exercício da autoridade por parte do Estado, seja interna ou externamente, “com o devido respeito aos direitos humanos que encarnam os requisitos da justiça e para o propósito de promover o bem comum no qual tal respeito pelos direitos é um componente” (Finnis, 2007, p. 35). Promover o respeito aos direitos humanos acaba sendo uma obrigação pública ou um componente da atuação do Estado, posto em sintonia com a idéia de bem comum e de justiça. Vale destacar que esse respeito não pressupõe a previsão legal, eis que “os direitos humanos ou naturais são os direitos morais fundamentais e gerais” (Finnis, 2007, p. 195). Portanto, esses direitos são algo mais profundo que um comando estatal; são, na verdade, um conteúdo essencial que justifica a própria estrutura de um Estado democrático de direito.

Tal característica pode ser examinada na fórmula de redação dos diversos documentos (declarações) sobre direitos humanos. Todos empregam duas formas canônicas principais: “(a) Todos os indivíduos têm direito a [...]” e “(b) Ninguém será [...]”, visando implantar as seguintes limitações: “(i) garantir o devido reconhecimento dos direitos e liberdades de outrem” e “(ii) satisfazer aos justos requisitos da moralidade, da ordem pública e do bem-estar geral em uma sociedade democrática” (Finnis, 2007, p. 207 e 209).

Os diversos compassos do tempo antes examinados formam-se a partir de vários elementos oriundos especialmente da tradição. Ao lado disso, a contribuição da perspectiva moral é inegável. Vislumbrando a situação por outro lado: a preocupação com a moral e a ética (sem considerar eventual distinção) acompanha a evolução humana, assim como a configuração dos seus direitos. Portanto, uma sociedade que despreza os direitos humanos contraria um elemento valorativo – proveniente da ética e da justiça – que retira a legitimidade daquela atuação estatal.

Essas constatações mostram a universalidade dos Direitos Humanos e autoriza dizer: “independentemente da sociedade ou da época em que vive uma pessoa, esta deve possuir certos direitos somente pelo fato de ser pessoa” (Höffe, 2000, p. 179). A passagem aponta para a universalidade e o multiculturalismo que perpassam a noção de direitos humanos. Sublinhando: não há época histórica e nem grupo social, por mais peculiar que possa se apresentar, onde os *direitos* fiquem excluídos. Evidentemente que existem níveis e graus de valorização, próprios de cada modo de sociedade. No entanto, os *direitos* sempre estarão contemplados.

A linguagem e sua compreensão, interpretação e aplicação são percepções humanas. Quer dizer: presentes onde estiver uma pessoa que “é o homem não por sua substância, senão como uma reunião de relações no qual se encontra com respeito a seu mundo, a seus

semelhantes e as coisas” (Kaufmann, 2000, p. 248). A pessoa é o ser do ente homem (e mulher) que se manifesta pela linguagem nas diversas relações; por isso “é a unidade imediatamente convivida do viver, mas não uma coisa simplesmente pensada fora e atrás do imediatamente vivido” (Scheler, 1948, p. 159). O ser pessoa leva o homem para a vida, para o desenvolvimento do seu caráter social, sua abertura para o tempo, com ele aprendendo, ensinando, errando, enfim, vivendo e buscando os seus *direitos* por essa caracterização.

O ser pessoa do ente homem (e mulher) é a marca especial da universalidade dos direitos humanos. Para Antonio Cassese essa referência é um mito, eis “que a observância dos direitos humanos é muito diferente nos distintos países” (Cassese, 1993, p. 61). A universalidade não está vinculada às espécies de direitos humanos, mas à sua existência (talvez enquanto gênero). O certo é que as variadas espécies de direitos humanos estão vinculadas a fatores culturais. Portanto, não existe um padrão que caiba para todos, mas a todos deverá ser facultada a plena realização desses *direitos*, dada a simples condição de titularidade humana.

Essa marca característica da presença de homens e mulheres não presos aos limites territoriais dos estados, sublinha a sua complexidade, posto vinculados a um espaço global. Os direitos humanos surgem como um mecanismo de proteção contra os abusos cometidos pelos detentores do poder estatal. Não obstante, na atualidade, com a erosão do contexto estatal, a partir dos reflexos da globalização, surge um outro nível de preocupação: os direitos humanos deverão ser considerados para proteger homens e mulheres de um poder global, oriundo de várias frentes, sem uma origem bem definida.

Com isso, a luta volta-se novamente à busca de proteção a fim de construir “uma cultura dos direitos que recorra, em seu seio, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente” (Flores, 2004, p. 365). Tal contexto provoca, necessariamente, segundo Joaquín Herrera Flores, uma visão complexa dos direitos humanos, que deverá trabalhar com os olhos focados na periferia, objetivando examinar com possibilidade crítica o poder que domina o centro. No caso, o poder econômico emanado dos grandes conglomerados internacionais, que surgem como uma nova ameaça aos direitos humanos. A periferia da qual fala Flores produz uma gama variada de ensinamentos: “quanto não aprenderíamos sobre direitos humanos, escutando as histórias e narrações a respeito do espaço que habitamos expressadas por vozes procedentes de diferentes contextos culturais!” (Flores, 2004, p. 368). Deve-se, portanto, escutar a voz da tradição, onde já se está desde sempre inserido. Ela fornecerá subsídios ao respeito dos direitos humanos para todos os humanos, sem exceção.

Surge, com tal situação, uma nova face da universalidade dos direitos humanos, a *cidadania cosmopolita*, onde os homens e mulheres não estão mais apenas em contato com a ordem jurídica do Estado nacional, mas sujeitos a uma ordem que vai além desse Estado. “A cidadania cosmopolita será, portanto, aquela que irá assegurar direitos e liberdades a serem reconhecidos, não somente pelo Estado nacional, mas que perpassará diversas ordens jurídicas. Será uma cidadania que se define não somente por um Estado, mas através de diferentes Estados” (Barretto, 2006, p. 419-20). Os novos laços produzidos a partir da globalização continuam vinculados eticamente à concretização e respeito dos direitos humanos. Mesmo dentro de um cenário com muitas peculiaridades, cada vez mais visíveis, o respeito aos Direitos Humanos precisa ser redesenhado “em função de três tipos de constatações empíricas, que obrigam a construção de um novo sistema de normas jurídicas: humanidade comum, ameaças compartilhadas e obrigações mínimas” (Barretto, 2006, p. 425). Nesse conjunto de novos desafios, ocorre uma verdadeira simbiose entre o local e o global, ambos focados na construção de um arcabouço jurídico capaz de dar conta dos novos desafios, sem descuidar de um velho conjunto de direitos.

Além disso, Canotilho enfatiza que o desenvolvimento de uma “Constituição Nacional e um constitucionalismo global” exigirá a consideração dos “direitos humanos como limites morais ao pluralismo e às práticas sociais nacionais e internacionais”. Isso porque “a ‘lei’ ou ‘direito dos povos’ não significa necessariamente direito internacional positivo, mas sim uma concepção política do direito e da justiça informadora dos princípios de direito e práticas internacionais” (Canotilho, 2008, p. 135). A principal face desse desafio não está na positividade dos *direitos*, mas na explicitação de interesse político para que os direitos humanos efetivamente sejam respeitados, concretizados e colocados como justificativas éticas para a tomada das decisões que impliquem conseqüências humanas, consideradas em todas as suas dimensões (sociais, políticas, culturais, ecológicas, etc.).

A universalidade e o multiculturalismo próprios dos direitos humanos acabam refletindo um outro detalhe: o equacionamento de divergências em valores religiosos, culturais, filosóficos, jurídicos, morais, históricos, sociológicos e econômicos (Miranda, 1995, p. 9, e Guerrero, 2001, p. 71). Assim sendo, é correto observar que “o conteúdo dos Direitos Humanos traça, pois, um caminho que consiste em acoplar as diferentes sociedades numa ordem unitária universal que recolhe todos os direitos”, formando uma *‘societas universales’* da humanidade (Guerrero, 2001, p. 88 e 90).

O projeto de realização dos direitos humanos será comandado pelos postulados do direito natural (Engelmann, 2007, pp. 135 *et seq.*), formando um “novo direito natural da

humanidade”, inspirado “no sentido de um conjunto de parâmetros de conduta e avaliação, condizentemente filtrados – por obra de todos os Estados – de tradições ideológicas e filosóficas, de preceitos religiosos e concepções de mundo, e transformados pelos Estados mesmos em código internacional de conduta” (Cassese, 1993, p. 227).

Esta concepção dos direitos humanos inspira o surgimento de sistemas protetivos, conferindo aos homens e mulheres a categoria de *sujeito internacional*, com outorga de direitos e deveres na órbita internacional (Piovesan, 2000, p. 33 e Piovesan, 1996, p. 19), gerando o chamado sistema normativo internacional de proteção, organizado no plano global (a Declaração Universal de Direito Humanos de 1948, por exemplo) ou no plano regional (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, por exemplo).

4.

O FIM DOS DIREITOS HUMANOS:² DA FUNDAMENTAÇÃO À PROTEÇÃO

Norberto Bobbio refere que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (Bobbio, 1992, p. 24). Com essa passagem fica sublinhado que a busca de um fundamento para os direitos humanos não deverá ser o aspecto principal, mas a sua efetiva proteção. No fundo, a preocupação em fundamentar esses *direitos* liga-se ao contexto da existência de algum valor absoluto que possa sustentar os direitos humanos. Gregorio Robles afirma que existe a necessidade de fundamentar os direitos humanos, a qual não se circunscreve a um mero jogo intelectual, mas representa uma necessidade teórica e prática. Justifica o seu ponto de vista apontando a necessidade de saber-se o motivo da defesa de determinado assunto, de indicar o caminho a ser percorrido e o esclarecimento das ideias. (Robles, 1995, p. 11 *et seq.*). Tudo indica que nenhum desses argumentos é suficiente e minimamente aceitável para se exigir a continuidade de propostas de fundamentação dos mencionados *direitos*.

Alfredo Culleton também defende a necessidade da fundamentação, a partir de uma razão discursiva e não de autoridade: “a fundamentação racional dos direitos humanos não

² Título adaptado a partir da obra de Costas Douzinas, *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

só é possível, mas também conveniente e necessária, dado que a base racional é a única que permite justificar plenamente a defesa dos valores jurídicos e políticos”. Para tanto, propõe a seguinte fórmula: “toda fundamentação racional própria (isto é, coerente com seu peculiar caráter) tem uma validade racional absoluta”. Apesar dessa caracterização, reconhece a abertura para que a sua validade não seja reconhecida por todos os envolvidos e nem limitada a qualquer consideração de tempo (Culleton, 2007, p. 58 *et seq.*).

Parafraseando Castanheira Neves, pode-se dizer que essa postura é equivocada, na medida em que pretende resolver o problema da validade e fundamentação de um sistema mediante a concepção de outro sistema (este agora *fundamentante*) a sobrepor o sistema dos direitos humanos a fundamentar (Castanheira Neves, 1971-72, p. 59). O grande problema da busca de um fundamento é que ao chegar-se até ele se descobre que se deve buscar outro, que esteja acima dele, e assim sucessivamente.

Hermeneuticamente falando isso não é possível e a preocupação oriunda dos direitos humanos não poderá ser submetida a tamanha cadeia de busca, sob pena de esquecer-se a sua proteção e implantação para todos os homens e mulheres. Tudo indica que a busca por um fundamento sempre resvala para uma *verdade absoluta* ou um ponto de partida igual e original que possa dar conta de todas as situações, além do desenvolvimento de um processo de inferência. Entretanto, “é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes” (Streck, 2004, p. 227). Nesse sentido, o sentido do ser da pessoa não poderá fornecer o sentido para os homens e mulheres e deles para os direitos humanos.

A análise das diversas etapas do tempo acima estudadas permite dizer a partir de Heidegger que ele (o tempo) é uma espécie de matriz e motor essencial da manifestação. Dentro dessa linha de idéias se pode constatar que o ser, como elemento de apoio a todo ente, “ele próprio não pode possuir um fundamento que por seu turno o justifique, pois tal conduziria a um processo de regressão infinito” (Blanc, 1998, p. 141). Nesse dilema resvala a procura por um fundamento para os direitos humanos. Não se pode aceitar o processo de inferência, dada a impossibilidade de se deduzir algo de algo. “Tampouco o fundamento pode ser uma frase, uma categoria. [...] Daí que, repita-se, o fundamento tem que ser *sem fundo*. Ele é abissal, na medida em que nem é infinito e nem objetivo” (Streck, 2004, p. 227). Portanto, dentro da perspectiva da fenomenologia é necessário ter em consideração uma espécie de co-originalidade, que se manifesta nos *indícios formais*, sendo que eles “aparecem primeiramente e o mais das vezes de certo jeito, podendo ser usados para designar o ser humano”.

Essa situação aponta para uma “espécie de passividade pela qual, desde sempre, já sei *ser-jogado-no-mundo*” (Stein, 2002, p. 160). Essa situação original se apresenta como um elemento hermenêutico da fenomenologia hermenêutica heideggeriana, que se mostra existencialmente a partir do mundo circundante onde cada homem e mulher já estão desde sempre inseridos. É por isso que se pode afirmar que os direitos humanos existem porque desde sempre nos compreendemos como pessoa (ser) do ente homem ou mulher. Dessa feita, é a partir da diferença ontológica que emerge “um elemento não-inferencial, condição de possibilidade de qualquer inferência. A fenomenologia hermenêutica, através dos indícios formais, pretende abrir-nos o caminho para esse universo não-inferencial, o antepredicativo, que se dá em bases existenciais” (Stein, 2002, p. 168). É nessa perspectiva existencial que os indícios formais fundamentam através de um fundamento sem fundo, posto que dependente do modo de ser do ser do *Dasein*, que, por essa característica, não se pode prender a um pressuposto lógico de regresso.

A preocupação com os direitos humanos é teleológica – de fim (a proteção) – e não de *início* a fundamentação. Que os humanos têm *direitos* por serem humanos, ninguém duvida. A tradição, formada pelo enlaçamento dos diversos estágios do tempo com a mediação da linguagem, testemunha nesse sentido. O grande problema é a efetivação dos direitos humanos; aí a preocupação, que deverá estar focada na realização humana integral, a partir do seguinte aspecto: “os direitos do homem não são somente inalienáveis, mas também, com todo rigor, invioláveis” (Finnis, 2003, p. 42). Essa é a tônica da situação atual sobre os direitos humanos.

Portanto, no seio de um direito constitucional internacional é preciso alocar a principal obrigação de todos os estados: a proteção dos direitos humanos. Além disso, é necessário um rigor maior nos órgãos jurisdicionais, responsáveis pelas demandas que envolvam esses direitos.

Serve de exemplo, portanto, a seguinte manifestação nesse sentido: “[...] 8. Que, em virtude da responsabilidade do Estado de adotar medidas de segurança para proteger as pessoas que estejam sujeitas a sua jurisdição, a Corte estima que este dever é mais evidente ao se tratar de pessoas reclusas em um centro de detenção estatal, em cujo caso se deve presumir a responsabilidade estatal no que aconteça às pessoas que se encontram sob sua custódia. 9. Que no Direito Internacional dos Direitos Humanos as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar, no sentido de que preservam uma situação jurídica, senão fundamentalmente tutelar, porquanto protegem direitos humanos. Sempre que se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis

às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo. [...]”³

Aqui fica reconhecido que o Estado tem responsabilidade na sua conduta, com vistas à proteção dos direitos humanos em relação aos homens e mulheres que estão sob sua jurisdição. No caso, o Brasil tem o dever de assegurar a vida digna e condições mínimas para a garantia da humanidade daqueles que vivem em seu território. Aí o rumo da preocupação: a efetividade aos *direitos*. Tal conclusão está assegurada pela Constituição Federal quando, no art. 1º, III, estabelece uma das bases do Estado democrático de direito brasileiro na dignidade da pessoa humana. Ela, por si só, é o elemento de sustentação dos direitos humanos. Vale dizer: a dignidade da pessoa humana é a expressão mais clara do respeito aos direitos humanos. Além do mais, o texto constitucional reconhece que a *prevalência dos direitos humanos* é um dos princípios que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, II).

A preocupação constitucional brasileira sobre essa matéria recebeu um importante aliado pela Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, quando introduziu mais um inciso ao art. 109, da CF, atribuindo a competência ao juiz federal para julgar “as causas relativas a direitos humanos”. Nessa mesma EC, por via da introdução do § 5.º, ao citado art. 109, conferiu ao procurador-geral da República a competência para suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, quando se tratar de grave violação de direitos humanos. Tem-se, com isso, sinais concretos de uma preocupação efetiva com a proteção dos direitos dos humanos que vivem no Brasil. Caberá, portanto, à Justiça Federal, valendo-se das possibilidades hermenêuticas, atribuir o sentido mais coerente para que essa matéria efetivamente receba o tratamento pretendido pelo legislador constituinte.

Acrescente-se a tais *avanços* o conteúdo do § 3.º, do art. 5.º, da CF/88, que assegura aos tratados e convenções sobre direitos humanos, aprovados com o quorum ali especificado (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), a categoria de *emendas constitucionais*.

Com tais providências se dará aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mostrando que o Estado democrático de direito no Brasil está cumprindo as promessas inscritas na Carta Magna de 1988.

³ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, no pedido de Medidas Provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do Brasil em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves – conhecida como “Penitenciária Urso Branco”, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, com o objetivo de evitar que continuem a morrer internos na penitenciária. (Mello e Torres, 2003, p. 258).

Essa preocupação nacional deverá ganhar corpo na esfera mundial, a partir da chamada *competência compartilhada* sobre esse tema, com o respeito à soberania de cada Estado. A mencionada competência deverá ter condição para trabalhar com “a multiplicidade das normas combinando unificação e harmonização, mas também o pluralismo dos Estados e da sociedade democrática”. Quer dizer, combinar as diferenças de cada cultura, assentada no elemento humano comum. É preciso, no entanto, atentar para o seguinte desafio:

[...] ordenar o pluralismo determinando os limites, as fronteiras que devem restar intransponíveis, porque franqueá-las significaria destruir a própria idéia de humanidade. Essas fronteiras, que alguns buscam como o ‘conteúdo último do direito natural’, são já traçadas pelos direitos inderrogáveis, mas, ainda mais diretamente agora, pela noção de ‘crime contra humanidade’, ou do patrimônio comum da ‘humanidade’ (Delmas-Marty, 2003, p. 169).

É necessário, portanto, um empenho interno e externo de cada Estado, a fim de, respeitando a diversidade cultural, implementar o verdadeiro caráter universal dos direitos humanos, dando-lhes o verdadeiro sentido de um *direito natural global*. Somente dessa forma se poderá continuar falar em humanidade. O alerta está dado: não há avanço tecnológico ou científico que substitua a preocupação com o humano, pois nada tem sentido se o principal objetivo não estiver calcado nesse ingrediente.

Essa tarefa, no entanto, não cabe exclusivamente aos estados. Pelo contrário, cada homem e mulher tem a obrigação de contribuir e cabe àqueles propiciar e incentivar essa participação nesse compromisso que é de todos. Nasce, com isso, o *princípio da subsidiaridade*:

[...] da mesma forma como é errado retirar do indivíduo e confiar a um grupo o que a iniciativa privada e o esforço podem realizar, é uma injustiça [...] para uma associação maior e superior apropriar-se indevidamente de funções que podem ser realizadas eficientemente por associações menores e inferiores. [...] O verdadeiro objetivo, por sua própria natureza, de toda atividade social deve ser ajudar membros de um corpo social, nunca destruir ou absorvê-los (Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno* [1931] Finnis, 2007, p. 159).

O conteúdo desse princípio será fundamental para que se possa construir uma autêntica política de direitos humanos. Não se trata de dar essa atribuição exclusivamente aos estados, inviabilizando a participação dos particulares (homens e mulheres). Todos deverão ser convocados a participar, objetivando compor um lugar mais digno para cada humano viver. A reunião de pequenos, médios e grandes grupos auxiliando cada Estado a fazer a sua parte é um ingrediente poderoso para que possa construir o verdadeiro sentido dos direitos humanos, onde cada um dos participantes escolhe uma tarefa para executar.

A aplicação do *princípio da subsidiaridade* pode ser verificada numa das decisões tomadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos,⁴ ao julgar os delitos cometidos pelos soldados da fronteira, quando mataram diversas pessoas que tentavam cruzar a fronteira da então República Democrática Alemã. Os fatos ocorreram entre 1949 e 1961. Para tentar controlar a onda de fugitivos, a República Democrática Alemã construiu o Muro de Berlim e reforçou todas as medidas de segurança ao longo da fronteira entre os dois estados alemães, instalando minas antipessoais e sistemas de disparo automático.

O Tribunal entendeu que uma prática estatal como a política de polícia de fronteira viola flagrantemente os direitos humanos e especialmente o direito à vida, que é o valor supremo na hierarquia internacional dos direitos humanos e representa um atributo inalienável dos seres humanos.

Caso a República Democrática Alemã ainda existisse seria responsabilizada desde o ponto do direito internacional. Por outro lado, houve responsabilidade penal individual dos integrantes do pólo ativo do processo, os quais, além da violação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, também transgrediram o art. 95, do Código Penal da República Democrática Alemã, ao expressar, já em 1968, “que existiria uma responsabilidade penal individual de todo aquele que violasse as obrigações internacionais da República Democrática Alemã, ou os direitos humanos e as liberdades fundamentais” (Vigo, 2004, p. 101 *et seq.*).

A situação de fato e de direito que está subjacente nesse julgado deixa marcado que em matéria de direitos humanos há responsabilidade dos estados e também dos seus nacionais. Aí a subsidiaridade. Desta feita, é preciso deixar que homens ou mulheres e cada Estado experienciem, ajam e participem dentro das suas condições, para que se proteja no mais alto nível os direitos dos humanos. Para tanto, torna-se fundamental escutar a voz da tradição e da experiência, formada pelos diversos compassos do tempo, enlaçados pelo poder constitutivo e constituinte da linguagem, como uma poderosa alternativa para que os direitos dos humanos efetivamente ganhem a merecida proteção de todos e todas, pois a investigação sobre o seu fundamento é sem fundo e, apesar disso, recebeu a devida atenção por um longo percurso histórico.

É chegado o momento de transferir-se o foco para a proteção, a fim de os humanos perceberem a eficácia dos seus *direitos*, abandonando os pré-juízos inautênticos vinculados à

⁴ Caso Strelitz, Kessler e Krenz v. Alemanha, petições nº 34044/96, 35532/97 e 44801/98; Estrasburgo, em 22 de março de 2001.

associação dos direitos humanos ao direito natural, mediante a valorização de ambos como um produto histórico onde a vida em sociedade está desde sempre inserida.

4.1. O DIREITO DOS POVOS NA PAZ E NA GUERRA: A ORIGEM JUSNATURALISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Na gradativa construção dos direitos humanos – com destaque para a sua efetividade na vida de homens e mulheres – onde na amálgama formada pelos diversos estágios do tempo se verifica o destaque para a dor e o sofrimento,⁵ é interessante observar que esta perspectiva pode ser ancorada no próprio direito romano, tendo em vista a sua divisão do direito.

Conforme constatado por José Carlos Moreira Alves, os juristas romanos apresentavam, dependendo do momento histórico em que se examina o Direito Romano, ora uma divisão dicotômica: *ius civile* e *ius gentium*, ora uma divisão tricotômica: *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*. Quanto ao primeiro – *ius civile* –, não havia nenhuma dúvida, pois se referia ao direito próprio da cidade, um direito do *civis* e que não existia em outra *civitates*. Já no tocante ao *ius gentium* e o *ius naturale*, pende certa divergência sobre a distinção entre ambos.

No entanto, “há estreita vinculação entre o *ius gentium* e o *ius naturale*. [...], o *ius naturale* – conceito derivado da filosofia estoica – é um conjunto de normas ditadas ao homem pela sua própria natureza racional, e em conformidade com a justiça. Daí, o que caracteriza o *ius naturale* é a sua universalidade”. Por outro lado, “o *ius gentium* é o direito existente em todos os povos conhecidos dos romanos, e, portanto, universal. Isso quer dizer que é ele uma expressão do *ius naturale*, porquanto, em virtude de sua universalidade, é fruto da própria natureza do homem” (Alves, 1983, p. 94-5).

A universalidade é uma nota característica presente em ambas as categorias do direito. Apesar disto, divergiam num ponto essencial: o *ius gentium* admitia a escravidão, como uma *pena* imposta ao povo conquistado e que permanecesse com vida. Já o *ius naturale* defendia a igualdade entre todas as pessoas – livres ou escravas. Veja-se que aí se localiza um significativo achado de dor e sofrimento, especialmente decorrente do modo como os direitos à vida e à liberdade eram concebidos e reconhecidos.

Há nítida relação entre a proteção dos mencionados direitos naturais e o estado de guerra entre os povos. A paz acaba sendo um fator preponderante à manutenção destes di-

⁵ Este é o tema do trabalho apresentado pelo autor no XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na cidade de Maringá (Paraná), Brasil, nos dias 02, 03 e 04 de julho de 2009, intitulado “A origem jusnaturalista dos Direitos Humanos: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”. Este trabalho será publicado nos anais deste encontro. Neste momento, inédito.

reitos naturais. Além disto, estes direitos naturais também poderão ser chamados de “direitos dos humanos”, isto é, verdadeiro embrião dos direitos humanos reconhecidos notadamente a partir de 1948, pois pertencentes a todos os humanos, independente de sua condição social e da sua chancela pelo direito.

A vinculação entre os direitos naturais-humanos e a situação da guerra também é um dos pontos relevantes na concepção social encontrada em Thomas Hobbes. Para tanto, verifica-se que no estágio anterior à formação do Estado (civil), Hobbes considera que as pessoas eram essencialmente iguais. Esta situação de igualdade se projeta em três planos: igualdade de fato, escassez de recursos e no direito sobre tudo (Bobbio, 1991, p. 34). Tais aspectos caracterizavam a vida no Estado de natureza e foi um dos principais ingredientes à passagem para o Estado civil.⁶

Ao lado destas características do Estado de natureza, deve ser lembrado que as pessoas também agiam sob o impulso das paixões. Por isto, Hobbes apresenta três fundamentos para a discórdia, capazes de gerar a luta entre as pessoas: a) a competição; b) a desconfiança e c) a glória. Estes três fatores são permeados pela paixão da vanglória, posto que cada pessoa imagina uma superioridade ou poder sobre aquele com a qual está em conflito (Hobbes, 1999, p. 108-9). Estas características levam ao estado de instabilidade gerado pela guerra contínua entre as pessoas. Assim sendo, a guerra é “aquele tempo em que se manifesta inequivocamente a vontade de lutar com a força, por palavras e atos. Chama-se PAZ o tempo restante” (Hobbes, 1993, p. 55).

A vontade de enfrentar o estado de *guerra de todos contra todos* levou as pessoas à mudança, mediante a metáfora do contrato social, assentando as bases para o Estado civil (o Estado moderno). No fundo, além disto, estava a constante busca das pessoas pela convivência pacífica, onde seus direitos pudessem ser protegidos de uma forma diferente do que pela força física individual. Era necessária a união de forças, a fim de se construir a paz e assegurar uma convivência pacífica, perspectivada no respeito aos dois direitos naturais-humanos antes mencionados.

A preocupação com a paz e também com a guerra, já que na história da humanidade ambos sempre caminham juntas, destaca-se na obra de Hugo Grotius “O Direito da Guerra e da Paz” (*De jure belli ac pacis*), onde se verifica uma sistematização jurídica preocupada em fornecer contornos jurídicos para a guerra e a paz. Guardadas as devidas proporções, as preocupações de Thomas Hobbes também se projetam em Grotius, com uma diferença:

⁶ Para aprofundar este tema, sugere-se: Wilson Engelmann, *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

a partir da obra deste último “passou a bipartir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes” (Comparato, 2007, p. 173). Embora esta distinção tenha sido aceita no início do século XVII, posteriormente se entendeu que não haveria fundamentos jurídicos suficientes para sustentar a guerra como um modo para a solução dos conflitos.

Até se chegar a este ponto de evolução, no entanto, muita dor e sofrimento estiveram no caminho das pessoas envolvidas em conflitos armados, os quais perduram até os dias atuais, como se verificou, por exemplo, com o caso dos delitos cometidos pelos soldados alemães que deveriam vigiar a fronteira da então República Democrática Alemã. Estes casos ocorreram entre os anos de 1949 e 1961. Bastante recentes, então. Tais casos são apenas tomados como paradigmas, pois existem situações com o mesmo grau de crueldade ou até maior, que acontecem em pleno século XXI.

Com o intuito de aprofundar a necessidade do respeito aos direitos naturais-humanos, mesmo em tempo de guerra, em 22 de agosto de 1864 foi assinada exclusivamente por potências europeias, em Genebra, uma convenção que buscava “melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha”. Interessante sublinhar que a comissão responsável por esta convenção “transformou-se em 1880 na Comissão Internacional da Cruz Vermelha” (Comparato, 2007, p. 174). A Convenção de 1864 lançou o ponto de partida para o direito internacional humanitário. Vale dizer: já naquela época, ganhava força a preocupação em resguardar determinados direitos das pessoas, especialmente em tempos de guerra, quando a sua vulnerabilidade aumentava.

Esta preocupação convencionada em 1864 foi objeto de revisão (Convenção de Haia de 1907), visando assegurar a aplicação de seus princípios aos conflitos marítimos e aos prisioneiros de guerra (convenção de Genebra de 1929). Além destes instrumentos, em 1925 foi assinada outra Convenção, também em Genebra, justamente para coibir a utilização de produtos próprios do desenvolvimento armamentista da época, englobando: gases asfixiantes ou tóxicos, além de armas bacteriológicas. Em 1949 foram celebradas em Genebra três convenções que tiveram como objetivo a revisão e a consolidação das convenções preocupadas com os soldados feridos e prisioneiros de guerra. No mesmo período se celebrou uma convenção que buscava a proteção da população civil em caso de guerra (Comparato, 2007, pp. 174-5). Em todos estes instrumentos a busca está lastreada na proteção da vida das pessoas em tempos de conflito. Vale dizer: o medo da morte violenta, principal motivador para a consolidação do Estado Civil, a partir de Thomas Hobbes, continua movendo a humanidade à criação de instrumentos que possam proteger as pessoas.

Os diversos compassos do tempo, dentro da perspectiva de François Ost, servem para reavaliar, ratificar e melhorar os instrumentos jurídicos tendentes à salvaguarda da vida das pessoas. Os direitos humanos, portanto, surgem nestes documentos como a principal mola propulsora das nações e seus nacionais na busca por ambientes equilibrados onde a vida esteja protegida. Neste percurso, a tradição e a experiência mostram-se como elementos de aprendizado muito significativos, destacando, ao longo do século XX, a partir do horizonte histórico projetado pela Convenção de Genebra de 1864, dois ramos distintos: a) o *ius ad bellum*, também chamado de *direito de Haia*,⁷ representa um conjunto de normas com aplicação internacional, que visam minorar os métodos e meios de combate empregados durante os conflitos armados; e b) o *direito de Genebra*, criado pela ativa participação da Cruz Vermelha Internacional, que tem como intuito o desenvolvimento de regras tendentes a proteger as vítimas de conflitos bélicos (Comparato, 2007, p. 210).

Estes dois ramos de *direito*, que representam os desdobramentos da Convenção de 1864, mostram que a humanidade não consegue viver sem conflitos armados, desencadeados sob diversas justificativas. Isto mostra a perversidade dos humanos, já apontada por Thomas Hobbes, que não desaparece com a formulação das bases para o Estado Civil. Fica visível, mais uma vez, que os direitos humanos, suficientemente fundamentados ao longo de diversos séculos de discussão filosófica, carecem, ainda, de aplicabilidade prática efetiva. Dito de outro modo: apesar da profunda justificação, não conseguem mostrar aos próprios humanos a necessidade de respeito mútuo, independente de raça, sexo, religião ou nacionalidade.

Este o desafio atual que recebe uma valiosa contribuição a partir do momento em que os estados ratificam a sua anuência a estes acordos internacionais. E mais: a partir deste ato de adesão, os estados passam a dizer *sim* aos direitos humanos, comprometendo também os seus nacionais. Estes são sinais de efetividade que merecem ser festejados.

⁷ Segundo Fábio Konder Comparato, “o vigente ‘direito de Haia’ é composto por vários acordos internacionais: o Protocolo de Genebra de 1925, sobre a proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos e similares, e de meios bacteriológicos de guerra; o Tratado para a proscrição de armas nucleares na América Latina; o Tratado de não-proliferação das armas nucleares de 1968; a Convenção de 1972, sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição; a Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estocagem e uso de armas químicas e sobre a destruição das armas químicas existentes no mundo, adotado no âmbito das Nações Unidas em 1993; o Tratado de proibição completa de testes nucleares de 1996; a Convenção de Ottawa de 1997, sobre a proibição de uso, armazenagem, produção e transferência de minas antipessoais (2007, p. 210-1).

4.2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948: O DIREITO (RE)TOMANDO O SEU FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

Alguns destes documentos, dada a sua anterioridade cronológica, acabam desaguardo na Declaração Universal de 1948, e outros, posteriormente, aprofundam os direitos e garantias humanos ali consagrados.

Ela tem em seu texto os reflexos dos ideais que motivaram a criação das Nações Unidas e da Carta das Nações Unidas. Nesta última, verifica-se que a chamada *guerra justa* é inaceitável, especialmente a partir da redação do seu artigo 33: “1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”. Surge, dentro deste conteúdo a verdadeira proibição do uso da força, justamente para proteger a vida das pessoas de cada um dos estados. Não é uma simples recomendação, mas um verdadeiro direito cogente, que *deve ser* esgotado em sua plenitude.

Acima de tudo, os esforços estão focados na paz e na solução dos conflitos, sem que se chegue às vias de conflito armado. A justificativa para esta preocupação está no preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, [...]”. Fica nítido o olhar sobre a dor e o sofrimento – a memória – deixados principalmente pelos dois conflitos mundiais.

É por isto que os direitos humanos – como a expressão histórica dos direitos naturais – representam um espaço constantemente aberto à discussão e implementação de um conjunto de condições humanamente necessárias ao pleno desenvolvimento pacífico de homens e mulheres. No seio da Carta das Nações Unidas, especificamente em seu artigo 55, são estabelecidas as diretrizes gerais para a elaboração de uma declaração universal, preocupada em possibilitar condições de estabilidade e bem-estar, “baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos”, ou seja, “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Este conteúdo da Carta das Nações Unidas está lastreado na memória das atrocidades e maldades cometidas pelos humanos contra os humanos. Auschwitz parece ser um

exemplo para a consolidação do conjunto de fatos históricos que estão subjacentes à criação das Nações Unidas e, posteriormente, para a construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Reyes Mate refere algumas particularidades de Auschwitz, destacando que as investidas realizadas neste espaço estavam preocupadas em apagar a própria memória, pois ali “não foi apenas uma gigantesca fábrica de morte, mas também um projeto de esquecimento. Tudo já estava pensado para que não ficasse nenhuma pista; por isso, todos tinham que morrer e os cadáveres deveriam ser queimados, os ossos moídos e logo aventados” (Mate, 2005, p. 7). Apesar desta tentativa, a memória não se apagou por completo e continua viva, mesmo que tenha sido jogada ao vento, como se não fosse capaz de produzir ecos permanentes nas pessoas e gerações que se seguiram.

Dentro deste arcabouço e com o intuito de que tais violências não se repitam, em 10 de dezembro de 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova o documento da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desde então, o documento tem gerado polêmica, pois muitas vezes *recomenda* a observância de um conteúdo preocupado com o atendimento qualificado de condições humanamente necessárias. Assim, mesmo que seja uma recomendação, ela deverá ser tomada como se fosse aos humanos para que haja um respeito mútuo.

O gênero humano deve observar os parâmetros da Declaração como verdadeiro imperativo (na linguagem kantiana), preocupado em legitimar e validar as decisões que venham a ser tomadas. Tal situação foi percebida por Adorno quando apresenta a necessidade de um novo imperativo categórico a partir de Auschwitz: “Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico para seu atual estado de escravidão: o de orientar seu pensamento e sua ação de modo que Auschwitz não se repita, que não volte a ocorrer nada semelhante” (Adorno, 1998, p. 358). Adorno pretendeu, com a incorporação própria do imperativo de Kant, criar uma espécie de barreira para que a situação de atrocidade não se repetisse, protegendo os humanos de suas próprias investidas anti-humanas. Este o papel da Declaração de 1948.

Por isto, “reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” (Comparato, 2007, p. 226-7). Este é o modo mais razoável de compreensão da matéria e reflete a essência jusnaturalista, que comungando da mesma estrutura, não necessita de nenhuma norma objetiva para ser respeitada.

A Declaração de 1948 é uma síntese da universalidade dos direitos humanos, onde semelhanças e diferenças se associam em nome do gênero humano, carregando toda a tradição da história oriunda desde a experiência romana. Além disto, ela abriu o caminho para o desenvolvimento de outros documentos, voltados ao aprofundamento do seu propósito: “a este fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas, como a pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais” (Trindade, 2002, p. 637-8). A partir do documento de 1948, a matéria relativa aos direitos humanos provocou mudanças na atitude dos particulares, assim como nos representantes dos poderes públicos e dos estados, que abriram espaço para a incorporação desse conteúdo.

A Declaração de 1948 também começou a fazer parte do modo de produção do direito, especialmente a partir de uma construção hermenêutica preocupada em resolver razoavelmente os conflitos que envolvem humanos e assuntos correlatos. Ela passou a ser buscada como condição de validade de decisões judiciais não apenas no plano externo, mas também pelos tribunais dos estados. O tema dos direitos humanos tem provocado uma verdadeira simbiose entre o direito internacional e o direito interno, onde o primado de um sobre o outro é colocado de lado, dando preferência pela norma que melhor protege os direitos humanos, “da norma mais favorável às supostas vítimas” (Trindade, 2002, p. 642).

A concepção sobre os direitos humanos, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 33-6),⁸ é tão antiga quanto a própria história das civilizações: a origem jusnaturalista dos direitos humanos. Tomando-se os pressupostos históricos examinados, é possível constatar a existência de direitos anteriores e independentes da estrutura do Estado. A caracterização da universalidade é fruto dessa origem jusnaturalista, surgindo com força especial na Declaração de 1948 e nos dois pactos de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Políticos. Ela também foi uma das marcas fundamentais das duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993).

O conteúdo do citado artigo 55 da Carta das Nações Unidas retrata a universalidade dos direitos humanos. No entanto, além disso, abre caminho para outra caracterização, hoje correlata: a da chamada multiculturalidade. Não há direitos humanos na unidade. Pelo contrário, é a diversidade o verdadeiro espaço para o seu desenvolvimento. Tal preocupação

⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, vol. I, pp. 33-6.

está na essência dos diversos documentos relativos aos direitos humanos que surgiram especialmente a partir de 1948.

É por tudo isto que se fala atualmente, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, num “Direito Comum da Humanidade”, pois “é possível que estejamos testemunhando hoje, mais do que uma época de transformação, uma verdadeira transformação de época, com os avanços tecnológicos e nas comunicações” (2002, p. 1086). Este direito, a fim de dar conta dos desafios deste novo século, além de recomendar, deverá irradiar as seguintes características: “trata-se de um Direito, mais do que voluntário, necessário. É da consciência jurídica universal que germinou o *jus cogens*, que, por sua vez, veio dar um conteúdo ético ao Direito Internacional contemporâneo” (Trindade, 2002, p. 1088). Esta é a expressão atual dos direitos humanos que vinculam as nações e os seus nacionais, e obrigam à adoção de compromissos para a sua efetivação de modo *erga omnes* para que o ser humano seja respeitado e protegido acima de qualquer outra preocupação, inclusive no caso de conflito armado. Este é o viés axiológico que o direito positivo como um todo precisa absorver e praticar.

É aí que reside o paradoxo dos Direitos Humanos, pois eles são ao mesmo tempo uma espécie de super-direito, pois vincula todos os humanos na face da Terra, mas por outro lado é a própria expressão da sua fragilidade, pois ainda está em construção como um referencial ético, trazendo certa dose de utopia. A vinculação dos direitos humanos e os direitos naturais dentro de uma linha utópica é descrita por Costas Douzinas a partir de Ernst Bloch:

[...] os direitos humanos descendem desta tradição, eles constituem o elemento utópico por trás dos direitos legais. [...] Os direitos humanos representam a necessária e impossível reivindicação da lei à justiça. Eles extraem sua força do sofrimento do passado e das injustiças do presente e atuam como parasitas no corpo dos direitos, ao consumir o hospedeiro e projetar um futuro a partir de uma história jurídica um tanto insípida (Douzinas, 2009, p. 383).

Esta passagem mostra o enlaçamento dos diversos compassos do tempo, onde se projeta a utopia dos direitos humanos. No entanto, apesar deste delineamento, a busca por sua efetivação deverá persistir no incessante consumo do hospedeiro do corpo jurídico, onde a cada início de nova geração humana – que não precisa esperar pelo encerramento da anterior – se ilumina a busca pelo respeito da pessoa e seus valores fundamentais. Isto ocorre, na atualidade, cada vez com mais vigor, à medida que cada nação insere este conteúdo em sua Constituição, norma jurídica do mais alto escalão que ilumina a construção do restante edifício jurídico. É no encontro dos movimentos – onde se vislumbra a simbiose entre o direito internacional e o direito interno, o exterior a inspirar o interior e vice-versa – que se propaga a consolidação de forças para a valorização do único “bem” para o qual todas as lutas

devem olhar: a pessoa, independente de suas características pessoais, culturais, econômicas e regionais. Aí reside a busca axiológica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos desencadeou em 1948.

5. CONCLUSÃO

Um olhar sobre a história da humanidade permite verificar que os avanços, na maioria das vezes, são possíveis a partir do sofrimento das pessoas e grupos envolvidos naquela circunstância. O rastro deixado pelos direitos humanos não é diferente. Para se chegar ao estágio temporal atual, acerca da proteção da humanidade dos humanos, muitas lutas, guerras, dor e sofrimento foram impostos às pessoas e nações. Portanto, esta caminhada, onde se busca gradativamente a consolidação de direitos naturais-humanos, como um espaço aberto e flexível para a convergência de preocupações com o florescimento humano pleno, exige a consideração da aprendizagem legada pelo tempo.

Na atualidade, mais do que em qualquer outro contexto temporal, este espaço deverá olhar com muita atenção ao resgate axiológico do direito, como um retorno à valorização do conteúdo (humano) em detrimento da forma.

Um sinal visível desta preocupação é a celebração de diversas convenções focadas neste aspecto. Ao lado da sua consagração formal, o atual desafio é a sua conversão em prática e efetividade. Sem esquecer a fundamentação consolidada ao longo das gerações. Nesta caminhada, não se poderá descuidar do seguinte: “o fim dos direitos humanos, assim como o fim do Direito Natural, é a promessa do ‘ainda não’, da indeterminação da autocriação existencial diante do medo da incerteza e das certezas inautênticas do presente”. Portanto, é preciso valorizar este alerta: “quando os apologistas do pragmatismo proclamam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim nos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico” (Douzinas, 2009, p. 384).

Mais do que resposta correta, os direitos humanos exigem respostas razoáveis e aproximadas, sempre preocupadas com o caso concreto: onde a humanidade do humano, a paz e a justiça deverão prevalecer. Nesta construção, que nunca se esgota mas exige uma renovação a cada novo desafio criado pelas características de mulheres e homens, os Direitos Humanos

precisam ser reinventados e remodelados. Aí o seu caráter utópico. Eles sempre representam um ponto a ser atingido.

No entanto, quando se imagina que se chegou lá, é uma mera ilusão, pois ainda existe muito a ser efetivado. Assim como o mito de Sísifo, toda vez que a pedra chega ao alto da montanha, rola novamente à sua base, exigindo um novo recomeço. Este o verdadeiro desafio utópico dos direitos humanos: dada a finitude das pessoas, suas necessidades nunca se petrificam, mas se mostram sempre inéditas a cada novo compasso do tempo. Desta forma, para que a humanidade efetivamente possa viver num espaço global onde os direitos naturais-humanos sejam preservados e efetivados deverá conviver com a eterna utopia da concretização da sua realização plena. Quando isto for compreendido em sua plenitude, os direitos dos humanos estarão salvaguardados.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W., Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit, in: *Gesammelte Schriften*, Frankfurt am Main: Druck Beck'sche Buchdruckerei, 1998, Band 6.
- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*. 5. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro, Forense, 1983, vol. I.
- BARRETTO, Vicente de Paulo, "Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos", in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, pp. 411-30, 2006.
- BLANC, Mafalda Faria. *O Fundamento em Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- *Thomas Hobbes*, tradução de Carlos Nélon Coutinho, 4. ed. Rio de Janeiro, Campus, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. bras., 2. ed. port, São Paulo, RT; Portugal, Coimbra Editora, 2008.
- CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporâneo*, tradução de Atilio Pentimalli e Blanca Ribera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1993.

- CASTANHEIRA NEVES, A., *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra, João Abrantes, 1971-72.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5. ed., rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CULLETON, Alfredo, Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos, in: *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 57-9, jul./dez. 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003.
- DOUZINAS, Costas, *The 'end' of human rights: critical legal thought at the turn of the century*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- *O 'fim' dos direitos humanos*, Tradução de Luzia Araújo, São Leopoldo, UNISINOS, 2009.
- ENGELMANN, Wilson, *Direito Natural, etica e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- “A origem jusnaturalista dos direitos humanos, o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”, in: *XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, CONPEDI, 2009, Maringá (Paraná), Brasil (inédito).
- *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- FINNIS, John Mitchell, “Lei natural: Por que chamar de ‘lei’? Por que dizê-la ‘natural’?” tradução de Magda Lopes, in: CANTO-SPERBER, Monique (org.), *Dicionário de etica e filosofia moral*. São Leopoldo, Unisinos, 2003, vol. 2.
- *Lei natural e direitos naturais*, tradução de Leila Mendes, São Leopoldo, Unisinos, 2007.
- FLORES, Joaquín Herrera, “Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência”, tradução de Carol Proner, in: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, tradução de Flávio Paulo Meurer, 4. ed., Petrópolis, Vozes, 2002.
- *Verdade e método II*, tradução de Enio Paulo Giachini, Petrópolis, Vozes, 2002a.
- “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, in: FRUCHON, Pierre (org.). *O problema da consciência histórica*, tradução de Paulo César Duque Estrada, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998.

WILSON ENGELMANN

A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural...

- GUERRERO, Pedro Francisco Gago, “Presupuestos para una posible puesta en práctica universal de los derechos humanos”, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 111, pp. 65-99, jan./mar. 2001.
- HEIDEGGER, Martin, *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Frankfurt an Main, Vittorio Klostermann, 1975, Band 24.
- *Ser e tempo*, tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 12. ed., Petrópolis, Vozes, 2002. Parte I.
- *Ser e tempo*, tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 10. ed. Petrópolis, Vozes, 2002a. Parte II.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Nova Cultural, 1999.
- *De Cive; Elementos filosóficos a respeito do cidadão*, Tradução de Ingeborg Soler, Petrópolis, Vozes, 1993.
- HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, tradução de Rafael Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000.
- KAUFMANN, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, tradução do alemão de Alejandra Guardia Clausi, in, Renato Rabbi-Baldi CAVANILLAS (coord.), *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- MACÍNTYRE, Alasdair, *Justiça de quem? Qual racionalidade*, Tradução de Marcelo Pimenta Marques, 2. ed., São Paulo, Loyola, 2001.
- MATE, Reyes, *Memórias de Auschwitz: atualidade e política*, tradução de Antônio Sidekum. São Leopoldo, Nova Harmonia, 2005.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque e Ricardo Lobo TORRES, (dir.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, vol. 5.
- MIRANDA, Jorge, “A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa, um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 1-20, jan. mar. 1995.
- OST, François, *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa, Instituto Piaget, 1999.
- PALMER, Richard E., *Hermenêutica*, tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira, Lisboa, Edições 70, 1996.

- PIOVESAN, Flávia. “Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, A Convenção Americana de direitos Humanos”, in Luiz Flávio GOMEZ e Flávia PIOVESAN (coord.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.s
- ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1995.
- SCHELER, Max, “Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético”, tradução de Hilário Rodríguez Sanz, Buenos Aires, *Revista de Occidente Argentino*, 1948.
- STEIN, Ernildo, *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*, Ijuí: Unijuí, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, vol. I.
- VIGO, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho: (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*

*Francisco Fernández Segado***

RESUMEN. Partiendo de la afirmación de que “la República Federal Alemana no solo es una democracia estable, sino que ha llegado a ser también un Estado de derecho capaz de defenderse”, el autor analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en lo que refiere al control de las omisiones legislativas. Recorriendo los primeros pasos del Tribunal, con una posición contraria a la fiscalización de las omisiones, analiza su evolución desde los primeros instrumentos procesales y llega a la sentencia de 19 de diciembre de 1951. Se detiene en un trascendente aporte en la materia: la exclusión arbitraria de un beneficio y los distintos tipos de sentencia, incluso las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad y su interpretación conforme a la Constitución.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional. Legislación. Alemania. Inconstitucionalidad.

ABSTRACT. The author is based on the assumption that “The Federal Republic of Germany is not only a stable democracy, but it has achieved the status of Rule of Law and can defend itself”, and then analyzes legislative omissions in the case law of the Federal Constitutional Court of Germany. Starting from the early times of the Court, when its position was against supervising omissions, this paper analyzes their evolution from the first procedural instruments to the sentence of December 19, 1951 and pauses at a transcendent contribution: the arbitrary exclusion of a benefit and the different types

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

of sentences, even declarations of unconstitutionality without a ruling of nullity and their interpretation according to the Constitution.

KEY WORDS. Constitutional Law. Legislation. Germany. Unconstitutionality.

SUMARIO. **1.** El *Verfassungsbeschwerde* como instrumento procesal frente a las omisiones. **2.** El incumplimiento del deber de legislar por el legislador: la omisión legislativa. La *exclusión arbitraria de beneficio*. **3.** La pluralidad de técnicas decisorias del BVerfG. 3.1. Las decisiones de apelación al legislador (*Appellentscheidung*). 3.2. Las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*). 3.3. Las decisiones interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*).

“Die Bundesrepublik Deutschland ist [...] nicht nur eine stabile Demokratie, sondern auch ein stabiler, wehrhafter Rechtsstaat geworden” (‘La República Federal Alemana no solo es una democracia estable, sino que ha llegado a ser también un Estado de derecho capaz de defenderse’). Es esta una de las conclusiones con las que Scholz finaliza un trabajo realizado con ocasión del cincuentenario del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), en el que trata de dar respuesta al sugestivo interrogante de si el Tribunal es un guardián de la Constitución (*Hüter der Verfassung*) o un legislador sustituto (*Ersatzgesetzgeber*).¹ Tal reflexión nos parece muy pertinente para empezar el estudio del control llevado a cabo en Alemania, en sede constitucional, de las omisiones legislativas, por cuanto la evolución seguida al efecto por la jurisprudencia del BVerfG creemos que es un excelente ejemplo de la búsqueda de fórmulas con las que dar una respuesta jurídica, demandada por el Estado de derecho, a través de las cuales hacer frente a un problema de más que notable trascendencia constitucional como es el de las lesiones de derechos fundamentales resultantes de las omisiones del legislador.

El Tribunal partió de una posición contraria a la fiscalización de las omisiones legislativas, careciendo además de un instrumental adecuado con el que hacerles frente, no obstante lo cual, progresivamente, fue modulando su posición, primero admitiendo el recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) como vía procesal adecuada para hacer frente a las omisiones del legislador vulneradoras de derechos fundamentales del recurrente, recurso que más tarde admitió frente a sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores

¹ Rupert SCHOLZ, “Das Bundesverfassungsgericht, Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, n.º 16/1999, pp. 3 ss.; en concreto, p. 8.

lesivas de derechos, de resultas, básicamente, de la inexistencia de normas legislativas que diesen plena eficacia a determinadas disposiciones constitucionales. Finalmente, no obstante la específica previsión del artículo 100.1 de la Grundgesetz (GG),² el BVerfG ha reconocido la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador. Es por todo ello que se ha podido afirmar, con evidente razón, que el caso alemán es un buen ejemplo de cómo superar objeciones de tipo procesal para proporcionar a los ciudadanos protección jurisdiccional en supuestos de omisión inconstitucional.³

El análisis del control de las omisiones del poder legislativo por el Bundesverfassungsgericht exige atender a dos cuestiones diferenciadas: la primera de ellas es la del instrumento procesal utilizado para hacerles frente jurídicamente; la segunda, la de las técnicas decisorias a las que el BVerfG ha recurrido para el control de las omisiones del legislador.

EL VERFASSUNGSBESCHWERDE COMO INSTRUMENTO PROCESAL FRENTE A LAS OMISIONES

1. El artículo 92 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* [BverfGG]),⁴ al contemplar la fundamentación de la queja (“der Begründung der Beschwerde”), esto es, del recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), exige que se especifique el derecho presuntamente vulnerado y

² El artículo 100.1 GG contempla un instituto procesal análogo al de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la Constitución española, refiriéndose específicamente a que el tribunal debe considerar inconstitucional “una ley” (“Hält ein Gericht ‘ein Gesetz’...”) de cuya validez ha de depender la decisión (“auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt”). Obviamente, ello presupone que el planteamiento de la cuestión venga referido a una ley vigente, no a una omisión legislativa.

³ Jorge PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 190.

⁴ Como es bien sabido, la BVerfGG es del 12 de marzo de 1951. Nosotros manejamos el texto de la Bundesverfassungsgerichtsgesetz en la versión promulgada el 11 de agosto de 1993. Puede verse en la obra *Grundgesetz, Menschenrechtskonvention, Europäischer Gerichtshof, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz, Untersuchungsausschussgesetz*, 41.^a ed., Múnich, Deutscher Taschenbuch, 2007, pp. 145 ss.

la acción u omisión de los órganos o autoridad (“die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde”) por la que se sienta lesionado el recurrente. Quiere ello decir que, a diferencia de lo que se prevé respecto del control normativo abstracto y concreto o incidental, en el recurso de queja se alude de modo específico a la posible lesión de derechos derivada de una omisión. Más aún, el artículo 95.1 BVerfGG determina que si se estimara el recurso de queja constitucional, se hará constar en la resolución (“in der Entscheidung”) qué prescripción de la Ley Fundamental (“welche Vorschrift der Grundgesetzes”) y a través de qué acción u omisión (“und durch welche Handlung oder Unterlassung”) han sido violados. Tal norma no hace sino corroborar lo dicho: también por intermedio de una omisión puede conculcarse la GG, particularmente en lo que a los derechos fundamentales atañe.

La doctrina, ya a los pocos años de vida del Tribunal, se ocupaba con cierto detalle de la cuestión de la admisibilidad de los recursos de queja frente a lesiones de derechos fundamentales por omisiones del legislador,⁵ y suscitaba, como tema bien conexo con el precedente, el de la posibilidad de configurar un derecho público subjetivo a un comportamiento activo del legislador, derecho por lo general siempre rechazado. Kalkbrenner se planteó asimismo la cuestión de las omisiones del poder reglamentario (“Unterlassen des Verordnungsgebers”)⁶ o, lo que es igual, si cabía una coercibilidad para dictar este tipo de normas reglamentarias (“der Erzwingbarkeit der Erlassen einer solchen Verordnung”) en aquellos casos en que hubiera una violación (por omisión) de derechos fundamentales. A su juicio, era opinión reconocida que el individuo, a través del *Verfassungsbeschwerde*, podía buscar una actuación del poder reglamentario (“ein Handeln des Verordnungsgebers”).

También en los años sesenta, Denninger, aun admitiendo el cauce del recurso de queja constitucional para combatir las omisiones del legislador vulneradoras de un derecho fundamental, se inclinaba a favor de ciertas cautelas para que el BVerfG pudiera constatar de modo efectivo la existencia de una violación constitucional. La comprobación de una lesión constitucional a través de la omisión (“Bei der Feststellung einer Verfassungsverletzung durch Unterlassen”) —razonaba Denninger—⁷ se ha de tomar en consideración de forma seria en razón de la libertad dispositiva de los legisladores (“der gesetzgeberischen

⁵ Talesel caso, porejemplo, de SEIWERTH, *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*, Berlín, 1962. Asimismo, Helmut KALKBRENNER, “Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 16, vol. 2, enero de 1963, pp. 41 ss.

⁶ Helmut KALKBRENNER, “Verfassungsauftrag und Verpflichtung...”, o. cit., pp. 50-51.

⁷ Erhard DENNINGER, “Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt”, en *Juristenzeitung (JZ)*, n.º 23-24, 9 de diciembre de 1966, pp. 767 ss.; en concreto, p. 772.

Dispositionsfreiheit”), del carácter político de la formación de la voluntad (“den politischen Charakter der Willensbildung”) y, en muchos casos, también de resultados del carácter programático de los mandatos constitucionales (“der Plancharakter der Verfassungsauftrages”). Incluso un autor como Friesenhahn, que en el bien conocido e importante Coloquio Internacional de Heidelberg sobre la justicia constitucional celebrado en 1961, se mostraba, por principio, contrario a que un recurso de queja constitucional contra una omisión del legislador pudiera ser tomado en consideración,⁸ de inmediato matizaba su opinión al razonar que, a la vista de que la Grundgesetz da al legislador el encargo de dictar determinadas leyes, conectadas con el principio del Estado social (*Sozialstaatsprinzipes*), como, por ejemplo, el artículo 33.5, que encomienda al legislador la regulación del régimen jurídico de la función pública (“das Recht des öffentlichen Dienstes”) con respeto a los principios tradicionales de la profesión funcionarial (“der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums”), una omisión del legislador que violara el principio de igualdad o los derechos tradicionales del empleo público podía ser hecha valer a través del *Verfassungsbeschwerde*.⁹ Friesenhahn admitía finalmente que el BVerfG había compendiado su opinión (“seine Auffassung”) al respecto en el siguiente axioma (*Leitsatz*):

Si el legislador realiza tan solo parcialmente la tarea de promulgar unas determinadas leyes, a consecuencia de una interpretación inexacta de la Ley Fundamental [“unrichtiger Auslegung des Grundgesetzes”], y viola, a través de la no consideración de todas las circunstancias [“durch die Nichtberücksichtigung”] los derechos fundamentales del artículo 3.º GG de determinados sectores de la población [“eines bestimmten Bevölkerungskreises Grundrechte aus Art. 3 GG”], puede ser interpuesto contra su omisión un recurso de queja constitucional.¹⁰

En definitiva, Friesenhahn —que, recordémoslo, fue juez del Tribunal Constitucional Federal— compendiaba el criterio al respecto del propio Tribunal en la posición proclive de este a conocer, a través de un recurso de queja constitucional, de las que casi un decenio antes otro juez constitucional, Wessel, había tildado de *relatives Unterlassen*, contraponiéndolas, a las *absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*.¹¹ No era una posición la suya especialmente novedosa.

⁸ “Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers kommt grundsätzlich nicht in Betracht”. Ernst FRIESENHAHN, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Hermann MOSLER (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Länderberichte und Rechtsvergleichung)*, Colonia y Berlín, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht y Carl Heymanns Verlag, 1962, pp. 89 ss.; en concreto, p. 149.

⁹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁰ *Ibidem*, p. 150.

¹¹ WESSEL, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, año 67, n.º 6, 15 de marzo de 1952, pp. 161 ss.; en particular, p.164.

Al analizar los diversos aspectos del recurso de queja constitucional frente a las omisiones del legislador, la doctrina no ha albergado la más mínima duda acerca de la obligatoriedad que para el poder legislativo tiene el cumplimiento de una sentencia constitucional de inconstitucionalidad omisiva. Una sentencia dictada en el marco de un recurso de queja constitucional —escribe Schenke en su amplio estudio sobre las garantías jurídicas frente a las omisiones de normas jurídicas¹²— obliga al legislador a través de la realización de la ley (“durch Vornahme des Gesetzes”) a eliminar las omisiones inconstitucionales.

En fin, por aludir a algún otro problema que se ha suscitado en torno al tema que nos ocupa, la doctrina se ha planteado la cuestión de la vigencia del principio de la subsidiariedad del recurso de queja en los supuestos omisivos de normas. Como es bien sabido, y constituye jurisprudencia constante, el recurso de queja no es un recurso adicional, esto es, un instrumento procesal adicional a los existentes ante los jueces y tribunales ordinarios con vistas a recabar la tutela de un derecho supuestamente transgredido; por el contrario, se trata de un recurso extraordinario para la tutela de los *Grundrechte*, de los derechos fundamentales (al margen ya de algunos otros a los que alude de modo específico el artículo 93.4.a de la Ley Fundamental, tras la reforma introducida en ella por la ley de 29 de enero de 1969), frente a transgresiones de esos derechos llevadas a cabo por los poderes públicos. Es por ello que Weber pudo afirmar¹³ que el *Verfassungsbeschwerde* no es un recurso en sentido procesal, sino un remedio jurídico autónomo, y así, para el recurso de queja constitucional es característica la función subsidiaria respecto a los recursos ordinarios. Pues bien, Detterbeck se iba a plantear la cuestión de si ese principio procesal de subsidiariedad podía predicarse asimismo de las omisiones normativas.¹⁴ A su juicio,¹⁵ la presentación inmediata de los recursos de queja constitucionales por omisiones (“die Erhebung sofortiger Unterlassensbeschwerden”) formalizados de conformidad con el n.º 4.a del artículo 93.1 GG fracasa a causa de la necesidad de agotamiento de la vía judicial (“Rechtswegerschöpfung”) del inciso primero del artículo 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).¹⁶ En definitiva, como el

¹² Wolf-Rüdiger SCHENKE, “Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen”, en *Verwaltungs-Archiv (VerwArch)*, vol. 82, n.º 3, 1 de julio de 1991, pp. 307 ss.; en concreto, p. 327.

¹³ Albrecht WEBER, “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, 2003, pp. 495 ss.; en concreto, p. 514. En su versión original, cf. Albrecht WEBER, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian STARCK und Albrecht WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2.ª ed., t. I (“Berichte”), Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 37 ss. “Die Verfassungsbeschwerde —escribe Weber (p. 52)— ist daher nicht ein Rechtsmittel im Sinne der Prozessordnung, sondern ein eigenständiger Rechtsbehelf”.

¹⁴ Steffen DETTERBECK, “Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG auch bei normativem Unterlassen?”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, n.º 20, octubre de 1990, pp. 858 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 864.

¹⁶ A tenor del inciso primero del artículo 90.2 BVerfGG, “Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden” (Si contra la infracción —se refiere a

mismo autor escribe poco más adelante,¹⁷ la inmediatez del recurso fracasa de resultados del principio general de subsidiariedad por el que se rige el recurso de queja constitucional (“der allgemeinen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde”).

2. El Tribunal Constitucional Federal bien pronto iba a tener que enfrentarse con el problema de las omisiones inconstitucionales del legislador. Ello iba a acontecer en la sentencia de 19 de diciembre de 1951, en la que el BVerfG se pronuncia acerca de un recurso de queja constitucional. Un ciudadano inutilizado para trabajar y privado de otros medios de subsistencia, salvo una mínima pensión mensual para mantener a sus tres hijos menores de edad, recurría ante el BVerfG reclamando del juez constitucional que se pronunciara en el sentido de que el legislador, al no asegurar una más adecuada y decorosa subsistencia, había violado diferentes derechos fundamentales proclamados en la Ley Fundamental, y en particular, los garantizados por el artículo 1.º (“die Würde des Menschen”, la dignidad de los hombres), 2.º (“Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit”, el derecho al libre desarrollo de su personalidad) y 3.º (“Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich”, igualdad de todos los hombres ante la ley). El recurrente en queja demandaba además al BVerfG que determinase la obligación del Gobierno federal de presentar un proyecto de ley para la modificación de la hasta ese momento vigente legislación.

El BVerfG reconoció en la mencionada sentencia que de la sujeción a la Constitución, y muy particularmente a los Grundrechte, podían surgir para los órganos judiciales y administrativos concretas obligaciones de actuar, cuya inobservancia podía conducir a una auténtica omisión inconstitucional lesiva de derechos fundamentales. Sin embargo, en la misma decisión, el Tribunal, en línea de principio, excluyó que una inacción del legislador pudiera dar lugar a una omisión inconstitucional.¹⁸ No obstante ese fallo, Lechner, al margen ya de alguna otra consideración,¹⁹ ponía de relieve que el hecho de que el Tribunal no reconociera

toda lesión de derechos fundamentales causada por un poder público [“durch die öffentliche Gewalt”— fuese admisible la vía judicial, solo podrá formularse el recurso de queja constitucional después de agotada la vía judicial).

¹⁷ Steffen DETTERBECK, “Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde...”, o. cit., p. 864.

¹⁸ Nicolò TROCKER, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. CLXXVIII, fascículos 1-2, enero-abril de 1970, pp. 88 ss.; en concreto, pp. 100-101.

¹⁹ Subraya Lechner que la sentencia de 19 de diciembre de 1951 deja claro que la inadmisibilidad de los recursos de queja constitucional frente a omisiones del legislador, absolutas y relativas (“Die Unzulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen —absolute und relative— Unterlassungen des Gesetzgebers”), no podría, por ejemplo, derivarse del artículo 95 BVerfGG. Dr. LECHNER, “Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 8, n.º 49, 9 de diciembre de 1955, pp. 1817 ss.; en concreto, p. 1819.

la posibilidad de una inconstitucionalidad por omisión del legislador, no entrañaba que el legislador no debiese extraer, en el ámbito de sus competencias y de sus facultades legislativas, las conclusiones necesarias de una sentencia como esta.^{20 21}

En último término, la sentencia a la que nos acabamos de referir lo que parecía estar vedando como objeto de fiscalización en sede constitucional era tan solo la omisión absoluta del legislador, cual era por cierto el caso, pero no la omisión relativa. Esa vendría a ser la interpretación asumida por algunos autores.²²

El primer litigio verdaderamente relevante en torno a la omisión legislativa iba a venir desencadenado por la cláusula del artículo 117.1 GG, de conformidad con la cual, las disposiciones que se opusieran al artículo 3.º.2 de la propia Grundgesetz (principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres: “Männer und Frauen sind gleichberechtigt”) podían permanecer en vigor hasta la adaptación a dicho precepto de la Grundgesetz, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953. Se trataba, pues, de dar un margen de tiempo al legislador para que acomodase la legislación en vigor a ese principio de igualdad de género. Ante la omisión del legislador, transcurrido el plazo constitucionalmente preestablecido, el BVerfG iba a declarar la plena eficacia de la cláusula de igualdad del artículo 3.º.2, con la subsiguiente derogación de toda norma que la conculcase. Con ello, como dijera Picardi,²³ la jurisprudencia asumía la función de rellenar las lagunas (nosotros más bien hablaríamos de suplir las omisiones) y de convertir en plenamente operativa desde el punto de vista jurídico una norma que, hasta ese momento, se entendía que requería para su plena eficacia la *interpositio legislatoris*.

Fue en los años 1957 y 1958 cuando el BVerfG, en sus decisiones de 20 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, dictadas ambas en sendos recursos de queja constitucional, abandonando sus primeras tomas de posición (particularmente, la que parecía frontal oposición de la sentencia de diciembre de 1951, si bien, como ya se ha expuesto, esa oposición se dirigía hacia la omisión absoluta del legislador), admitía de modo inequívoco que la inconstitucionalidad podía provenir no solo por vía de acción, sino también por vía de la omisión legislativa.

²⁰ *Ibidem*, p. 1819.

²¹ De la importancia de esta sentencia se hacía eco Mauro CAPPELLETTI en su clásica obra *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1955, p. 82.

²² Entre ellos, Wessel, en su ya clásico artículo, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, o. cit., p. 164, y aún más claramente Cappelletti, quien escribe al respecto, “quanto invece alle omissioni del legislatore, la giurisprudenza del Tribunale federale costituzionale —ricordo soprattutto un’importante pronuncia del 19 dicembre 1951— è finora nel senso che esse possano essere oggetto di ricorso solo nel caso che si tratti di ‘omissioni relative’...”. CAPPELLETTI, o. cit., p. 82.

²³ Nicola PICARDI, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 4, pp. 597 ss.; en concreto, p. 616.

El Tribunal Constitucional Federal admitía la posibilidad de tal quiebra constitucional por inacción en los supuestos de omisión parcial del legislador en los que este, al contemplar en el texto legal tan solo a un grupo o fragmento de población, podía quebrar el principio de igualdad. Se daban así los primeros pasos para el reconocimiento dogmático de la llamada *exclusión arbitraria de beneficio* inconstitucional (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), por vulneración del principio de igualdad, en cuanto, en último término, entrañaba una discriminación en el goce de uno o más derechos de un grupo respecto de otro.

En la segunda de sus sentencias, la de 11 de junio de 1958, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre un recurso de queja planteado frente a una ley federal que establecía la remuneración de los funcionarios públicos. El Tribunal se manifestó en el sentido de que aunque no estuviese legitimado para fijar los sueldos de los funcionarios, disponía de elementos suficientes como para apreciar que, en virtud de la alteración del coste de la vida, los valores establecidos por tal ley no se correspondían a los parámetros mínimos a que se refiere el artículo 33.5 de la Grundgesetz, al que ya hemos aludido en un momento anterior. El BVerfG no declaró la nulidad de la norma, porque de ello no se hubiera derivado sino un agravamiento del estado de inconstitucionalidad, limitándose por tanto a constatar la violación constitucional. Con esta doctrina, el BVerfG identificó muy tempranamente que omisión inconstitucional era no solo el incumplimiento absoluto de la obligación de legislar, sino también la ejecución defectuosa o incompleta de ese mismo deber (omisión relativa, aunque también omisión parcial o *Teilunterlassung*).²⁴

Estas tomas de posición jurisprudencial marcaban una pauta diferencial más que notable respecto de años anteriores. Kalkbrenner así lo destacaba al constatar en 1963²⁵ que al problema de las omisiones del legislador se estaba prestando creciente atención en los últimos años tanto por parte de la jurisprudencia (*Rechtsprechung*) como de los escritos o literatura jurídica (*Schrifttum*), lo que no había acontecido en la época de la República de Weimar (“die Zeit der Weimarer Republik”), en la que prevaleció la opinión de la “soberanía y el autoritarismo del legislador” (“Souveränität und Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers”). Recordemos el mayoritario rechazo de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales durante la época de Weimar. En esta etapa, para el legislador los derechos tan solo valían como líneas orientativas, tanto por su indeterminación material, como por la idea de la soberanía del legislador estatal recibida del positivismo jurídico-público.²⁶

²⁴ Cf. al efecto, Gilmar FERREIRA MENDES, “O controle da omissão inconstitucional”, en Jairo SCHÄFER (org.), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Florianópolis, Conceito, 2007, pp. 137 ss.; en concreto, p. 142.

²⁵ KALKBRENNER, o. cit., p. 41.

²⁶ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 97.

Particularísima trascendencia iba a tener la sentencia de 29 de enero de 1969. Recordaremos ahora que al estimar el recurso de queja constitucional interpuesto frente a la decisión del Tribunal regional de Kiel, de priorizar la aplicación de varias disposiciones preconstitucionales del Código Civil, aun cuando ello se tradujera en una violación del principio de igualdad de los hijos habidos fuera del matrimonio (“den unehelichen Kindern”) respecto de los hijos matrimoniales (“den ehelichen Kindern”), sobre las propias cláusulas constitucionales, y en particular sobre el artículo 6.º.5 GG, que aún no había sido objeto del correspondiente desarrollo constitucional, el Tribunal Constitucional Federal, a la vista de la demora del legislador en el supuesto concreto, entendió que no era exagerado suponer que se había llegado a la fecha del plazo adecuado o razonable si el legislador, veinte años después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, todavía no se había pronunciado sobre las normas de una parte fundamental de la vida como son las que contempla el artículo 6.º.5 GG, pese a haber aprobado en el mismo período de tiempo numerosas leyes que, desde el punto de vista constitucional, eran mucho menos significativas y urgentes. Pero al margen de ello, el BVerfG iba a entender que una vez transcurrido el “plazo razonable” asegurado al Parlamento para el cumplimiento del deber constitucional de legislar, al tratarse de una norma constitucional bastante precisa, los jueces y tribunales ordinarios podían (más bien habría que decir debían) aplicar la norma constitucional directamente. Con tal doctrina, en último término, el BVerfG estaba reiterando la jurisprudencia que ya había establecido respecto al principio de igualdad de hombres y mujeres (artículo 3.º.2 GG en su conexión con el artículo 117.1 también de la Ley Fundamental).

Con la reiteración de esta doctrina, iba a quedar nítidamente clara la obligación del legislador de actuar, aunque, según Trocker,²⁷ subsistía la cuestión de cómo forzar al legislador a hacerlo. En 1970, el mismo autor aventuraba una solución alternativa con apoyo en el artículo 35 BVerfG, de acuerdo con el cual:

El Tribunal Constitucional Federal puede decidir en su resolución [“Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen”], quién habrá de ejecutarla [“wer sie vollstreckt”], y puede también en el caso concreto [“es kann auch im Einzelfall”] regular el modo y la manera (la forma) de la ejecución [“die Art und Weise der Vollstreckung regeln”].

A juicio del profesor del Instituto de derecho comparado de Firenze, la cláusula en cuestión autorizaba al Tribunal a adoptar de oficio todas las medidas necesarias para asegurar la eficacia de sus propios pronunciamientos.

²⁷ TROCKER, o. cit., p. 127.

Se ha especulado asimismo con la posibilidad de acudir a medidas provisionales, al amparo del artículo 32 BVerfGG, medidas que se adoptan a solicitud (*auf Antrag*) de parte. Erichsen ha estudiado detenidamente la cuestión.²⁸ A su juicio, el BVerfG puede regular en ciertos litigios una situación temporal a través de medidas provisionales (“einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln”). Puede tratarse de una situación jurídica o también de una situación de hecho (“einen tatsächlichen Zustand”) en la que no solo estén afectados los intereses del recurrente, sino en la que también intervengan otras personas. Recuerda Erichsen²⁹ que el Tribunal habla de “implicados o interesados en las circunstancias” (“Sachverhalts-Beteiligten”). Innecesario es decir que nos hallamos ante medidas cautelares con las que se trata de asegurar la efectividad de la decisión final.

Digamos ante todo que las medidas provisionales a que acabamos de aludir poco o nada tienen que ver con las previsiones del artículo 35 BVerfGG, pensadas para la ejecución de la decisión final dictada en sede constitucional. Por lo mismo, no vemos que el recurso a tales medidas tenga ninguna operatividad con vistas al problema precedentemente suscitado. Y más allá de las específicas indicaciones que el Tribunal pueda dirigir, en los casos y términos que más adelante veremos, a los órganos jurisdiccionales ordinarios, a fin de que lleven a cabo una intervención paliativa hasta tanto medie la intervención del legislador hasta entonces inactivo, que sí que podrían tener encaje en el artículo 35 BVerfGG, no vemos en absoluto que el Tribunal pueda *forzar*, por utilizar la expresión de Trocker (“come forzare il legislatore ad agire”), al legislador a actuar. A lo más que podrá llegar es a volver a declarar la inconstitucionalidad de la omisión si esta subsiste tras su primera decisión y, obviamente, si es instado para que se pronuncie al efecto, no de resultados de una pura actuación *de oficio*.

²⁸ Hans-Uwe ERICHSEN, “Die Einstweilige Anordnung”, en Christian STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, primer volumen (“Verfassungsgerichtsbarkeit”), Tübinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 170 ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 190.



EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEGISLAR POR EL LEGISLADOR: LA OMISIÓN LEGISLATIVA. LA EXCLUSIÓN ARBITRARIA DE BENEFICIO

1. El deber de legislar, como es evidente por lo demás, deriva en primer término de una expresa exigencia o mandato constitucional (*Verfassungsauftrag*), aunque tal deber puede extraerse asimismo de principios desarrollados a través de la interpretación constitucional. En sintonía con todo ello, estamos ante una omisión legislativa relevante, aun cuando ello no entrañe sin más que también sea inconstitucional, cuando ese deber de legislar es omiso.

En relación con los derechos fundamentales, ha tenido una notable relevancia, en lo que ahora interesa, la llamada *teoría de la sustancialidad* (*Wesentlichkeitstheorie*), en la que el Tribunal estableció que la protección de los derechos fundamentales era el mandato prioritario que recaía sobre el legislador. Ello, como escribe Scholz,³⁰ no solo era relevante en el plano de la delimitación atributiva entre el Legislativo y el Ejecutivo, sino que también lo era, y mucho, respecto a la cuestión que ahora nos ocupa, esto es, la asunción de un deber de legislar por el legislador.

El deber de protección del legislador (*Schutzpflicht*), obliga al Estado a actuar en defensa y protección de ciertos valores y derechos, como la vida, la integridad física, el honor..., de modo muy particular frente a las agresiones llevadas a cabo por terceros.³¹ En ocasiones, y en relación a estos deberes de protección que recaen sobre el poder legislativo, el Tribunal Constitucional Federal, tras reconocer en su decisión la constitucionalidad del texto legal, ha incluido en la parte dispositiva de la decisión una recomendación para que el legislador dicte una disposición supletoria o complementaria. Así, por poner un ejemplo, en una decisión dictada sobre el régimen de la pensión alimenticia debida por los cónyuges en caso de separación, el Tribunal declaró la constitucionalidad de diversos preceptos introducidos en el Código Civil por la ley de reforma del régimen jurídico del matrimonio. Sin embargo, en la parte dispositiva de la sentencia estableció que el legislador, de conformidad con los fundamentos de la propia decisión, debía promulgar las normas complementarias necesarias

³⁰ Rupert SCHOLZ, "Alemania, cincuenta años de la Corte Constitucional Federal", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 57 ss.; en concreto, p. 64.

³¹ Sobre el deber de protección jurídica de los derechos fundamentales y la "Drittwirkung der Grundrechte", cf. Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 42, n.º 27, 5 de julio de 1989, pp. 1633 ss.; en concreto, pp. 1639-1640.

para evitar un estado de flagrante injusticia (*ungerechtfertigte Härten*), fórmula que, como recuerda Ferreira Mendes,³² fue utilizada asimismo en la decisión de 15 de diciembre de 1983, sobre la ley de empadronamiento, a la que nos referiremos de inmediato.

Más recientemente, el BVerfG ha identificado un deber de adecuación del legislador (*Nachbesserungsvorbehalt*).³³ Suele citarse la sentencia de 8 de agosto de 1978, relativa al reactor nuclear de Kalkar (*Kalkar-Beschluss*) como paradigmática en la identificación de este deber. En ella, el BVerfG reconoció que, en virtud de los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen en favor del uso pacífico de la energía atómica. Analizando diferentes recursos de queja constitucional interpuestos por habitantes de la región próxima a las instalaciones nucleares, el BVerfG resolvió:

En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo “Schneller Brüter” [...], el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran.

Y un pronunciamiento en similar dirección sería el de 14 de enero de 1981, sobre la polución sonora causada por los aviones.

Particular relevancia tendría asimismo la decisión, antes mencionada, de 15 de diciembre de 1983, sobre la constitucionalidad de la ley de empadronamiento; en ella, el BVerfG se vio obligado a reconocer la existencia de un deber de adecuación inmediato, independientemente de cualquier otra consideración. Tras entender que los preceptos de la ley del censo de 1982 eran conformes a la Constitución, el Tribunal matizaba que, ello no obstante, en consonancia con los fundamentos jurídicos de la decisión, el legislador debía adoptar las medidas necesarias para la aprobación de las normas complementarias pertinentes a la organización y al procedimiento censal. Esta decisión suponía que el Tribunal declarara la constitucionalidad de la ley una vez que fueran rellenas las omisiones relativas a la organización y procedimiento censales, lo que, de hecho, más bien parecía entrañar una declaración de inconstitucionalidad que de conformidad constitucional. Sachs vino a equiparar tal decisión a una declaración de inconstitucionalidad sujeta a condición suspensiva, aludiendo a cómo en los fundamentos de esta sentencia podía apreciarse el discurso

³² Gilmar FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional (O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha)*, 5.ª ed., San Pablo, Saraiva, 2005, p. 303.

³³ Cf. al efecto, Gilmar FERREIRA MENDES, “O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na prática da Corte Constitucional Federal Alemã”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIII, 1992, pp. 265 ss.; en concreto, pp. 291-293.

de compatibilidad (“die Rede von der Vereinbarkeit”) con la condición de una regulación complementaria (“‘mit der Maßgabe’ der Ergänzungsregelung”).³⁴

2. En el mismo plano de los derechos fundamentales (*Grundrechte*), la trascendencia del principio de igualdad del artículo 3.º GG iba a ser enorme. En relación con ese principio ha de visualizarse la construcción dogmática de la “exclusión arbitraria de beneficio”, que, como ya se ha expuesto, se produce cuando una disposición propicia una disparidad de tratamiento que se traduce en la exclusión de una determinada categoría de sujetos de entre los beneficiarios de una ley.

Innecesario es decir que la fiscalización de las omisiones relativas o, si así se prefiere, parciales, iba a ampliar notabilísimamente las perspectivas del control de constitucionalidad. El BVerfG, aún orientándose, a modo de principio, por la definición negativa de los efectos esenciales derivados del principio de igualdad, entendida como *prohibición de arbitrio*, según una conocida fórmula desarrollada desde tiempo atrás por el Tribunal Federal suizo,³⁵ iba, sin embargo, a extraer de tal principio un contenido asimismo positivo, en perfecta sintonía, por lo demás, con la fórmula manejada en el texto del Proyecto de la Ley Fundamental de Bonn: “el legislador debe tratar igualmente lo igual y de modo correspondiente lo desigual”. En esta visión positiva del principio de igualdad latía una obligación positiva de normas, y en ello ha de atisbarse el presupuesto sustancial de la omisión legislativa. Es verdad que la libertad de configuración y la correlativa *prerrogativa de estimación* (*Einschätzungsprärogative*) a la que alude Schneider³⁶ se traducen en que el legislador esté llamado no solo a elegir aquellas situaciones objetivas a las que quiere vincular iguales o desiguales efectos jurídicos, sino también a determinar las características que han de ser comparadas y a delimitar, hasta la frontera de lo arbitrario, el ámbito de las diferencias. Esta frontera de la arbitrariedad es permeable hasta un cierto punto: solo cuando las decisiones legislativas llegan a un nivel de irracionalidad evidente, se consideran inconstitucionales.

Desde otra perspectiva, de la que se hace eco Pestalozza,³⁷ el hecho de que la violación del principio de igualdad (en la traducción literal, habría que hablar de la *desfavorabilidad contraria a la igualdad*: “die Gleichheitswidrigkeit”) dimane de una norma o de un complejo

³⁴ Michael SACHS, “Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 35, n.º 1, enero de 1982, pp. 23 ss.; en concreto, p. 29.

³⁵ TROCKER, o. cit., p. 111.

³⁶ Hans-Peter SCHNEIDER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5, mayo-agosto de 1982, pp. 35 ss.; en concreto, p. 51.

³⁷ Christian PESTALOZZA, “‘Noch Verfassungsmässige’ und ‘bloss Verfassungswidrige’ Rechtslagen (Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände)”, en Christian STARCK (ed.), o. cit., pp. 519 ss.; en concreto, p. 531.

normativo (“einer Norm oder einem Normenkomplex”), esto es, si resulta de una interpretación aislada o de una interpretación sistemática, no es algo relevante para el BVerfG. Se ha de dar el mismo trato a los dos grupos (“beide Gruppen gleich zu behandeln”).³⁸

Quizá convenga añadir, aunque sea una cuestión marginal a la que ahora nos ocupa, que en el caso de una *exclusión arbitraria de beneficio* contraria al principio de igualdad, es perfectamente posible no solo declarar la inconstitucionalidad de la omisión, sino también la nulidad del texto. De hecho, como constata entre otros muchos Béguin,³⁹ en los primeros años de su actividad, el BVerfG utilizó con frecuencia los conceptos de inconstitucionalidad (*verfassungswidrig*) y nulidad (*nichtig*) poco más o menos como sinónimos, bien que a partir de 1958, en el contencioso del control normativo, el Tribunal haya pasado a seguir una práctica jurisprudencial inversa. No ha de extrañar este cambio de orientación jurisprudencial, y menos aún en relación a la *exclusión arbitraria de beneficio*, pues si, por un lado, la declaración de inconstitucionalidad podría colisionar en mayor o menor medida, según los casos, con la ya en varias ocasiones mencionada libertad de configuración del legislador (“Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers”), por otro, como afirma Pestalozza, “die Nichtigerklärung beseitige nämlich zugleich die Anspruchsgrundlage für eine Begünstigung”⁴⁰ (‘la declaración de nulidad elimina al mismo tiempo que el trato preferente el fundamento de la pretensión’), lo que, como parece obvio, resulta no solo paradójico, sino también por entero incongruente.

Dicho lo que antecede, se ha de precisar que no debe pensarse en que siempre y en todo caso la exclusión de beneficio vulneradora del principio de igualdad ha de resolverse a través de la ampliación del beneficio al grupo o conjunto de individuos que han sido arbitrariamente privados de él. A este respecto, Ipsen, analizando el dilema entre la *declaración de nulidad* (*Nichtigerklärung*) y la *declaración de inconstitucionalidad* (*Verfassungswidrig-erklärung*),⁴¹ aduce que las consecuencias financieras (“die finanziellen Folgen”) de una resolución son difícilmente valorables (“schwer abschätzbar sind”), por lo que deben entrar en el terreno de la posible suspensión de la aplicación de la norma, de una especie de *paralización jurídica* (*Rechtsstillstand*). De esta forma, el legislador conserva la posibilidad de establecer

³⁸ En cualquier caso, en los supuestos de omisión parcial (“Teilunterlassen”), el propio Pestalozza, en otro lugar, precisa que la laguna (“die Lücke”) se examinará como parte de la norma (“als ‘Teil’ der Norm”) y no como algo aislado. Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder)*, 3.ª ed. revisada, München, C. H. Beck, 1991, p. 125.

³⁹ Jean-Claude BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, París, Economica, 1982, pp. 232-233.

⁴⁰ PESTALOZZA, “‘Noch Verfassungsmässige’...”, o. cit., p. 531.

⁴¹ Jörn IPSEN, “Nichtigerklärung oder ‘Verfassungswidrigerklärung’ - Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis”, en *Juristenzeitung (JZ)*, año 38, n.º 2, 21 de enero de 1983, pp. 41 ss.

nuevamente la disposición y puede volver a decidir acerca de si modifica o fija condiciones distintas para las prestaciones u otras ventajas.⁴² Ipsen califica a continuación tal inaplicación de *paralización jurídica por razón de Estado* (*Rechtsstillstand aus Staatsräson*), descartando como base jurídica de esta el artículo 32 BVerfGG (al que aludimos precedentemente, y del que tan solo recordaremos que contempla la posibilidad de adopción de medidas provisionales de naturaleza cautelar), pues para Ipsen este bloqueo o suspensión de la aplicación de la norma se ha de considerar no como una precaución para casos excepcionales (“als Vorkehrung für Ausnahmefälle”), sino como una consecuencia jurídica regular (“als regelmäßige Rechtsfolge”) de la declaración de inconstitucionalidad.

En definitiva, la “exclusión arbitraria de beneficio” no solo ha supuesto una fuente inagotable de oportunidades de control de las omisiones (relativas) del legislador, sino que ha planteado al Tribunal Constitucional Federal problemas jurídicos (y no jurídicos) de la mayor trascendencia, que han propiciado una compleja casuística y han incentivado la creación por el juez constitucional de técnicas decisorias, técnicas a las que pasamos a referirnos a continuación.



LA PLURALIDAD DE TÉCNICAS DECISORIAS DEL BVERFG

En varias oportunidades nos hemos referido al más que notable instrumental decisorio del BVerfG, que se manifiesta en la pluralidad de variantes de sus sentencias, con las que pretende —y esto es importante subrayarlo— modificar determinados efectos jurídicos de estas desde una óptica de justicia material y funcional.⁴³ En el fondo de todo ello, la doctrina converge en una consideración común. Y así, Rupp-v. Brünneck aduce que la institucionalización del Tribunal Constitucional Federal, como órgano constitucional independiente que es, no puede tener el sentido de que se confían sus tareas a un gremio que se mueve lejos de la política normal, pues sus sentencias no se limitan a ofrecer ideales teóricos constitucionales

⁴² *Ibidem*, p. 44.

⁴³ SCHNEIDER, o. cit., p. 58.

(“theoretischen Verfassungsidealen”), sin tener en cuenta sus posibles efectos de (“ohne Rücksicht auf die möglichen Wirkungen seines Urteils”): *fiat iustitia, pereat mundus!*⁴⁴

Conviene poner de relieve a este respecto el enorme cambio que en este punto entraña el BVerfG respecto al Reichsgericht. El Tribunal Supremo del Reich alemán sostenía la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos.⁴⁵ Frente a ello, la jurisprudencia del BVerfG toma en cuenta los efectos reales, esto es, políticos, que pueden desencadenar sus sentencias. Como dice Krüger, es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer de la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del derecho.⁴⁶ Por lo demás, como en un artículo con el sugestivo título interrogativo de “Götterdämmerung?” (¿El crepúsculo de los dioses?) aduce Großfeld,⁴⁷ el BVerfG no debe de cambiar el ordenamiento estatal federal y, sobre todo, en lo que ahora importa, tampoco puede convertirse en un “puntiagudo crítico jurídico-constitucional”.⁴⁸ En definitiva, con la jurisprudencia sentada al hilo de las notables sentencias que pueden reconducirse al ámbito del control omisivo, muy plural por lo demás, el Tribunal Constitucional Federal pone de relieve, con particular nitidez, que un órgano de esta naturaleza debe tener muy presentes las consecuencias políticas de sus fallos,⁴⁹ y es por ello por lo que no puede soslayar los graves efectos que el mismo vacío jurídico, o aún el caos jurídico, que pueden anudarse al juego combinado del binomio inconstitucionalidad/nulidad, pueden desencadenar en la vida social.

A todo ello hay que añadir que este esfuerzo dogmático del BVerfG se ha hecho particularmente necesario en el caso de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad omisiva al partir el Tribunal de la consideración de que es difícil declarar nulo un vacío jurídico, tesis de la que se haría eco quien fuera uno de sus presidentes, Wolfgang Zeidler,⁵⁰ argumento objeto de alguna crítica por parte de la doctrina italiana, cual sería, por ejemplo, el caso de D’Orazio,⁵¹ quien lo tildaría de *pregiudiziale*, contraponiéndolo a la superación

⁴⁴ Wiltraut RUPP-v. BRÜNNECK, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?”, en Theo RITTERSPACH y Willi GEIGER (eds.), *Festschrift für Gebhard Müller (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts)*, Tübinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 355 ss.; en concreto, pp. 364-365.

⁴⁵ Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart-Berlín-Colonia, Kohlhammer, 1966, p. 620.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 620.

⁴⁷ Bernhard GROßFELD, “Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 48, 1995, pp. 1719 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1723.

⁴⁹ Klaus SCHLAICH, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 133 ss.; en concreto, p. 201.

⁵⁰ Wolfgang ZEIDLER, “Cour constitutionnelle fédérale allemande (Rapport. 7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes)”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 ss.; en concreto, p. 48.

⁵¹ Giustino D’ORAZIO, “Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, fasc. 1, pp. 61 ss.; en concreto, p. 101.

del obstáculo realizada por la Corte costituzionale, que ha reconstruido de modo diferente la relación entre disposición, norma y omisión.

En definitiva, la gama de técnicas decisorias del Tribunal Constitucional Federal es notablemente amplia, tanto que algún autor ha llegado a escribir⁵² que en ningún otro sistema de control jurisdiccional normativo, sea difuso o concentrado, se puede constatar la utilización de tan amplia variedad de técnicas, aunque, el Verfassungsgerichtshof austriaco quizá tiene un aún mayor margen de discrecionalidad a la hora de disponer sobre los efectos jurídicos de sus sentencias.⁵³

Por nuestra parte, vamos a circunscribir la exposición a los dos tipos de pronunciamientos que mayor relación guardan con el problema de la fiscalización de las omisiones legislativas: las apelaciones al legislador (*Appellentscheidung*) y las declaraciones de mera inconstitucionalidad o, si se prefiere, de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeits-erklärung*). Haremos asimismo una breve alusión a las decisiones de interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*) por cuanto que, contra lo que pudiera pensarse, el BVerfG también se vale de esta técnica para hacer frente a omisiones, habiéndose puesto estos casos como ejemplo de una *optimización constitucional* (“verfassungsrechtliche Optimierung”) que posibilita una *construcción* de conformidad con la Constitución, mediante la analogía, reducción o derivación de premisas normativas constantes de la propia Constitución.⁵⁴

3.1. LAS DECISIONES DE APELACIÓN AL LEGISLADOR (APPELLENTSCHEIDUNG)

1. Fue la bien conocida jueza del BVerfG Wiltraut Rup-v. Brünneck quien acuñó por primera vez la expresión *Appell-Entscheidungen*, en un no menos famoso artículo publicado en 1970, en el que se interrogaba acerca de si el BVerfG podía apelar al legislador. En la introducción de su escrito, Rupp-v. Brünneck aducía⁵⁵ que en los casi veinte años de jurisprudencia del Tribunal había algunas significativas resoluciones (“einige bedeutsame Entscheidungen”) en las que aunque se daban aún (“noch”) por constitucionales ciertas leyes, tras el control

⁵² FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., p. 270.

⁵³ Puede verse al efecto el trabajo del profesor de la Universidad de Linz Peter OBERNDORFER, “Die Verfassung rechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen (Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen)”, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, año 15, n.º 8-9, 6 de mayo de 1988, pp. 193 ss.

⁵⁴ Christoph GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 1985, p. 214. Citado por FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 288.

⁵⁵ RUPP-v. BRÜNNECK, o. cit., p. 355.

en sede constitucional daban, sin embargo, lugar a su derogación (“Aufhebung”) por el propio legislador, en cuanto que tales resoluciones dejaban entrever sólidas dudas (“massive Bedenken”) en contra de la constitucionalidad de la ley (“gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes”). En algunos casos se llegó incluso a predecir que la ley sería declarada nula a causa de su inconstitucionalidad en un determinado momento futuro (“zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt”).

La jueza Rupp-v. Brünneck se planteaba en otro momento el sentido de este tipo de resoluciones dictadas en sede constitucional. A su juicio, con ellas se trataba de facilitar la legislación de los órganos constitucionales interesados, a la par que se trataba de dar claridad (“Klarheit”) a los ciudadanos afectados (“dem betroffenen Bürger”) sobre las posibilidades y límites admisibles jurídico-constitucionalmente de una determinada regulación. De esta manera, se daba validez igualmente a las apelaciones al legislador (“so gilt das gleiche für die Appelle an den Gesetzgeber”). Con tales resoluciones se pretende asimismo indicar una discrepancia (“eine Diskrepanz”) entre las exigencias constitucionales (“den Anforderungen der Verfassung”) y el simple derecho (“dem einfachen Recht”), discrepancias cuya eliminación (“Beseitigung”) queda en manos del legislador.⁵⁶

Con base, entre otros, en los argumentos precedentes, la jueza Rupp-v. Brünneck consideró injustificado (“unbegründet”) el reproche (“der Vorwurf”), realizado por algunos frente a estas sentencias, en cuanto a que estas entrañaban “una inadmisibles intrusión en la competencia del legislador” (“eines unzulässigen Übergriffes in dem Funktionsbereich des Gesetzgebers”); por el contrario, entendía que las sentencias de apelación son realmente una confirmación de la experimentada *judicial self-restraint* del Tribunal Constitucional Federal (“sind die Appell-Entscheidungen geradezu eine Bestätigung des vom Bundesverfassungsgericht geübten judicial self-restraint”).⁵⁷ En definitiva, no solo no suponen una intrusión atentatoria contra la discrecionalidad del legislador, sino que, bien al contrario, son una manifestación del self-restraint del juez constitucional, particularmente, en su relación con el poder legislativo.

Como puede apreciarse, la defensa por la jueza Rupp-v. Brünneck de este tipo de decisiones constitucionales es realmente cerrada. En otro lugar de su trabajo,⁵⁸ se referirá de modo específico a la legitimidad de los puntos de vista pragmáticos (“Legitimität des pragmatischen Standpunktes”) que el BVerfG ha adoptado en las sentencias de apelación.

⁵⁶ Ibidem, p. 369.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, p. 377.

En la doctrina alemana no han faltado, sin embargo, opiniones contrarias a este tipo de decisiones. Recordaremos, por ejemplo, la crítica de Klein,⁵⁹ para quien el llamamiento al legislador (“der Aufruf an den Gesetzgeber”) se encuentra, por un doble motivo, con unos puntos de apoyo débiles (“auf schwachen Füßen”): el BVerfG no puede pronosticar el momento exacto del cambio de la norma a la inconstitucionalidad (“den genauen Zeitpunkt des Umschlags der Norm in die Verfassungswidrigkeit”), pero, sobre todo, la apelación que formula el Tribunal Constitucional Federal no da ningún argumento jurídico (“keine Rechtsgrundlage”).

Se ha señalado asimismo que la apelación al legislador expresa un intento de compensar, mediante una decisión judicial, el déficit que se ha identificado en el proceso de decisión parlamentaria,⁶⁰ lo que parece aducirse con una perspectiva indiscutiblemente crítica. Y Bachof, tras aludir (alusión que ha de entenderse hecha, aunque no se precise el destinatario concreto, al Tribunal Constitucional Federal) a cómo los tribunales constitucionales han prescindido frecuentemente de declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución, aduce que, a su juicio, así debieran haberlo hecho, y califica las construcciones jurídicas que estamos analizando como “construcciones frecuentemente poco convincentes”. En específica alusión a la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG), Bachof añade que tales decisiones eran difíciles de conciliar con el texto entonces vigente de la mencionada ley, puesto que esta preceptuaba en forma unívoca que una ley contraria a la Constitución debía ser declarada nula.⁶¹ El Tribunal —constata finalmente el profesor de Tübingen— no obstante la expuesta contradicción con el texto legal, se consideró facultado para denegar la consecuencia de la nulidad a una mera declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, y ello es bien significativo, estas decisiones en las que el BVerfG se arrogó el derecho de corregir al legislador, apenas fueron criticadas.

El argumento de que este peculiar tipo de decisiones constitucionales no entra dentro de las competencias del Tribunal, que tan bien ejemplifica la afirmación de Klein de que

⁵⁹ Eckart KLEIN, “Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 108, n.º 3, septiembre de 1983, pp. 410 ss.; en concreto, p. 434.

⁶⁰ Brun-Otto BRYDE, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp. 397-398. Citado por FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 305.

⁶¹ Otto BACHOF, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, n.º 57, septiembre-diciembre de 1986, pp. 837 ss.; en concreto, pp. 847-848. Ciertamente, las reflexiones de Bachof tienen como punto de referencia más las decisiones que analizaremos después, pero aludimos a ellas ahora porque, en realidad, encierran una reflexión crítica generalizada respecto de las sentencias que estamos analizando.

“Futurologie gehört nicht zu den Aufgaben des Gerichts”⁶² (‘la futurología no entra en las competencias de los tribunales’) ha de ser relativizado si se piensa que este tipo de sentencias, en realidad, conforman una peculiar modalidad de decisiones desestimatorias, de rechazo de la inconstitucionalidad aducida por el recurrente, por lo que no requieren de modo inexcusable de una fundamentación o soporte legal diferente a aquel en el que se sustentan tales decisiones desestimatorias. Schlaich y Koriath se manifiestan con claridad meridiana al respecto cuando, refiriéndose a las llamadas decisiones “aún constitucionales”, afirman: “Die Entscheidungsvariante des ‘noch verfassungsmäßige’ mit Appell ist ein Sonderfall der Vereinbarkeitserklärung”⁶³ (‘la variante de las decisiones *aún constitucional* con apelación es un caso especial de una declaración de compatibilidad’). Pero además, hay algunos otros argumentos a los que se refiriera Zeidler⁶⁴ que nos parecen lo suficientemente convincentes como para hacernos eco de ellos. Quien fue presidente del Bundesverfassungsgerichts aludiría a: la necesidad de evitar el vacío jurídico o incluso la anarquía jurídica resultante de la declaración de nulidad de un texto legal; el respeto al margen de maniobra reservado al legislador, que desempeña un rol más que notable para el BVerfG, y el hecho de que no entra en las atribuciones del Tribunal tomar decisiones normativas cuando el legislador ha descuidado regular a través de la ley un determinado ámbito jurídico o ha rehusado conceder a un grupo una prestación que, por el contrario, otorga a otro.

En fin, hay otro argumento más técnico al que se refiere Pestalozza,⁶⁵ que es perfectamente válido. Entre la nulidad y la constitucionalidad sin tacha (“Zwischen Nichtigkeit und makelloser Verfassungsmäßigkeit”) parece desarrollarse una zona gris (“eine graue Zone”) de situaciones de imperfección constitucional (“verfassungsimperfekter Zustände”), en la que se puede diferenciar, desde puntos de vista objetivos (“sachlichen Gesichtspunkten”), lo que está prohibido de lo que simplemente no está de por sí permitido. Y es que, en último término, según el profesor de la Freien Universität Berlin, situaciones jurídicas “aún constitucionales” (“Noch verfassungsmäßige”) son aquellas que se encuentran en el camino hacia la inconstitucionalidad (“auf dem Weg zur Verfassungswidrigkeit”), pero que aún no la han alcanzado completamente (“sie aber noch nicht vollends erreicht haben”).⁶⁶ Esta argumentación, es obvio, viene dirigida tan solo hacia una de las situaciones desencadenantes de las

⁶² KLEIN, o. cit., p. 434.

⁶³ Klaus SCHLAICH y Stefan KORIOATH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5.ª ed. revisada, Múnich, C. H. Beck, 2001, p. 290.

⁶⁴ ZEIDLER, o. cit., pp. 43-44.

⁶⁵ PESTALOZZA, “‘Noch verfassungsmäßige’...”, o. cit., p. 540.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 540.

decisiones de apelación al legislador, que, por otra parte, no es en modo alguno la que en mayor medida interesa al objeto de nuestro estudio, pero, con todo, es un argumento que nos parece perfectamente válido, a añadir a los ya precedentemente expuestos en favor de la legitimidad de esta técnica decisoria, cuya adopción por el Tribunal Constitucional Federal nos parece muy afortunada.

Cuanto hasta aquí se ha expuesto, creemos que deja claro, por lo menos de modo implícito, algo a lo que ya hemos aludido: la pluralidad de tipos de decisiones de apelación al legislador que pueden ubicarse bajo el genérico rótulo de *Appellentscheidungen*. Schulte ha llegado incluso a esbozar una tipología bajo el enunciado general de “Fallgruppen von Appellentscheidungen”⁶⁷ (‘grupos de casos de decisiones de apelación’). Este tipo de decisiones emerge en la jurisprudencia del BVerfG en una constelación de casos diferentes (“*unterschiedlichen Fallkonstellationen*”). Con frecuencia, señala el mencionado autor, la argumentación del Tribunal viene caracterizada por las particularidades de estos casos especiales y poco consistentes (“*wenig konsistent*”). Es por lo mismo por lo que Schulte entiende que las *Appellentscheidungen* solo admiten una sistematización relativa, no obstante lo cual, nuestro autor separa tres casos de grupos típicos (“*drei typische Fallgruppen*”):⁶⁸ a) *Appellentscheidungen* con motivo de cambios en la realidad o en la interpretación constitucional (“*eines Wandels der Realität oder der Verfassungsinterpretation*”); b) *Appellentscheidungen* con motivo de un mandato al legislador (un encargo a la legislación, en la traducción literal: “*aus Anlaß unerfüllter Gesetzgebungsaufträge*”), y c) *Appellentscheidungen* con motivo de la falta de evidencia de una vulneración constitucional (“*aus Anlaß fehlender Evidenz des Verfassungsverstoßes*”).

2. Se admite de modo generalizado que la decisión dictada el 4 de mayo de 1954 sobre el Estatuto del Sarre constituye el punto de partida de este tipo de decisiones de apelación. En dicho caso se resolvió que las disposiciones legislativas adoptadas con el ánimo de superar el “estatuto de ocupación” de ese territorio, aunque fuesen incompletas, coadyuvaban a una gradual compatibilización de la situación jurídica con la *Grundgesetz* y, por lo mismo, debían ser consideradas “aún constitucionales”. En último término, se trataba de una típica “situación de hecho”.

En otra decisión muy próxima en el tiempo a la anterior, la de 4 de abril de 1955, relativa a la constitucionalidad de la ley federal de 23 de octubre de 1954, por la que se

⁶⁷ Martin SCHULTE, “*Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*”, en *Deutsches Verwaltungs Blatt (DVBl)*, año 103, 15 de diciembre de 1988, pp. 1200 ss.; en concreto, pp. 1201-1202.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 1201.

aprobaba el Estatuto sobre el Sarre (*Saarstatut*), relacionada asimismo con la aplicación del “estatuto de ocupación”, el BVerfG formulaba su conocida *teoría de la aproximación*, que podía quedar compendiada en las siguientes reflexiones:

Se desecha la declaración de inconstitucionalidad porque la situación creada por el Tratado está más próxima a la establecida por la Ley Fundamental de lo que lo estaba la anteriormente en vigor. Si se pretendiese una disciplina plenamente compatible con la Ley Fundamental se estaría consagrando un rigor constitucional que podría resumirse en la siguiente fórmula: la situación mala debe subsistir si la mejor no puede ser alcanzada. Tal orientación no se corresponde a la voluntad de la Ley Fundamental.⁶⁹

En la primera categoría de decisiones de apelación a que se refería Schulte, propiciada por cambios en la realidad o en la interpretación constitucional, suele ubicarse la también muy conocida sentencia de 22 de mayo de 1963, relativa a la división de los distritos electorales, en donde la apelación al legislador iba a ser la consecuencia de un cambio en la situación de hecho, resultante de una sensible alteración de la estructura demográfica en los distintos entes territoriales de la República Federal. Esa alteración conducía inexcusablemente a que la división de los distritos electorales realizada en 1949, mantenida de modo incólume hasta entonces, vulnerara las exigencias dimanantes del principio de igualdad electoral consagrado por el artículo 38.º GG. El Tribunal Constitucional se abstuvo, sin embargo, de declarar la inconstitucionalidad con fundamento en que la situación de quiebra del principio de igualdad no podía ser constatada en el momento de la promulgación de la ley (septiembre de 1961), no obstante lo cual instaba al legislador a que adoptase las medidas necesarias para la modificación de los distritos electorales con la finalidad de aminorar la divergencia existente hasta tramos aceptables. Este caso presentaba unas connotaciones en verdad peculiares. Si el BVerfG hubiese declarado la inconstitucionalidad de la ley que regulaba los distritos electorales, la consecuencia habría sido la invalidez de las últimas elecciones parlamentarias y, consecuentemente, la ilegitimidad del Parlamento y del propio Gobierno. En tal caso, no habría existido ningún órgano con legitimidad para promulgar una nueva ley electoral una vez que había finalizado el mandato del anterior Parlamento y la previsión constitucional del artículo 81 GG sobre el *estado de necesidad legislativa* (“den Gesetzgebungsnotstand erklären”) no era de aplicación al caso en cuestión.

⁶⁹ Cf. al respecto, FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., pp. 289-290.

La decisión de los distritos electorales es también reconducible al tercero de los tipos de *Appellentscheidungen* diferenciados por Schulte, esto es, el supuesto de falta de evidencia de una violación constitucional, pues en el momento de promulgarse la Ley de 17 de septiembre de 1961, la inconstitucionalidad no era identificable con tanta claridad como para poder invalidar la división territorial electoral fijada por la ley. De ahí que el Tribunal, en tales casos, exhorte al legislador a que corrija la situación “noch Verfassungsmäßige” (‘aún constitucional’).

Algo similar puede decirse respecto de la sentencia relativa a la ley de pensiones, que no obstante contravenir el principio de igualdad o, si así se prefiere, el de paridad de tratamiento entre hombres y mujeres del artículo 3.º.2 GG, vio confirmada transitoriamente su aplicación.⁷⁰ A juicio de Schlaich,⁷¹ esta solución se inspiraba en último término en el principio de preferencia de la interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*) de una norma y en el de presunción de la validez de una ley.

En todo caso, con este tipo de decisiones, como bien señalara Schulte,⁷² el Tribunal Constitucional dejaba claro, en el marco de sus razonamientos y posibilidades decisorias, cuán defectuosa era una regulación jurídica (“wie mangelbehaftet eine gesetzliche Regelung ist”) y cómo urgía por ello mismo una intervención del legislador (“eines Eingreifens des Gesetzgebers”). Con su apelación, dirán por su parte Schlaich y Koriotoh,⁷³ el Tribunal insta al legislador para que establezca unas plenas condiciones de constitucionalidad (“einen voll verfassungsmäßigen Zustand”) o para soslayar en el futuro una inminente inconstitucionalidad (“oder eine in der Zukunft drohende Verfassungswidrigkeit abzuwenden”).

3. El aviso⁷⁴ de una futura inconstitucionalidad (“die Ankündigung künftiger Verfassungswidrigkeit”), como bien señala Pestalozza,⁷⁵ no obliga jurídicamente a actuar al legislador, pero convierte en errónea su permanente inactividad (“aber sie setzt seine

⁷⁰ “No se puede decir en la actualidad —razonaba el BVerfG— que las más rigurosas condiciones que establece la legislación vigente para la pensión de un viudo en comparación con las exigencias para ser acreedor a una pensión de este tipo por una viuda en la seguridad social sean incompatibles con la Grundgesetz. El legislador debe, sin embargo, esforzarse por encontrar una solución apropiada que excluya en el futuro una violación del artículo 3, apartados 2 y 3 de la Ley Fundamental”. Cit. por SCHLAICH, o. cit., pp. 200-201.

⁷¹ Klaus SCHLAICH, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, n.º 3, diciembre de 1982, pp. 557 ss.; en concreto, p. 576.

⁷² SCHULTE, o. cit., p. 1206.

⁷³ SCHLAICH y KORIOTH, o. cit., p. 290.

⁷⁴ Precisamente, Schneider tilda estas decisiones dictadas en sede constitucional de *resoluciones de aviso* (“Warn- oder Signalentscheidung”), diferenciándolas de la *resolución de recomendación* (Appellentscheidung). SCHNEIDER, o. cit., p. 59.

⁷⁵ PESTALOZZA, “‘Noch verfassungsmäßige’...”, o. cit., p. 556.

anhaltende Untätigkeit ins Unrecht”). Esta circunstancia se acentúa si se piensa que, en ocasiones, el BVerfG ha fijado un período (“Fristsetzung”) dentro del cual el legislador había de adecuar a la Constitución la disciplina normativa de que se tratara.

Los efectos de estas decisiones no se hallan contemplados por el ordenamiento jurídico. La praxis revela que en la parte dispositiva de tales decisiones el BVerfG se limita tan solo a reconocer la constitucionalidad del texto legal del que está conociendo, y es en la fundamentación jurídica de la sentencia donde el juez constitucional acoge la apelación al legislador, con lo que ello puede entrañar de un mayor o menor número de indicaciones sobre las reglamentaciones a llevar a cabo en un futuro más o menos indeterminado. Más recientemente, el BVerfG ha pasado a incluir en la parte dispositiva de la sentencia una suerte de advertencia, al señalar que la constitucionalidad de la ley se ha de entender *conforme a los fundamentos de la decisión* (“nach Maßgabe der Gründe”).

Por otro lado, las hipotéticas afirmaciones de este tipo de decisiones en torno a una posible inconstitucionalidad de la ley, no se hallan cubiertas por el efecto de cosa juzgada (*Rechtskraft*),⁷⁶ ni tampoco quedan dotadas de la fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) por cuanto es obvio que el desarrollo posterior que haya de sufrir el texto legal en cuestión no es objeto de fiscalización.

A la vista de lo que se acaba de señalar, parece claro que las alusiones a los fundamentos jurídicos de la decisión que últimamente se hacen en la parte dispositiva persiguen evitar que, de resultas de la declaración de constitucionalidad, la ley quede exenta de críticas. Se trata, bien al contrario, de sentar las bases para posibilitar que, después de transcurrido un cierto plazo, pueda suscitarse la cuestión de la posible inconstitucionalidad de la ley. Se ha llegado incluso a decir, que en los fundamentos de estas decisiones, lejos de establecerse una presunción irrefragable de constitucionalidad, el juez constitucional establece una “presunción de inconstitucionalidad para el futuro”.⁷⁷ Desde esta óptica, es bastante evidente que la apelación al legislador verificada en los fundamentos jurídicos se halla bien alejada de poder ser considerada como un mero obiter dictum. Piénsese además que en no pocas ocasiones el BVerfG va más allá de una mera apelación al legislador, pronunciándose de modo imperativo sobre la situación que ha de subsistir tras su decisión. Buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en estas dos circunstancias: en ocasiones, el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido a los tribunales ordinarios la facultad de otorgar plena eficacia a las disposiciones

⁷⁶ En igual sentido, Zeidler escribe: “les pures décisions d’appel au législateur n’ont aucune autorité directe de la chose jugée”. ZEIDLER, o. cit., p. 51.

⁷⁷ BÉGUIN, o. cit., p. 272.

constitucionales a través del proceso de su concreción (*Konkretisierung*); en otras oportunidades, el Tribunal ha previsto taxativamente un plazo para que el legislador proceda a llevar a cabo su obra de mediación normativa. Ciertamente, el BVerfG no puede forzar al legislador a que proceda a llevar a cabo tal actuación de mediación normativa. Por lo mismo, ni tan siquiera la fijación de ese plazo puede entenderse en el sentido de imposición inexcusable de legislar. Pero resulta una obviedad que, transcurrido ese período de tiempo sin que el legislador lleve a cabo la actuación normadora a la que ha sido instado en sede constitucional, el Tribunal Constitucional, siempre, claro es, que sea requerido a ello, declarará la inconstitucionalidad del texto legal, pues es patente que a la inacción del legislador no se anuda el automático reconocimiento de la inconstitucionalidad de la ley. Por lo demás, la praxis revela que no es en modo alguno imposible que el Tribunal proceda a prorrogar el plazo que en un primer momento dio al poder legislativo. Ese plazo debe, por lo tanto, ser considerado tan solo como un *plazo de carencia* (“Karenzfrist”) dentro del cual la ley *aún constitucional* (“noch verfassungsmäßige”) puede ser legítimamente aplicada.⁷⁸

Innecesario es decir que no entra en el ámbito competencial del BVerfG adoptar decisiones normativas en defecto de una actuación del legislador, si bien no puede ignorarse, aunque, en rigor, sea una cuestión no estrictamente relacionada con la que ahora nos ocupa, que al amparo del ya referido artículo 35 BVerfGG, en ocasiones, el Tribunal ha procedido a dictar normas jurídicas transitorias con las que viabilizar la ejecución de sus sentencias. Una de las resoluciones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo podría ser a estos efectos paradigmática. La cuestión no deja de ser problemática, como muestra el interrogante que al efecto se plantea Schlaich: ¿Puede un sistema jurídico basado en los principios de legalidad y seguridad jurídica soportar este modo de decisión de un Tribunal?⁷⁹ Otros sectores de la doctrina han explicitado asimismo serias dudas acerca de si el BVerfG no ha usurpado las tareas propias del legislador. Tal es el caso de Zweigert, de cuya reflexión ya nos hicimos eco.⁸⁰ En igual dirección, Zeidler ha podido afirmar: “Han vaciado la copa (llena de competencias) hasta su fin. Y a veces se sirven sin ser preguntados”.⁸¹ Tras ello, innecesario es

⁷⁸ Christoph MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 1977, pp. 186-187. Cit. por FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., p. 300.

⁷⁹ SCHLAICH, o. cit., pp. 208-209.

⁸⁰ ZWEIGERT, o. cit., p. 74.

⁸¹ Karl ZEIDLER, “Zum Verwaltungsrecht und Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz”, en *Der Staat*, 1962, p. 326. Cit. por Karl KORINEK, “La Jurisdicción constitucional en el sistema de las funciones estatales”, en *Revista Uruguaya de Estudios Internacionales*, año 3-4, n.º 5-9, 1984-1985, pp. 49 ss.; en concreto, p. 62.

decirlo, subyace la omnipresente problemática cuestión del *judicial self-restraint* del Tribunal Constitucional Federal.⁸²

La praxis nos muestra que el legislador ha seguido, sin manifestaciones significativas en contrario, las indicaciones del BVerfG, plasmadas, como ya se ha dicho, en los fundamentos jurídicos de estas decisiones. Como al efecto escribe Landfried:⁸³

Members of Parliament perceive the binding efficacy to last forever and to include nearly every sentence of a decision. That is why an appeal to the Members of Parliament to have more “political self-confidence” is as important as an appeal to the judges to practise more “judicial self-restraint”.

Y desde una óptica igualmente pragmática, habría que añadir que el peculiar significado que los órganos estatales, y también la opinión pública, atribuyen a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, aseguran a las Appellentscheidungen una eficacia comparable a la de cualquier otra decisión de naturaleza preceptiva,⁸⁴ lo que se corrobora a la vista de las, en ocasiones, profundas reformas legislativas a las que este tipo de decisiones han dado lugar. En análogo sentido, Béguin ha constatado⁸⁵ que con la técnica del reenvío al legislador, surtido de directivas, el Tribunal se ha dotado de un instrumento de intervención eficaz, en cuanto que le permite impulsar la fase de decisión legislativa a cuyo través será restablecida una situación conforme a la Constitución en los más diferentes ámbitos del derecho.

4. Una última reflexión se impone en atención a la relación entre el legislador y el BVerfG. Se ha dicho⁸⁶ que la actividad del BVerfG no está limitada a la comprobación de las *lesiones*

⁸² Cf. al efecto, Martin KRIELE, “Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. Zum Problem des judicial self-restraint”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 29, n.º 18, 5 de mayo de 1976, pp. 777 ss. Para Kriele, todos los reparos contra la jurisprudencia constitucional (“Alle Einwände gegen die Verfassungsrechtsprechung”) pueden agruparse bajo el lema (“unter dem Stichwort”), *judicial self-restraint*, todos se agrupan juntos en una demanda, “Im Verfassungsrecht nicht politisch, sondern juristischen zu urteilen” (en las sentencias jurídico-constitucionales, nada políticamente, sino jurídicamente” (p. 777). Y en sintonía con lo que se acaba de decir, la polémica presente en torno al tratamiento jurisprudencial de ciertas cuestiones de honda carga política. Benda, que fue presidente del BVerfG, haciendo una suerte de balance de las relaciones entre el juez constitucional y el legislador, en la tercera década de vigencia de la Grundgesetz escribía, “Irritationen sind, zumal bei politisch umstrittenen Fragen unvermeidlich und sollten nicht überbewertet werden” (Las irritaciones están sobre todo junto a cuestiones inevitables políticamente controvertidas y no deben sobrevalorarse). Ernst BENDA, “Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 32, n.º 13-14, julio de 1979, pp. 465 ss.; en concreto, p. 470.

⁸³ Christine LANDFRIED, “Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany”, en Christine LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 147 ss.; en concreto, pp. 166-167.

⁸⁴ En tal sentido, FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., p. 301, quien sigue al efecto la opinión de Christine LANDFRIED, en *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 52.

⁸⁵ BÉGUIN, o. cit., p. 293.

⁸⁶ Jürgen JEKOWITZ, “Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber (Zu den Vorwirkungen von Existenz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Bereich der Gesetzgebung)”, en *Der Staat*, vol. 19, 1980, pp. 535 ss.; en concreto, p. 542.

constitucionales evidentes (“evidenter Verfassungsverletzungen”), pero que tampoco puede suponer una facultad para la *definición de objetivos políticos independientes* (“die Befugnis zu eigenständiger politischer Zielbestimmung”).⁸⁷ Y en la misma dirección, Simon⁸⁸ cree conveniente la no recomendación por el Tribunal de fórmulas alternativas en sustitución de una regulación inconstitucional, pues si bien tales recomendaciones, como ya se ha señalado, no son vinculantes, influyen indirectamente en el proceso político, al margen ya de que esas admoniciones son más fáciles de formular que de seguir. Entre los dos mojones fijados por Jekewitz debe delimitarse la actuación del BVerfG en este tipo de decisiones, lo que no siempre es fácil de conseguir y no ha dejado de suscitar apreciaciones harto críticas hacia el Tribunal, como ejemplifican paradigmáticamente algunas reflexiones de Großfeld, quien se interroga⁸⁹ acerca de si es poder público un Tribunal Constitucional Federal de competencia general (“ein allzuständiges BVerfG”), al margen de la separación de poderes (“außerhalb der Gewaltenteilung”), para añadir de inmediato que la confianza final (“das Letztvertrauen”) reside en los tribunales ordinarios (“den ordentlichen Gerichten”) de acuerdo con la tradición que ve en el derecho civil (“Zivilrecht”) el guardián más fiable de la libertad y de la igualdad (“den verlässlichen Hüter von Freiheit und Gleichheit”). Innecesario es decir que tan discutibilísima opinión encuentra réplicas de tanto peso específico como la de Hesse, para quien la jurisprudencia constitucional no se ha limitado a adecuar su interpretación de los derechos fundamentales a una realidad social cambiante (“einer veränderten sozialen Wirklichkeit”), sino que ella misma se ha convertido en motor de su desarrollo futuro (“zum Motor künftiger Entwicklung”).⁹⁰

Las críticas doctrinales, creemos que más bien puntuales, hacia algunos aspectos de la actuación del BVerfG no deben obscurecer en lo más mínimo el extraordinario rol que la jurisprudencia constitucional del Tribunal ha jugado en relación a los derechos fundamentales. Bastaría con recordar la sentencia dictada en el caso Elfes, de 16 de enero de 1957, en la que se definirá el derecho al libre desarrollo de la personalidad (“Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit”) del artículo 2.º.1 GG como *libertad general de acción*, que, por lo mismo, ampara a todas las demás libertades, con independencia de que estén

⁸⁷ La función democrática del Tribunal —añade Jekewitz más adelante— se encuentra en sus resoluciones de autoridad sobre cuestiones dudosas jurídico-constitucionales (“in der autoritativen Entscheidung verfassungsrechtlicher Zweifelsfragen”). JEKEWITZ, o. cit., p. 542.

⁸⁸ Helmut SIMON, “La jurisdicción constitucional”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP y Marcial Pons, 1996, pp. 823 ss.; en concreto, p. 853.

⁸⁹ Bernhard GROßFELD, “Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 48, vol. 2, pp. 1719 ss.; en concreto, p. 1721.

⁹⁰ Konrad HESSE, “Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel”, en *Juristen Zeitung (JZ)*, año 50, 17 de marzo de 1995, pp. 265 ss.; en concreto, p. 267.

o no enumeradas en la Ley Fundamental, o la celeberrima Lüth Urteil, de 15 de enero de 1958, cuyo “redemptive style” sería puesto en contraste con “the United States Supreme Court’s caution”,⁹¹ y a la que se debe la definición de los derechos fundamentales como un sistema de valores que debe regir y definir la totalidad del sistema jurídico, para dejar meridianamente clara la relevancia de la función desempeñada por el BVerfG en relación a los Grundrechte, y ello no solo en la República Federal, pues es bien conocido el notabilísimo impacto que su doctrina en materia de derechos ha tenido en otros órganos de la justicia constitucional europea. Y qué duda cabe de que a través de este peculiar tipo de sentencias que son las *Appellentscheidungen*, el Tribunal ha proyectado su jurisprudencia sobre el legislador, instándole a una actuación plenamente sensible hacia los derechos fundamentales y los grandes valores que subyacen en el ordenamiento constitucional alemán.⁹² Sin ir más lejos, el caso resuelto por la sentencia de 29 de enero de 1969, en un supuesto tan sensible como el de la igualdad de los hijos, con independencia de que se tengan dentro o fuera del matrimonio, ilustraría de este influjo del Tribunal sobre el legislador en materia de derechos fundamentales.

3.2. LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD (UNVEREINBARKKEITSERKLÄRUNG)

1. En los primeros años de vida del Tribunal Constitucional Federal, este vinculó los términos *inconstitucionalidad* (*verfassungswidrig*) y *nulidad* (*Nichtigkeit*) a través prácticamente de una relación biunívoca, de tal modo que a la primera se anudaba la segunda. El binomio parecía inescindible. No ha de extrañar tal conexión si se atiende a la previsión del artículo 78 BVerfGG, que dispone que si el Tribunal llegara a la convicción de que una disposición del ordenamiento federal es incompatible (“unvereinbar”) con la Grundgesetz (o una disposición del ordenamiento de los Länder lo es con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal), declarará nula la ley (“so erklärt es das Gesetz für nichtig”). La incompatibilidad con la Grundgesetz —esto es, la inconstitucionalidad— se traducía, pues, en la nulidad. La situación iba a cambiar, sin embargo, a partir de 1958, al declarar una ley inconstitucional sin anudarle la declaración de nulidad, con lo que se quebraba por primera vez el binomio inconstitucionalidad-nulidad. Con ello, el BVerfG creaba un tipo de decisiones que bien pueden ubicarse entre las sentencias estimatorias, que

⁹¹ Bruce ACKERMAN, “The Rise of World Constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp. 771 ss.; en concreto, p. 796.

⁹² Como con toda razón aduce Ipsen, es exigible del legislador algo más que la voluntad de no actuar de forma inconstitucional (“den Willen nicht verfassungswidrig zu handeln”). IPSEN, o. cit., p. 44.

pronuncian la nulidad absoluta de las normas impugnadas, y las sentencias desestimatorias o de rechazo, que declaran la conformidad constitucional de las normas impugnadas.⁹³ Y ello es así por cuanto, como señala Pestalozza,⁹⁴ en este tipo de resoluciones constitucionales solo puede reconocerse la infracción (“Hier kann nur der Verstoß festgestellt”) y no se declarará la nulidad (“und nichts für nichtig erklärt werden”). En otro lugar, el propio autor, en alusión a la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador, razonaba que parecía imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa (“Es soll nun nicht möglich sein, das gesetzgeberische Unterlassen für nichtig zu erklären”); la decisión, añadía Pestalozza, no puede sino limitarse a confirmar la inconstitucionalidad (“es bewendet bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit”).

El punto de partida para el desarrollo de este tipo de decisiones fue la ya comentada *exclusión arbitraria de beneficio* (*Willkürlicher Begünstigungsauschluss*), incompatible con las exigencias del principio de igualdad, si bien la jurisprudencia del BVerfG no se iba a limitar a ese supuesto, sino que iba a extender progresivamente esa modalidad de sentencias a otros casos en los que, por distintas circunstancias, el Tribunal entendió necesario declarar la mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) de la norma con la Ley Fundamental, pero sin anudarle la nulidad.

En 1970 (ley de 21 de diciembre de 1970), la BVerfGG iba ser modificada con el objeto de positivizar lo que ya venía siendo una pauta consolidada del Tribunal. A tal efecto, se introdujo en el artículo 31.2 una específica referencia a la declaración de mera incompatibilidad. El precepto en cuestión comienza aludiendo a los casos en que una resolución del Tribunal tiene fuerza de ley (*Gesetzeskraft*), para añadir en su inciso segundo que la tendrá igualmente cuando el Tribunal declare una ley compatible o incompatible con la Ley Fundamental o bien nula (“wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird”), diferenciación que se reitera en el inicio del inciso inmediato posterior del mismo apartado.

Basta con lo hasta aquí expuesto para que ya pueda comprenderse que no siempre es posible diferenciar con precisión las Appellentscheidungen de las declaraciones de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*). Como bien se ha indicado, la simple determinación para que el legislador regule una determinada materia dentro de un cierto plazo (o, añadiríamos por nuestra cuenta, sin fijación de plazo alguno) no expresa un rasgo exclusivo del primer tipo de decisiones, en tanto en cuanto también en

⁹³ En sentido análogo, entre otros, Antonio CERVATI, “Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi”, en la obra colectiva *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986)*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 125 ss.; en concreto, pp. 131-132.

⁹⁴ PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht...* o. cit., p. 340.

las que ahora analizamos se recogen, en bastantes ocasiones, recomendaciones o exhortaciones expresas para que el legislador promulgue una nueva ley o modifique la fiscalizada en sede constitucional.

Ahora bien, dicho lo que antecede, conviene hacer una puntualización. Ya con anterioridad pusimos de relieve que las *Appellentscheidungen* pueden considerarse una modalidad particular de sentencias desestimatorias, y en ello difieren de modo radical de las ahora contempladas, pues las *Unvereinbarkeitserklärung* son sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, aunque rompan con el binomio tradicional inconstitucionalidad/nulidad. De esta por lo demás obvia diferencia ha extraído Ipsen una divergencia adicional: mientras las decisiones de apelación al legislador tienen un contenido preventivo, que opera en el “campo preliminar de la patología constitucional”, la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, por el contrario, tiene un carácter prescriptivo, que obliga al legislador a suprimir, con la mayor presteza posible, la situación de inconstitucionalidad.

Las múltiples posibilidades que este tipo de resoluciones ofrecen iban a ser puestas de relieve por la doctrina. Tal sería el caso de Schlaich y Korioth, para quienes en la figura de las leyes incompatibles (“von der Figur des ‘unvereinbaren’ Gesetzes”) se ve tan solo un pequeño paso (“ein kleiner Schritt”) hacia unas ulteriores variantes de veredictos en las resoluciones (“zu einer weiteren Spielart von Entscheidungsaussprüchen”).

2. Las declaraciones de mera incompatibilidad, como ya se ha dicho, responden primigeniamente a la hipótesis de una exclusión arbitraria de beneficio, que obviamente es incompatible con el principio de igualdad, al otorgar ventajas o beneficios a ciertos grupos o segmentos sociales y no hacerlo, de modo expreso o implícito, a otros grupos o segmentos que se hallan en iguales condiciones. Como se puede inferir de todo lo expuesto, en muchos de estos supuestos la exclusión es el resultado de una omisión legislativa, lo que nos sitúa ante una omisión relativa o parcial.

La decisión de 11 de junio de 1958 puede citarse como paradigmática.⁹⁹ A través de una ley de 6 de diciembre de 1951, los sueldos de los funcionarios y las pensiones de jubila-

⁹⁵ PESTALOZZA, “‘Noch verfassungsmäßige’...”, o. cit., p. 526.

⁹⁶ FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., p. 279.

⁹⁷ Jörn IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, pp. 268-269. Cit. por FERREIRA MENDES, “O apelo...”, o. cit., p. 281.

⁹⁸ SCHLAICH y KORIOETH, o. cit., p. 290.

⁹⁹ Cf. al efecto, BÉGUIN, o. cit., pp. 239-241.

ción de antiguos miembros de la función pública fueron incrementados un 20% con efectos del 1.º de octubre. El aumento no se extendió, sin embargo, a las prestaciones que percibían una categoría de antiguos funcionarios (aquellos que el 8 de mayo de 1945 no habían sido repuestos en una situación de actividad o no habían encontrado una función equivalente a la de su antiguo estatuto funcionarial). Ante tal situación, varios recursos de queja constitucional fueron presentados por miembros de estas categorías, quienes demandaban la anulación de la ley de 1951 en base a que había llevado a cabo una discriminación injustificada entre diversas categorías de jubilados y pensionistas de la función pública.

El BVerfG iba a constatar que la nulidad no podía aquí ser una sanción apropiada frente a la eventual inconstitucionalidad, pues supondría tan solo la abrogación de la base legal de los sueldos de la función pública, mientras que la misma Grundgesetz requería el mantenimiento de tal fundamento legal. Por otro lado, la declaración de nulidad en nada absolutamente beneficiada a los demandantes en queja.

El Tribunal Constitucional no iba a apreciar una lesión del principio de igualdad, pero sí, por el contrario, del artículo 33.5 GG, en cuya virtud, el derecho de la función pública (“Das Recht des öffentlichen Dienstes”) debía ser regulado teniendo en cuenta los *principios tradicionales del funcionariado* (“der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums”), pues en cuanto los aumentos salariales tan solo pretendían otorgar a los funcionarios en activo o jubilados un standard mínimo de vida, la privación del aumento a las mencionadas categorías privaba a sus integrantes del mínimo constitucionalmente requerido.

Constatada la violación de derechos fundamentales de los demandantes en queja, el Tribunal soslayaba la anulación de los preceptos legales, a fin de evitar un vacío jurídico conducente a privar de base legal el pago de los sueldos y pensiones de los funcionarios, base legal, como acaba de decirse, exigida constitucionalmente por el mencionado artículo 33.5 GG. Así las cosas, el BVerfG se limitaba simplemente a constatar que el legislador federal, al abstenerse de modificar (de incrementar en realidad) ciertos sueldos y pensiones, había atentado contra un derecho garantizado por el artículo 33.5 GG, decisión que tenía como efecto desencadenar la obligación del legislador de adoptar en beneficio del grupo concernido una ley conforme con las exigencias constitucionales del artículo 33.5.

Si la técnica de la declaración de nulidad es perfectamente válida para hacer frente a una inconstitucionalidad por acción, en casos como el comentado, en los que es la omisión parcial del legislador la desencadenante de la inconstitucionalidad, resulta patente lo inapropiado de tal técnica para reparar los perjuicios causados. Difícilmente la nulidad propiciará el restablecimiento del orden constitucional violado por la omisión relativa del legislador.

3. Un segundo factor proclive a este tipo de decisiones es la salvaguarda de la libertad de configuración del legislador. Pestalozza lo expresa claramente cuando alude a una segunda justificación de renuncia a la técnicamente posible (“*technisch mögliche*”) declaración de nulidad: el respeto a la libertad de configuración del legislador en el marco del artículo 3.º.1 GG (“*die Rücksichtnahme auf die sog. ‘Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers’ in Rahmen des Art. 3 I GG*”) a través de la declaración de incompatibilidad.¹⁰⁰ Es esta, por lo demás, una opinión ampliamente compartida por la doctrina germana, pero no solo por ella, también por la foránea. Así, Crisafulli sostiene¹⁰¹ que esta variante de decisión tiene la finalidad de dejar plenamente libre al poder legislativo en la elección de los modos con los que hacer cesar la comprobada vulneración de la Constitución.¹⁰² La libertad de configuración del legislador ha pasado a ser casi una especie de cláusula general para justificar la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad sin un pronunciamiento de nulidad,¹⁰³ con base en que tal libertad exige que sea el poder legislativo el que decida acerca de las posibles alternativas en presencia para la eliminación de la inconstitucionalidad.

No han faltado, sin embargo, críticas frente a tal argumento, al entender algunos sectores de la doctrina¹⁰⁴ que la libertad de configuración del legislador no se ve afectada en la mayoría de los casos, en tanto en cuanto el poder legislativo puede dictar normas tanto después de una declaración de nulidad cuanto tras una declaración de mera incompatibilidad o inconstitucionalidad.

La sentencia de 15 de febrero de 1967¹⁰⁵ puede ejemplificar estos casos. La ley de 16 de agosto de 1961, sobre la profesión de consejero o consultor fiscal, declaró incompatible con la práctica de esta profesión el ejercicio de una actividad comercial o industrial o de una actividad asalariada, con las salvedades que la propia ley determinaba. Dos recursos de queja constitucional desencadenaban el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. Para este, las normas de incompatibilidad no eran *per se* desproporcionadas, pero eran formuladas sin restricción alguna, de modo que se aplicaban incluso a las personas que habían venido ejerciendo hasta ese mismo momento una actividad comercial además de su profesión de asesor fiscal, ejercicio que, en ocasiones, se realizaba desde largo tiempo atrás.

¹⁰⁰ PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht...*, o. cit., p. 344.

¹⁰¹ Vezio CRISAFULLI, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 4.º, pp. 129 ss.; en concreto, p. 141.

¹⁰² Análoga posición mantienen, entre otros, Angelo Antonio CERVATI, “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, en *Quaderni Costituzionali*, año IX, n.º 2, agosto de 1989, pp. 257 ss.; en concreto, p. 270. Asimismo, BÉGUIN, o. cit., pp. 250 ss. Y también ZEIDLER, o. cit., p. 49.

¹⁰³ Gilmar FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., pp. 275-276.

¹⁰⁴ Cf. al efecto IPSEN, o. cit., p. 44.

¹⁰⁵ Cf. al respecto, BÉGUIN, o. cit., pp. 257-258.

La obligación de escoger entre una u otra actividad no era previsible para tales personas, circunstancia de la que, a juicio del BVerfG, resultaba una sensible limitación de su derecho fundamental al libre ejercicio de una profesión, garantizado por el artículo 12.1 GG (“Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen”: ‘Todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y su lugar de formación’).

Entiende el Tribunal que en la medida en que la obligación de abandonar de inmediato una actividad comercial o industrial sería, para las personas concernidas, excesiva a la vista del principio de proporcionalidad, el legislador debe adoptar una reglamentación transitoria cuya forma y diseño ha de ser dejada a su propia apreciación, aunque el Tribunal señala que la antigüedad en el ejercicio de la profesión, la naturaleza e importancia económica de la actividad comercial e industrial, la edad del interesado y las posibilidades de retirarse de sus negocios sin pérdidas, pueden ser elementos a tomar en consideración.

Otro ejemplo nos puede venir dado por la sentencia de 11 de mayo de 1970. El Tribunal Constitucional Federal había sido instado por el Bundesfinanzhof (Tribunal Federal de Hacienda) a que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la ley de 23 de septiembre de 1958, relativa al impuesto sobre la renta, de acuerdo con la cual, las plusvalías obtenidas por la venta de un terreno no se hallaban comprendidas dentro de la base imponible, esto es, sujeta al impuesto, de un agricultor. El BVerfG entiende que, en el marco de su política agrícola, el legislador podía conceder ciertas ventajas a los agricultores, y precisa que no corresponde al Tribunal controlar si el legislador había adoptado la solución más justa, apropiada y racional. Era claro, pues, que una intervención selectiva del Estado bajo la forma de una exoneración fiscal no suponía sin más una ruptura del principio de igualdad. Ahora bien, el BVerfG precisaba que debía velar para que tal exoneración fiscal se aplicara a situaciones de hecho equivalentes.

Admite el Tribunal que pertenece a los órganos legislativos definir las condiciones en las que los hándicaps económicos de la agricultura pueden ser compensados a través de ventajas fiscales, por ejemplo, cuando los terrenos permanecen dedicados al uso agrícola. Pero cuando no es este el caso, por ejemplo, con la urbanización de esos terrenos, el privilegio ya no se halla justificado. Es por lo mismo por lo que el BVerfG cuestiona el privilegio indiferenciado (“unterschiedslose Privilegierung”) previsto por el legislador.

La referida exoneración fiscal se presentaba en el texto legal bajo la forma de una disposición expresa y diferenciada. Su anulación era perfectamente posible, pero conducía a la desaparición del conjunto de un régimen fiscal que, en sí mismo, no era inconstitucional.

Por otro lado, el legislador podía restablecer la igualdad de diferentes modos: descartando pura y simplemente tal régimen exoneratorio, pero también precisando las condiciones en que podía aplicarse. En coherencia con todo ello, el BVerfG declaraba la disposición fiscalizada incompatible con el artículo 3.º.1 GG, si bien no daba ninguna directriz al órgano que había planteado la cuestión de constitucionalidad, el Bundesfinanzhof. Este sorprendente silencio, como recordaba Béguin,¹⁰⁶ desencadenaría una notable controversia sobre las consecuencias de una declaración de mera incompatibilidad, o lo que es lo mismo, de inconstitucionalidad sin nulidad. Tampoco debe extrañar ahora en exceso tal circunstancia, pues, con una perspectiva amplia, la actuación del BVerfG nos muestra que en aquellos supuestos en que el principio de igualdad ha sido infringido y en los que su restablecimiento, a través de la extensión del privilegio o beneficio concedido inicialmente a tan solo unos sectores de individuos, entraña unas consecuencias presupuestarias relevantes, por el incremento que supone para el erario público la ampliación del beneficio, el Tribunal Constitucional se ha mostrado sensible a tal circunstancia, la cual, de modo más o menos explícito, ha operado como un argumento más para deferir al legislador la formulación del diseño legal que estime más apropiado a la vista de todos los elementos en presencia.

En último término, creemos de interés poner de relieve que, como regla general, y ello ya ha quedado implícito en alguno de los casos comentados, la omisión legislativa ha asumido un rol relevante para la fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. Se han subrayado incluso las semejanzas de algunos supuestos con los presupuestos de una omisión absoluta o total.¹⁰⁷ Y en tales casos omisivos, el Tribunal Constitucional Federal se ha venido absteniendo de declarar la nulidad con base en la consideración de que la transgresión constitucional derivaba no de la regulación, sino, normalmente, de su incomplitud, circunstancia a la que se reconducía tanto la omisión del desarrollo del complejo normativo, como la exclusión arbitraria de beneficio.

4. Llegados aquí, es el momento de que nos centremos en las consecuencias jurídicas de las decisiones de que nos estamos ocupando.

En su análisis sobre el dilema en la praxis del control normativo de constitucionalidad entre las declaraciones de inconstitucionalidad y de nulidad, Ipsen comienza poniendo de relieve cómo un *dogma inamovible* (“unverrückbares Dogma”) como era el de la nulidad de

¹⁰⁶ Jean-Claude BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, o. cit., p. 262.

¹⁰⁷ FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., pp. 274-275.

las normas inconstitucionales (“die Nichtigkeit der verfassungswidrigen Norm”) ha evolucionado en la jurisprudencia del Tribunal a través de un laberinto dogmático (“einem dogmatischen Labyrinth”) hasta llegar al extremo de que las consecuencias jurídicas de la inconstitucionalidad de las normas (“die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen”) son determinadas por el propio Tribunal Constitucional nach Ermessen, esto es, a través de su libre albedrío,¹⁰⁸ por todo lo cual el propio autor concluye que estamos en presencia de “eine genuin richterrechtliche Figur”¹⁰⁹ (una genuina figura jurídica judicial). Este carácter ciertamente peculiar y genuino podría entrelazarse, y así lo hace Cervati,¹¹⁰ con la pauta tendencial que, desde tiempo atrás, se puede apreciar en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, a desarrollar de modo flexible el propio control de constitucionalidad, y ello no solo al nivel de la interpretación de los parámetros constitucionales, cada vez más elásticos y vinculados con las situaciones de hecho, sino también con referencia al tipo de dispositivo al que vienen recurriendo de vez en cuando.

No puede extrañar a la vista de lo que se acaba de decir que no siempre sean del todo claras las consecuencias jurídicas de la declaración de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad. Abona tal circunstancia el hecho de que esos efectos no pueden ser inferidos directamente de la BVerfGG. La ley, en efecto, tan solo prevé en su artículo 79 que contra una sentencia penal firme (“gegen ein rechtskräftiges Strafurteil”) que se base en una norma declarada incompatible con la Grundgesetz o en una interpretación considerada por el BVerfG como incompatible con la Ley Fundamental, cabrá recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento procesal penal (o criminal) (“Strafprozeßordnung”). Tal determinación, aunque circunscrita al proceso penal, parece mostrar un deseo implícito del legislador de que una norma declarada en sede constitucional incompatible con la Ley Fundamental, aun cuando no invalidada, no sea aplicada. En cualquier caso, las consecuencias jurídicas de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad siguen sin ser del todo claras, e incluso, como apunta Schlaich,¹¹¹ en casos concretos, conducen a incertidumbres apenas soportables en lo referente a la situación jurídica transitoria.

La praxis muestra que en su primera jurisprudencia el BVerfG consideró admisible la aplicación provisional de una ley declarada incompatible con la Constitución. Ciertamente, esta doctrina iba a cambiar en la relevante sentencia relativa a la nacionalidad de los hijos

¹⁰⁸ IPSEN, o. cit., p. 41.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Antonio CERVATI, “Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi”, en la obra colectiva, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del Convegno. Trieste 26-28 maggio 1986)*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 125 ss.; en concreto, pp. 133-134.

¹¹¹ SCHLAICH, o. cit., p. 198.

provenientes de los llamados *matrimonios mixtos*, en la que el Tribunal Constitucional vino a equiparar, en lo relativo a la aplicación de la ley declarada incompatible con la Grundgesetz, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad a la declaración de nulidad. Dicho de otro modo, la ley considerada incompatible con la Grundgesetz, lisa y llanamente, no puede ser aplicada. Sin embargo, esta regla general no dejó de tener alguna excepción, en particular, cuando la inaplicación generase un vacío jurídico intolerable para el ordenamiento constitucional. Y así, en la sentencia precedentemente aludida, el BVerfG consideró que la inaplicación de la ley reguladora del régimen jurídico que debía aplicarse respecto a la nacionalidad de los hijos de matrimonios mixtos generaba un vacío legislativo que propiciaba una situación aún más alejada de la voluntad constitucional de la que se producía de resultas de su aplicación. En definitiva, la posición del BVerfG puede compendiarse¹¹² en la idea de que el Tribunal admite la legitimidad de la aplicación provisional de la ley declarada incompatible con la Grundgesetz si razones de índole constitucional y, en particular, motivos de seguridad jurídica, convierten en imperiosa la vigencia temporal de la ley inconstitucional.

La situación que genera la aplicación de una ley ya expresamente declarada inconstitucional no deja de ser paradójica, aun cuando se pueda considerar asentada en el genérico argumento del *mal menor*. Con todo, la doctrina alemana, por lo general, se ha mostrado de acuerdo con esta situación. Pestalozza precisa al respecto que la jurisprudencia constitucional muestra ampliamente que la vigencia de las normas inconstitucionales (“die Geltung verfassungswidriger Normen”) debe ser derivada del sistema jurídico (“aus dem Rechtssystem abzuleiten”) y no de un orden independiente (“nicht auf eine selbständige ‘Anordnung’“) que se deba al Tribunal Constitucional Federal.¹¹³ No se puede decir otro tanto de la doctrina foránea, entre la que este tipo de decisiones no deja de suscitar algunas formulaciones críticas. Este sería el caso, por poner un ejemplo, de Elia, para quien la lógica continuidad de la aplicación parcial de la ley inconstitucional denuncia la falta de lógica (“illogicità”), la íntima contradicción (“contraddittorietà”) de la solución acogida por el Tribunal de Karlsruhe.¹¹⁴

Al margen ya de la salvedad precedentemente señalada, la regla general es que la declaración de inconstitucionalidad, aún sin el pronunciamiento de nulidad, impide que los tribunales o que la Administración puedan aplicar la ley en cuestión. Puede hablarse,

¹¹² FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 286.

¹¹³ PESTALOZZA, “‘Noch verfassungsmäßige’...”, o. cit., pp. 565-566.

¹¹⁴ Leopoldo ELIA, “Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)”, en *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, Padua, CEDAM, 1985, vol. I, pp. 299 ss.; en concreto, p. 309.

pues, de un efecto de suspensión o bloqueo de la aplicación de la norma (*Anwendungssperre*), aunque esta no quede eliminada del ordenamiento jurídico. Ipsen, que, como ya se dijo, en un determinado momento habla de una “paralización jurídica por razón de Estado” (“Rechtsstillstand aus Staatsräson”), considera¹¹⁵ que la suspensión de la aplicación de la norma (*Normanwendungssperre*) debe entenderse no como una precaución o cautela para situaciones de excepción, sino como una consecuencia jurídica dimanante de la declaración de inconstitucionalidad (“Rechtsfolge der Verfassungswidrigerklärung”). No se puede olvidar al respecto algo a lo que ya aludimos: que el artículo 31.2 BVerfGG otorga fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) a la sentencia en los casos de los recursos de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), cuando esta declare incompatible (*unvereinbar*) con la Ley Fundamental una determinada ley. No hay, pues, en relación a este efecto, diferencia alguna entre las resoluciones que declaren la compatibilidad, la mera incompatibilidad o la nulidad de la ley impugnada a través del *Verfassungsbeschwerde*. Ello se traduce a su vez en la paralización de los procesos pendientes ante los tribunales ordinarios de justicia. Esta suspensión del proceso debe perdurar hasta tanto el legislador proceda a dictar un nuevo texto legal o a reformar el tildado de incompatible con la Grundgesetz.

La consecuencia jurídica más relevante de este tipo de decisiones es, obviamente, la imposición al legislador de la obligación de suprimir la situación inconstitucional. Como escriben Schlaich y Koriotoh,¹¹⁶ “das BVerfG verbindet seine Feststellung mit dem Appell an den Gesetzgeber zu handeln” (“el Tribunal Constitucional Federal une su declaración con la apelación a actuar al legislador”). Tal apelación puede complementarse con la formulación de un mandato constitucional (“zur Formulierung eines Verfassungsauftrags”) o incluso con la fijación de un plazo (“einer Fristsetzung”). Como es obvio, el transcurso del tiempo concedido al legislador sin que este proceda a cumplir con su deber de legislar, se nos antoja un supuesto más teórico que real, aunque es evidente que, de producirse, no podría dejar de tener consecuencias jurídicas de ser instado el BVerfG a pronunciarse al respecto, en cuyo caso la respuesta lógica habría de ser la total invalidación de la ley previamente tildada de incompatible con la Grundgesetz.

Un sector de la doctrina ha equiparado la situación que, en ocasiones, puede crear estas decisiones al efecto que la legislación austriaca posibilita al prever una *vacatio sententiae*. Y así, Schlaich, refiriéndose a la sentencia relativa a la admisión en establecimientos de enseñanza superior, pone de relieve que la decisión del Tribunal de considerar que el artículo 17 de la Ley de Universidades era incompatible con la Grundgesetz, pese a lo cual precisó

¹¹⁵ IPSEN, o. cit., p. 44.

¹¹⁶ SCHLAICH y KORIOOTH, o. cit., p. 293.

que debía ser aplicado hasta la elaboración de una nueva regulación legislativa y fijó el plazo en que esta debía ser aprobada, recuerda la solución austriaca.¹¹⁷ También D'Orazio, entre la doctrina foránea, se sitúa en esta línea de pensamiento, considerando que la disociación (lógica y cronológica) de los dos momentos (el de la incompatibilidad y el de la nulidad) en la jurisprudencia del BVerfG equivale, sustancialmente, a la *vacatio sententiae* austriaca.¹¹⁸ Y entre nosotros, Rubio Llorente entiende que este modo de operar del Tribunal Constitucional Federal entraña un regreso a la vieja fórmula austriaca de diferir la eficacia de la declaración de nulidad para que el legislador pueda mientras tanto obrar en consecuencia, si bien hay una divergencia que no puede dejar de ser tenida en cuenta: en tanto que en Austria esta solución, prevista constitucionalmente, resulta perfectamente coherente con la teoría del legislador negativo, cuyas decisiones son constitutivas y operan *ex nunc*, es difícil justificarla en un sistema en el que se atribuye a las decisiones del juez constitucional naturaleza declarativa y eficacia *ex tunc*.¹¹⁹

Bien significativo de la proximidad de la solución jurisprudencialmente asumida por el BVerfG a la fórmula austriaca es el hecho de que entre 1969 y 1970 se intentara la reforma del artículo 79 BVerfGG, al que ya hemos aludido, precepto que regula algunos de los efectos de estas decisiones, con la finalidad de aproximar esta disposición a la fórmula austriaca,¹²⁰ reforma que finalmente sería rechazada por el Bundestag, que, como ya se expuso, en 1970, se limitó a admitir la alternativa entre la inconstitucionalidad con nulidad o sin ella.

En fin, de la relevancia que esta técnica decisoria ha adquirido en la vida del Tribunal Constitucional Federal da buena prueba el hecho de que en el lapso de tiempo que va de 1970 a 1982 el número de declaraciones de mera inconstitucionalidad y el de nulidad eran equivalentes,¹²¹ lo que revela el notabilísimo crecimiento de las *Unvereinbarkeitserklärung*, particularmente tras su positivación en 1970.

¹¹⁷ SCHLAICH, o. cit., pp. 197-198.

¹¹⁸ D'ORAZIO, "Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana", en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 31, setiembre-diciembre de 1991, pp. 59 ss.; en concreto, p. 91.

¹¹⁹ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, enero-abril de 1988, pp. 9 ss.; en concreto, pp. 36-37.

¹²⁰ La reforma pretendía introducir un nuevo primer párrafo en el artículo 79 BVerfGG del siguiente tenor: "El Tribunal Constitucional Federal, por graves motivos de interés público, podrá establecer en su decisión que una ley declarada nula continúe en vigor hasta el momento en que la decisión judicial haya determinado su pérdida de vigencia. Este término no puede ser posterior a la producción de los efectos de la decisión". Cf. al efecto, María Jesús MONTORO CHINER, "Protección de la familia y fiscalidad (A propósito de la STC 45/1989, de 20 de febrero)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, enero-abril de 1990, pp. 223 ss.; en concreto, pp. 228-229.

¹²¹ SCHLAICH, o. cit., p. 575.

3.3. LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS O DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG)

1. El BVerfG, como casi todos los órganos equivalentes, hizo suya desde los primeros momentos la técnica decisoria de la interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*), que ya era conocida por la Supreme Court, y de la que se ha dicho que también lo fue en la época de Weimar.¹²²

El BVerfG también se vale de esta técnica para hacer frente a ciertas omisiones legislativas. Este tipo de decisiones es sobradamente conocido y, además, es obvio que presenta un interés menor que las antes examinadas a los efectos de la cuestión que venimos tratando. Por lo mismo, le dedicaremos tan solo una muy superficial atención.

Es bien sabido que esta técnica entraña que una disposición susceptible de interpretación solo pueda ser declarada inconstitucional cuando ninguna de las interpretaciones posibles —o, si se prefiere, ninguna de las normas extraíbles por vía hermenéutica de tal disposición— sea conforme a la Constitución. Como hace ya más de cuarenta años señalara Crisafulli, y su reflexión tiene plena actualidad, las sentencias interpretativas requieren utilizar la distinción conceptual entre *disposición* y *norma*, como producto o resultado esta última de la interpretación de los textos en estrecha conexión con el entero sistema del derecho objetivo.¹²³

El principio de la interpretación conforme hunde sus raíces en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*) pues, como dice Hesse,¹²⁴ en función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la propia Grundgesetz. O, como desde otra óptica aduce Haak,¹²⁵ la interpretación conforme a la Constitución de la ley afecta a la incontrovertibilidad del ordenamiento jurídico (“Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung”). En cuanto

¹²² Se ha señalado por Flad que ya en Weimar, en relación al control abstracto del derecho de los Länder, al amparo del párrafo segundo del artículo 13 de la Constitución de 1919, que contemplaba el que podríamos llamar “control de federalidad”, se percibió que cuando una disposición de un Land que pareciese válida en sí misma, mostrase que una de sus aplicaciones pudiese revelarse inconstitucional, sería legítimo declarar la incompatibilidad de esa aplicación de la disposición jurídica del Land respecto del derecho federal. Flad apunta incluso a la decisión del Reichsgericht de 29 de mayo de 1923, en la que, a su juicio, el Tribunal habría declarado expresamente la inconstitucionalidad de una determinada aplicación de la norma jurídica de un Land. Wolfgang FLAD, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexecution*, Heidelberg, 1929, p. 43. Cit. por FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 288, nota 224.

¹²³ Vezio CRISAFULLI, “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte costituzionale”, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año XXI, n.º 1, marzo de 1967, pp. 1 ss.; en concreto, p. 2.

¹²⁴ Konrad HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 54-55.

¹²⁵ Volker HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1963, p. 304.

la Constitución es visualizada como *contexto superior* (“vorrangiger Kontext”) de las demás normas jurídicas, las leyes y las disposiciones infralegales han de ser interpretadas forzosamente en consonancia o conformidad con la Constitución.

La interpretación conforme a la Constitución es, obviamente, interpretación,¹²⁶ lo que se traduce en que uno de los límites de esta técnica se encuentra en el sentido literal inequívoco (“im eindeutigen Wortsinn”);¹²⁷ dicho de otro modo, solo cuando exista una *res dubida* cabrá recurrir a este principio,¹²⁸ y, en pura lógica, la interpretación debe de conducir a un resultado inequívoco. La equivocidad del sentido de la disposición que posibilita la *Verfassungskonforme Auslegung* se manifiesta lógicamente en que la disposición legal se interpreta de modo diferenciado: por un lado, hay una interpretación en armonía con la Constitución (“einen Auslegung in Einklang mit der Verfassung”) y, por otro, puede propiciar una contradicción con ella (“Widerspruch zu ihr”).¹²⁹ De ahí que, a través de la interpretación conforme a la Constitución, determinadas *posibilidades interpretativas* (“Auslegungsmöglichkeiten”), por utilizar la expresión de Schlaich y Koriotoh,¹³⁰ puedan ser declaradas inconstitucionales. Quizá por ello algún autor, como es el caso de Zeidler, entienda que la interpretación conforme a la Constitución presenta analogías funcionales con la declaración de nulidad parcial de una norma, aunque esta evite justamente la declaración de nulidad de la disposición legal.¹³¹

Se admite de modo generalizado que el principio que nos ocupa se vincula estrechamente con el principio de conservación de la norma, con el que se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución y la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador. El respeto al legislador, que en cada momento histórico actualiza la voluntad soberana del pueblo, y la confianza acerca de su observación y correcta interpretación de los

¹²⁶ “Verfassungskonforme Auslegung —escriben Schlaich y Koriotoh— ist also Auslegung”. SCHLAICH y KORIOOTH, o. cit., p. 296.

¹²⁷ HAAK, o. cit., p. 304. Haak alude a otro límite de este principio, la tendencia histórica de las leyes (“der historischen Tendenz des Gesetzes”).

¹²⁸ El Tribunal Constitucional Federal ha consagrado esta orientación en la medida en que reconoce que la expresión literal impone un límite a la interpretación conforme. Por otro lado, Ferreira Mendes recuerda (en *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 290) que el BVerfG, siguiendo una orientación jurídico-funcional, ha entendido que también los propósitos perseguidos por el legislador imponen límites a la interpretación conforme, lo que no puede considerarse sino como una manifestación más del principio de la autolimitación judicial (*judicial self-restraint*), al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos.

¹²⁹ Reinhold ZIPPELIUS, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en Christian STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festschrift aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, herausgegeben von, segundo volumen, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 108 ss.; en concreto, p. 108.

¹³⁰ SCHLAICH y KORIOOTH, o. cit., p. 266.

¹³¹ ZEIDLER, o. cit., p. 42. En análogo sentido se pronuncia Schlaich, quien no manifiesta duda alguna cuando con relación a este principio escribe, “In realtà si tratta di una dichiarazione di parziale nullità di una legge”. SCHLAICH, o. cit., p. 577.

principios constitucionales, subyacen en la *Verfassungskonforme Auslegung*. En esta misma dirección, Zippelius habla del argumento del *favor legis*. A su juicio, un argumento adicional para una interpretación conforme a la Constitución se deriva desde el punto de vista del control normativo (“der Sicht der Normenkontrolle”). Desde esta óptica, una norma tiene validez (*Gültigkeit*) en su interpretación cuando puede existir junto a la Constitución sin contradicción.¹³²

También Simon admite¹³³ que esta perspectiva hermenéutica fue desarrollada al servicio del mantenimiento de las normas y de la autoridad del legislador, si bien —precisa de inmediato— ilustra asimismo la ambivalencia de los esfuerzos por respetar el ámbito de otros órganos del Estado, ya que fuerza a la interpretación del derecho ordinario y, de esa forma, se inmiscuye en la función de los jueces y tribunales, e incluso puede llegar a deformar la auténtica voluntad del legislador con la preferencia por determinadas fórmulas que este habría podido establecer. La elección del Tribunal Constitucional, que a veces puede acontecer de modo *acrobático*, por utilizar los términos de Stern, hace surgir las dudas acerca de si el legislador es realmente más tutelado a través de esta técnica. Existe el peligro, dirá de nuevo Schlaich,¹³⁴ de que una interpretación conforme a la Constitución interfiera en mayor medida en la libertad legislativa de lo que puede hacerlo la declaración de nulidad.

El BVerfG, como antes se dijo, se vale de esta técnica hermenéutica para rellenar —dicho impropiamente— las lagunas generadas, entre otras causas, por las omisiones legislativas, particularísimamente por las omisiones relativas o parciales. El grupo de casos en que el BVerfG opera así ha sido considerado por Gusy, como también ya se señaló, como ejemplo de una *optimización constitucional* (“verfassungsrechtliche Optimierung”),¹³⁵ en cuanto posibilitan una *construcción* en conformidad con la Constitución mediante la analogía, la reducción o a través de la extracción de premisas normativas incuestionables de la propia Ley Fundamental.

La interpretación conforme a la Constitución tiene efectos *erga omnes*, pues la ley, en el futuro, deberá ser interpretada tal y como ha determinado el BVerfG, y no como parecía inferirse de su propia literalidad. Así lo ha entendido la doctrina,¹³⁶ y así lo ha considerado igualmente el Tribunal Constitucional Federal.¹³⁷

¹³² ZIPPELIUS, o. cit., p. 110.

¹³³ SIMON, o. cit., pp. 853-854.

¹³⁴ SCHLAICH, o. cit., p. 576.

¹³⁵ Christoph GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, p. 214. Cit. por FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional...*, o. cit., p. 288.

¹³⁶ Así, por ejemplo, SCHLAICH, o. cit., pp. 576-577.

¹³⁷ Atendiendo a la jurisprudencia constitucional (BVerfGE 64, 229 [242]; 88, 203 [331]) y refiriéndose a la variante de las resoluciones de interpretación de las leyes constitucionalmente conforme (“Entscheidungsvariante der

2. Hemos de terminar este análisis de la tarea realizada por el BVerfG en relación con las omisiones del legislador. Quizá pueda ser de utilidad, desde una óptica general, recordar la reflexión llevada a cabo por Walter en torno al rol del Tribunal Constitucional Federal en los procesos de cambios constitucionales.¹³⁸ Con vistas a reducir la tensión entre normatividad y cambio, el citado autor propone la comprensión del derecho constitucional desde la perspectiva del proceso de su aplicación por el BVerfG, enfoque que gira en torno al trascendental rol del Tribunal Constitucional Federal en cuanto órgano central de la interpretación constitucional. Y si al Tribunal hoy, como dice Walter en la conclusión de su trabajo,¹³⁹ se le encomienda la obligación (“die Aufgabe”) de defender la continuidad de la Ley Fundamental (“die Kontinuität des Grundgesetzes”) frente a las demandas de cambios correspondientes a la actualidad (“verändernden Anfragen der jeweiligen Gegenwart”), antaño asumió la labor de acomodar el orden social a los principios y valores constitucionales. No ha de pensarse, ni mucho menos —precisaríamos por nuestra cuenta—, que se trate de dos tareas diferenciadas. Bien al contrario, se trata de la misma labor: acomodar las respuestas normativas que los poderes públicos en general y el legislador en particular dan en cada momento, frente a los requerimientos sociales, a los principios y valores constitucionales, interpretados no como un orden estático, sino flexible y evolutivo. En esta tarea, que presupone un recíproco acoplamiento, las técnicas decisorias creadas con gran libertad de criterio por el juez constitucional alemán en respuesta, entre otras demandas, a las exigencias de las omisiones legislativas, aún deudoras de una coyuntura bien distinta, como era la de la sociedad de la posguerra alemana, y, por supuesto, no exentas de aspectos críticos que han sido expuestos, creemos que siguen siendo perfectamente válidas, entre otras razones porque la mutante realidad social sigue planteando nuevos retos jurídicos a los que el legislador no siempre da la adecuada respuesta en tiempo oportuno. Las omisiones del legislador han tenido mucho que ver con estos tipos peculiares de decisiones que contribuyen a mostrarnos con toda crudeza lo lejos que se halla el Tribunal Constitucional Federal del estricto rol kelseniano del legislador negativo.

verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen”), Weber subraya el principio (“die Grundsätzlich”) de que tales resoluciones obligan a todos y cada uno de los jueces (“jedem Richter obliegt”) y son preferidas como “interpretación” (“und als ‘Auslegung’ zu bevorzugen ist”). Albrecht WEBER, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian STARCK y Albrecht WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 37 ss.; en concreto, p. 61.

¹³⁸ Christian WALTER, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des BVerfG im Prozeß des Verfassungswandels”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 125, 2000, n.º 4, pp. 517 ss.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 550.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, “The Rise of World Constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997.
- BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, n.º 57, septiembre-diciembre de 1986.
- BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, París, Economica, 1982.
- BENDA, Ernst, “Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 32, n.º 13-14, julio de 1979.
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BRYDE, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1982.
- CAPPELETTI Mauro en su clásica obra *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1955.
- CERVATI, Angelo Antonio, “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, en *Quaderni Costituzionali*, año IX, n.º 2, agosto de 1989.
- CERVATI, Antonio, “Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi”, en la obra colectiva *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986)*, Milán, Giuffrè, 1988.
- CRISAFULLI, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, vol. 4, 1977.
- “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte costituzionale”, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año XXI, n.º 1, marzo de 1967.
- D’ORAZIO, Giustino, “Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, fasc. 1.
- D’ORAZIO, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 31, setiembre-diciembre de 1991.

- DENNINGER, Erhard, “Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt”, en *Juristenzeitung (JZ)*, n.º 23-24, 9 de diciembre de 1966.
- DETTBERG, Steffen, “Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG auch bei normativem Unterlassen?”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, n.º 20, octubre de 1990.
- ELIA, Leopoldo, “Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)”, en *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padua, CEDAM, 1985.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, “Die Einstweilige Anordnung”, en Christian STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, primer volumen (“Verfassungsgerichtsbarkeit”), Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- FERREIRA MENDES, Gilmar, “O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIII, 1992.
- “O controle da omissão inconstitucional”, en Jairo SCHÄFER (org.), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Florianópolis, Conceito, 2007.
- *Jurisdição constitucional (O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha)*, 5.ª ed., San Pablo, Saraiva, 2005.
- FRIESENHAHN, Ernst, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Hermann MOSLER (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Länderberichte und Rechtsvergleichung)*, Colonia y Berlín, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht y Carl Heymanns Verlag, 1962.
- GROßFELD, Bernhard, “Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 48, vol. 2, 1995.
- Grundgesetz, Menschenrechtskonvention, Europäischer Gerichtshof, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz, Untersuchungsausschussgesetz*, 41.ª ed., Múnich, Deutscher Taschenbuch, 2007, pp. 145 ss.
- GUSY, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 1985.
- HAAK, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1963.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- “Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel”, en *Juristen Zeitung (JZ)*, año 50, 17 de marzo de 1995.
- IPSEN, Jörn, “Nichtigerklärung oder ‘Verfassungswidrigerklärung’ - Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis”, en *Juristenzeitung (JZ)*, año 38, n.º 2, 21 de enero de 1983.
- *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980.
- JEKEWITZ, Jürgen, “Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber (Zu den Vorwirkungen von Existenz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Bereich der Gesetzgebung)”, en *Der Staat*, vol. 19, 1980.
- KALKBRENNER, Helmut, “Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 16, vol. 2, enero de 1963.
- KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 42, n.º 27, 5 de julio de 1989.
- “Verfassungsprozeßrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (ÄöR)*, vol. 108, n.º 3, septiembre de 1983.
- KORINEK, Karl, “La Jurisdicción constitucional en el sistema de las funciones estatales”, en *Revista Uruguaya de Estudios Internacionales*, año 3-4, n.ºs 5-9, 1984-1985.
- KRIELE, Martin, “Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. Zum Problem des judicial self-restraint”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 29, n.º 18, 5 de mayo de 1976.
- KRÜGER, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart-Berlín-Colonia, Kohlhammer, 1966.
- LANDFRIED, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- “Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany”, en Christine LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
- LECHNER, “Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, año 8, n.º 49, 9 de diciembre de 1955.
- MOENCH, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 1977.
- MONTORO CHINER, María Jesús, “Protección de la familia y fiscalidad (A propósito de la STC 45/1989, de 20 de febrero)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, enero-abril de 1990.

- OBERNDORFER, “Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen (Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen)”, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, año 15, n.º 8-9, 6 de mayo de 1988.
- PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica, 2003.
- PESTALOZZA, Christian, “‘Noch Verfassungsmässige’ und ‘bloss Verfassungswidrige’ Rechtslagen (Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände)”, en Christian STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, primer volumen (“Verfassungsgerichtsbarkeit”), Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- *Verfassungsprozeßrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder)*, 3.ª ed. revisada, Múnich, C. H. Beck, 1991.
- PICARDI, Nicola, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Milán, Giuffrè, 1977.
- RUBIO LORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, enero-abril de 1988.
- RUPP-v. BRÜNNECK, Wiltraut, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?”, en Theo RITTERSPACH y Willi GEIGER (eds.), *Festschrift für Gebhard Müller (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts)*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.
- SACHS, Michael, “Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, año 35, n.º 1, enero de 1982.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, “Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen”, en *Verwaltungs-Archiv (VerwArch)*, vol. 82, n.º 3, 1 de julio de 1991.
- SCHLAICH Klaus, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, n.º 3, diciembre de 1982.
- “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 133 ss.
- SCHLAICH, Klaus, y Stefan KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5.ª ed. revisada, Múnich, C. H. Beck, 2001.

- SCHNEIDER, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5, mayo-agosto de 1982.
- SCHOLZ, Rupert, “Alemania, cincuenta años de la Corte Constitucional Federal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- “Das Bundesverfassungsgericht, Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, n.º 16/1999.
- SCHULTE, Martin, “Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, año 103, 15 de diciembre de 1988.
- SEIWERTH, *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*, Berlín, 1962.
- SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP y Marcial Pons, 1996.
- TROCKER, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. CLXXVIII, fascículos 1-2, enero-abril de 1970, pp. 88 ss.; en concreto, pp. 100-101.
- WALTER, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des BVerfG im Prozeß des Verfassungswandels”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 125, n.º 4, 2000.
- WEBER, Albrecht, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian STARCK y Albrecht WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.
- WEBER Albrecht, “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, 2003. Versión original: “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian STARCK y Albrecht WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, t. I (“Berichte”), Baden-Baden, Nomos, 2.ª ed., 2007.
- WESSEL, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, año 67, n.º 6, 15 de marzo de 1952.
- ZEIDLER, Karl, “Zum Verwaltungsrecht und Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz”, en *Der Staat*, 1962.

ZEIDLER Wolfgang, “Cour constitutionnelle fédérale allemande (Rapport. 7^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes)”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987.

ZIPPELIUS, Reinhold, “*Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*”, en Christian STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festschrift aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, herausgegeben von, segundo volumen, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

Derechos sociales, Carta de Derechos Fundamentales e integración europea* **

*Silvio Gambino****

RESUMEN. El autor realiza un interesante análisis de la evolución y situación actual de los derechos sociales y del Estado social, distinguiendo la realidad (con matices) de los países miembros de la Unión y de la propia Unión Europea. Destaca la tendencia histórica al uso de normas programáticas para regular estos derechos, así como el principal rol que le cupo a la jurisprudencia en su desarrollo, aunque con una fuerte dosis de inestabilidad. Luego de destacar el caso especial de la salud, refiere a lo que denomina frialdad social en la Unión (respecto a los derechos sociales) y la necesidad de regular estos derechos.

PALABRAS CLAVE. Derechos sociales. Unión Europea. Jurisprudencia. Derechos humanos. Integración europea.

ABSTRACT. The author provides an interesting analysis of the evolution and present situation of social rights and the welfare state, with an emphasis on the array of realities of the country members of the european union and the european union itself. The work highlights the historical trend to use programatic rules to regulate these rights, as well as the leading role of case law in its development, in spite of a sharp dose of instability. upon pinpointing the special case of health, the author refers to what he calls social coldness in the union (with respect to social rights) and the need to regulate these rights.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

*** Catedrático de Derecho Constitucional y Comparado, Universidad de Calabria (Italia).

KEY WORDS. Social rights. European Union. Case law. Human rights. European integration.

SUMARIO. **1.** Los derechos sociales fundamentales (en la Constitución y la legislación): la experiencia de los estados europeos desde una perspectiva comparada. **2.** Derechos sociales fundamentales e integración europea. **3.** Los derechos sociales en los nuevos Tratados. **4.** De la *Constitución jurisprudencial* a la Carta Europea de Derechos Fundamentales. **5.** Derechos fundamentales y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (nuevas positivaciones e incierta protección jurisdiccional).

1.

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES (EN LA CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN): LA EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS EUROPEOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Si se puede aún afirmar que el *déficit democrático* y las derivas tecnocráticas atestiguan todavía la falta de idoneidad del sistema constitucional europeo para ampliar los horizontes de la democracia (al menos de aquella constitucional, individualizada en la bicentenaria evolución posterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), parece aun más evidente que este constitucionalismo, con su carácter fragmentario, no induce a prefigurar un proceso lineal de progresiva reproducción de los cánones constitucionales del siglo XX, apenas transcurrido.¹ El constitucionalismo europeo, si de un lado absorbe gradualmente los poderes y competencias de los estados nacionales, erosionando la propia esencia de sus constituciones, de otro lado ha evitado calcar sus formas, reflejar sus mismos principios y repetir sus mismos valores, y en el nuevo siglo ha desplegado una grácil trama institucional sobre la que parece difícil tejer, con la tela de una ciudadanía que *integra* pero no *suple* aquella nacional, una nueva y *progresiva* época de los derechos y libertades.

¹ Sobre las problemáticas constitucionales provocadas por el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (cuyo *iter*, como sabemos, fue interrumpido por los rechazos referendarios de Francia y Holanda, cuando había sido ya ratificado por 18 países, entre los cuales se encontraba Italia), cf. entre la amplia bibliografía también nuestros “Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari”, así como “La protezione dei diritti fondamentali fra

En tal marco, el *derecho constitucional europeo*² —desde hace tiempo en *statu nascenti*, en via de lenta formación— evidencia dos componentes fundamentales. El primero —más inmediato de recoger— es dado por el derecho de la Unión, que, teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre principios generales, penetra en todos los derechos positivos nacionales, y cuya aplicación directa³ y prevalencia⁴ resultan desde hace tiempo consolidadas por las decisiones del Tribunal de Justicia, salvando la eventual colisión con los derechos fundamentales (sobre todo sociales) constitucionalmente garantizados por los estados.⁵ Sobre el segundo componente nos detendremos de forma más prolongada a continuación, subrayando las luces y sombras de la tutela de los derechos fundamentales en el nivel comunitario, examinada entre la perspectiva de la jurisprudencia de tipo pretoriano y la incertidumbre del proceso de positivación normativa de los derechos fundamentales cuyo término (primero en el Tratado constitucional y ahora en los nuevos tratados, reformados en Lisboa) está constituido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada en Niza el 7 de diciembre del 2000 y nuevamente proclamada, de modo solemne, el 12 de diciembre de 2007 en la sede del Parlamento Europeo de Estrasburgo), un documento político convertido —tras la ratificación de los nuevos tratados— en instrumento jurídico de tutela efectiva de estos derechos y, al mismo tiempo, verdadero y auténtico *Bill of rights* material del constitucionalismo europeo.⁶

1.1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y FORMA DE ESTADO: DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

También con la finalidad de reconstruir el debate cultural con el que se ha profundizado en la decisiva jurisprudencia a propósito de las *tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros*, invocadas en apoyo de la determinación, dentro de la noción de principios generales (igualmente de creación jurisprudencial) de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de los cuales el Tribunal de Justicia se ha reconocido garante, así como

Trattato costituzionale europeo e costituzioni nazionali. Prefazione”, ambas en S. GAMBINO (ed.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milán, 2006), también “Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale”, en M. SCUDIERO, *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Nápoles, 2005.

² Entre la amplia bibliografía del tema, cf. también “La Carta e le corti costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente”, en G. BRONZINI y V. PICCONE (eds.), *La Carta e le corti*, Taranto, 2007.

³ Sentencia *Van Gend en Loos* (asunto 26/62, sentencia del 5 febrero de 1963).

⁴ Sentencia *Costa c. Enel* (asunto 6/64, sentencia del 15 julio de 1964).

⁵ Cf. también S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.

⁶ Entre otros cf. C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bolonia, 2002; S. RODOTÀ, “La Carta come atto politico e documento giuridico”, en A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI y S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bolonia, 2001; R. BIFULCO, M. CARTABIA y A. CELOTTO, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bolonia,

para asumirlo con la misma intensidad que el debate habido en el seno de la Convención;⁷ a modo de premisa (esencial también) se nos impone analizar el estatuto jurídico de los derechos fundamentales sociales en los estados miembros de la Unión Europea. Se trata de individualizar la naturaleza, la tipología y la intensidad de su reconocimiento por el legislador ordinario y el legislador constitucional, así como las formas y la efectividad de la relativa protección jurisdiccional; en una palabra, el inventario de tales derechos en los ámbitos constitucionales de los estados miembros de la UE.⁸

Aunque sea con fórmulas diferentes y de diversa intensidad y amplitud en el reconocimiento y en la extensión de las singulares y específicas situaciones jurídicas, tras la breve e importante experiencia en la materia que significó la Constitución de Weimar (1919), se puede afirmar que en el constitucionalismo europeo de la segunda mitad de siglo XX, tras las dos guerras mundiales, resulta ya positivada una estrecha relación entre la concepción (avanzada, *progresiva*) de democracia, el modelo de Estado y los derechos fundamentales. De forma distinta a cuanto había sido afirmado en el constitucionalismo liberal originario, tal relación se fundamenta en la ampliación de las situaciones jurídicas constitucionalmente

2001; cf. L. S. ROSSI, “*Constitutionnalisation de l’Unione européenne et des droits fondamentaux*”, en *RTDE*, n.º 1, 2002, así como *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milán, 2002; A. PACE, “A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea? Appunti preliminari”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001; A. BARBERA, “La Carta dei diritti dell’Unione europea”, resumen del *Convegno in memoria di Paolo Barile*, ahora también en <http://www.paolobarile.unifi.it/progr.htm>.

⁷ Constituida en junio de 1999 —un mes después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam— por el Consejo Europeo, en Colonia, con el fin de elaborar una Carta de derechos fundamentales que hiciese “más visibles los derechos fundamentales vigentes en la Unión”. Para expresar las dificultades internas en el desarrollo de las negociaciones de la Convención, basta hacer una comparación entre las diversas versiones de la Carta desde aquella elaborada en mayo (*consilium.eu.int* Charte 4316/00, CONVENT 34) aquella de junio (*consilium.eu.int* Charte 4423/00 CONVENT 46), hasta aquella de septiembre (*consilium.eu.int* Charte 4487/00, CONVENT 50). Sobre este punto, entre otros, cf. E. PACIOTTI, “La Carta: i contenuti, gli attori”, en la obra colectiva *Riscrivere i diritti in Europa*, Bolonia, 2001.

⁸ Cf. J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000; F.-F. FLAUSS, J. F. FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002; *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne* (actas de la conferencia organizada por el Secrétariat de la Charte Sociale Européenne, Sofía, 5-7 de julio del 2000, Estrasburgo, 2001; B. VENEZIANI, “Nel nome di Erasmo di Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario”, en *Riv. Giur. Lav. e Previd. Sociale*, 2000; I. J. BAQUERO CRUZ, “La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Revista de derecho comunitario europeo*, n.º 4, 1998, S. SCIARRA, “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, *IWP* (Universidad de Catania), n.º 16, 2003; R. GRECO, “Il modello sociale della Carta di Nizza”, en BRONZINI y PICCONI (ed.), *La Carta e le corti...*, o. cit.; M. M. MUTARELLI, “Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell’Unione Europea”, *IWP* (Universidad de Catania), n.º 54, 2007, C. DI TURI, “La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, en GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario...*, o. cit.; S. GIBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bolonia, 2003; S. GIUBBONI, “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”, en *Il diritto dell’U.E.*, n.º 2-3, 2003; C. SALAZAR, “I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un ‘viaggio al termine della notte?’”, en G. FERRARI (ed.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell’U.E.*, Roma-Bari, 2003; G. BRONZINI, “Il modello sociale europeo”, en F. BASSANINI y G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al nuovo Trattato europeo*, Bolonia, 2008.

protegidas y sobre una nueva concepción de la libertad, ahora estrechamente integrada con la de igualdad: no solo la igualdad que proviene de la tradición clásica, que considera intolerables las discriminaciones fundadas sobre diferencias de sexo, de religión y de raza, sino más bien un concepto de igualdad que considera inaceptables las discriminaciones fundadas sobre relaciones económicas o sociales, que juzga intolerable la discriminación por motivos de capacidad de renta.⁹ Junto con aquellos derechos clásicos de libertad, en tal concepto, los derechos sociales son asumidos como condiciones *constitutivas*, indefectibles, del principio constitucional de igualdad (artículo 3 constitucional) y, al mismo tiempo, del valor de la persona (artículo 2 constitucional).

Sobre los derechos sociales, como es notable, la doctrina constitucionalista habla inicialmente de normas dirigidas a destinatarios especiales, en particular de derechos condicionados o imperfectos, en cuanto se fundan en normas que presuponen un ejercicio de discrecionalidad legislativa. Una parte de la doctrina, sin embargo, ha asumido que tal discrecionalidad no concierne tanto al *quid*, es decir, el contenido sustancial del derecho, sino más bien solo al *come* y al *quomodo*, y, comoquiera que sea, como bien observa Mortati, “non in modo tale da comprimere il contenuto minimo necessario a non rendere illusoria la soddisfazione dell’interesse protetto”.¹⁰

Sobre la base de tal aproximación doctrinal, que revaloriza el perfil programático de las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales y la naturaleza —más que constitucional— *legal* que las regula, a partir de los años setenta la doctrina constitucional propone lecturas y tipologías más articuladas, entre las cuales nos resulta relevante, en particular, aquella que distingue entre derechos sociales *condicionados* (artículos 32, 34, 38.III y 46 de la Constitución) y derechos sociales *incondicionados* (artículos 36.II, 36.III, 32.II, 37, 29, 30 y 4 constitucionales). Los primeros presuponen una intervención del legislador, del poder político, sobre el *quando*, sobre el *quomodo* y sobre el *se*; los otros, en cambio, tienen una estructura y una naturaleza tal que no necesitan de ulteriores intervenciones para su realización.

⁹ Entre la amplia bibliografía sobre este punto cf., ver al menos, A. CERRI, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, y por ultimo *Cortecostituzionale e principio di eguaglianza* (actas de la Convención en Recuerdo de Livio Paladini, Padua, 2 de abril 2001), Padua, 2002; R. GRECO, “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale”, en *Questioni Giustizia*, n.º 2-3, 1994; A. DI GIOVINE y M. DOGLIANI, “Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?”, en *Questione Giustizia*, 1993; E. CHELI, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milán, 1995; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002; B. PEZZINI, *Ladecisione sui diritti sociali*, Milán, 2002; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Turín, 2000.

¹⁰ Cf. C. MORTATI, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro italiano*, 1970.

Sea como fuera, en la experiencia constitucional de los estados miembros de la Unión Europea no siempre es ajustado asumir una positivación de los derechos sociales fundamentales como situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas en modo comparable a la libertad conocida como *negativa*. Los derechos civiles y políticos, en tal sentido, son reconocidos en todas las constituciones europeas, y también asumidos como base común de acción por gran parte de los estados miembros democráticos modernos. Solo con la evolución de la forma estatal contemporánea, sobre todo en el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, se afirman nuevas tipologías de derechos fundamentales fundados en la estrecha integración entre las nociones de libertad y de igualdad, individualizando una nueva familia de derechos —los sociales— basados en la naturaleza o los efectos jurídicos de tales derechos, de forma similar en importancia a aquellos de las tradicionales libertades civiles. Desde tal óptica, los principios en los que se inspiran las constituciones contemporáneas —que son también principios de justicia social— dilatan el catálogo liberal de los derechos de libertad, insertando una *libertad de la necesidad* (*libertà dal bisogno*);¹¹ de ese modo materializan el derecho de exigir al Estado las prestaciones adecuadas para asegurar a la persona y al ciudadano al menos un mínimo de seguridad¹² y de justicia social, así como una distribución material equitativa que haga a los hombres “libres e iguales en dignidad y derechos”.¹³

Así, las constituciones de las que Weimar ha sido la desventurada pionera, calcando sus huellas, enriquecen —superándolo— el patrimonio liberal a través de aquellos derechos sociales que, obligando al Estado a buscar nuevos equilibrios económicos y sociales y a perseguir siempre más amplios horizontes de justicia, representan las raíces de su dinamismo y ofrecen a la democracia de la posguerra la premisa de su solidez.

Justamente en esta soldadura de los derechos civiles y políticos con aquellos sociales reside uno de los aspectos más profundos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, que inaugura, con aquella *moralización del derecho* destinada a encontrar una afirmación convencida con ocasión de las más tardías conquistas constitucionales de la España posfranquista (1978) y del Portugal posalazariano (1976), un nuevo estadio de los derechos humanos, que se inicia justamente desde su tutela, o sea, desde que se colocan sobre un fundamento de respeto más sólido que aquel representado en la ley del Estado.¹⁴ Si en el orde-

¹¹ Cf. N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, en *Cinquant'anni di Repubblica italiana* (a cura di G. Neppi Modona), Turín, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto-mite*, Turín, 1992, p. 124, y en el mismo sentido M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982, p. 316.

¹² Cf. BOBBIO, *Sui diritti sociali...*, o. cit., p. 122.

¹³ Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

¹⁴ En la amplia bibliografía, al menos, cf., A. CASSESE, *I diritti umani, oggi*, Roma-Bari, 2005; M. PALTRONO, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padua, 2000; S.

namiento del Estado liberal los derechos existen a través de la ley, en el Estado constitucional existen a través de la Constitución, que representa algo más y distinto respecto de la ley; esta es la fuente primera de la producción jurídica y el centro de referencia de una sociedad que reconoce en ella el espejo de la cultura propia y en sus dictados el fundamento de sus propias esperanzas. Los principios, los valores y derechos que la Constitución contempla y que la sociedad comparte representan por ello mismo un patrimonio que debe salvaguardarse del dinamismo de intereses que por definición refleja la ley. Pero ello es solo posible en la medida en que tal patrimonio se entienda como una *dotación jurídica*¹⁵ de sus titulares, superior a la ley y protegida de sus contingencias. Con ello se explica la colocación de la Constitución en la segunda mitad del siglo XX en la esfera más alta del derecho, donde el *ius* deja de ser *lex* y donde los derechos dejan de ser una regla dada por el legislador para convertirse en pretensiones subjetivas absolutas, que más bien preceden al propio Estado, las cuales limitan el concreto ejercicio de su poder en su obligado respeto. Así dan forma concreta a la hobessiana aspiración de distinguir el derecho de la ley y prefieren el aristotélico “del gobierno de la ley al gobierno de los hombres”.

En resumen, el constitucionalismo contemporáneo realiza una sustitución hacia la soberanía de la Constitución desde la soberanía de la ley, que transforma los derechos fundamentales en derechos inviolables. Si la Constitución crea un espacio para los derechos humanos, su soberanía garantiza la certeza de estos derechos que se transforman, después (y a causa de) Auschwitz, en el fundamento universal de la convivencia civil. Además de representar las directrices de la actuación del Estado constitucional y del derecho internacional, así como el fundamento de la organización plural de la sociedad, estos definen también los contornos de un derecho más amplio, que los asume como ineludible presupuesto de convivencia pacífica entre los estados. El Estatuto de la ONU (1945), la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) confirman y dilatan la acción de cada uno de los estados constitucionales en materia de tutela de la dignidad humana, y contribuyen así a marcar los caracteres de esta nueva época solemnemente celebrada por Bobbio como *l'età dei diritti*.¹⁶

PANUNZIO (ed.), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milán, 2002; G. F. FERRARI (ed.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. II costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001.

¹⁵ En este sentido ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, o. cit., p. 63; S. GAMBINO y M. RIZZO, “Le Costituzioni del '900”, en L. LÓPEZ GUERRA (ed.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, 2001.

¹⁶ Cf. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, 1990. En la amplia bibliografía sobre el tema cf. también S. GAMBINO, “Diritti fondamentali e costituzioni”, en *Archivio di diritto costituzionale*, n.º 4, 1997.

De esta manera, en el renacimiento de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX es posible reencontrar las raíces culturales y antropológicas de una edad que trata de librarse para siempre de los fantasmas del pasado echando las anclas en las profundidades del prepositivismo y atribuyendo (a través de las constituciones y los actos del derecho internacional) validez jurídica a los principios que desde hace más de un siglo han estado flotando de forma autónoma en la conciencia del pueblo. Si las constituciones sancionadas al término de los totalitarismos representan el punto de llegada de una evolución constitucional, representan también la meta de una experiencia constitucional madura que se dispone a prestar una más adecuada tutela al modelo del “nuevo” ordenamiento jurídico, situándose en la esfera más alta del derecho. Así, las constituciones de la última parte del siglo pasado se convirtieron, según una visión kelseniana, en “reglas de procedimiento pero también en reglas sustanciales” que atienden “no ya solo a la forma sino también al contenido de las normas”.¹⁷ Y justamente en este ser de la Constitución como norma directriz y límite de los actos legislativos toma forma su supremacía, que confiriéndole una vinculación inmediata a los principios y a las normas fundamentales constituye sin duda el aspecto más innovador y original del constitucionalismo contemporáneo. Más allá de marcar el desprendimiento de la tradición constitucional del siglo XVIII, basada en la generalidad y la abstracción de la ley como instrumento principal de la garantía de los derechos y de las relaciones jurídicas, esta marca también el desprendimiento del constitucionalismo racionalizado del siglo pasado, el cual, construyendo diques entre Constitución y ley, no siempre consigue ser una garantía para la libertad y un auxilio para la democracia. En suma, en el principio de la superioridad de la Constitución se refleja la histórica exigencia de no dejar el sistema de protección de los derechos y libertades a la mera protección del principio de legalidad y de hacer de aquella un instrumento de garantía, de dirección, de protección y de promoción.

De aquí surge, en la segunda mitad de siglo XX, la afirmación del *principio de constitucionalidad*, que poniendo en crisis la fuerza absoluta de la ley, su intangibilidad casi “sagrada”, dispone aquellas nuevas formas de tutela de la Constitución entre las cuales se encuentra el principio de la supremacía, que haría que aquella afirmación quedase privada de contenido. Sobre la estela de la Constitución austriaca de los años veinte, las constituciones contemporáneas asignan el cometido de controlar la legitimidad constitucional de la ley a un órgano específico formalmente judicial, así como el control en cada momento de la adecuación del sistema legislativo a la norma superior. A diferencia del control de constitucio-

¹⁷ Cf. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981.

nalidad *difuso* y exclusivamente jurisdiccional de la tradición estadounidense (la así llamada *judicial review*, según la cual cada juez está habilitado para desaplicar la ley que en cada caso concreto se entienda en contradicción con la Constitución), el constitucionalismo europeo de finales del siglo XX continúa más bien la vía del control *concentrado*, que atribuye a un órgano ad hoc, denominado de forma variada en los diferentes países, las funciones de anular con efectos *erga omnes* las normas estatales consideradas ilegítimas.¹⁸

1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS

Una vez expuestas, de forma muy general, la teoría y la evolución registrada por el constitucionalismo moderno, podemos ahora avanzar algunas consideraciones sobre el panorama de los derechos sociales reconocidos en gran parte de las constituciones contemporáneas. En un análisis comparado y en razón de que contengan o no previsiones de reconocimiento y de protección de las prevalentes tipologías de derechos sociales (entre otros: el derecho al trabajo, el derecho a la educación y a la formación, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la cultura, el derecho a un medio ambiente adecuado), tales constituciones evidencian un fondo común de reconocimiento de los derechos sociales mediante su positivación constitucional. Hacia arriba y hacia abajo de tal fondo común podemos individuar modelos constitucionales propios de reconocimiento y protección de tales tipologías.

Una posterior diferenciación se encuentra en las peculiares modalidades seguidas en la garantía de tales derechos: en algunos casos esta se realiza mediante la mera previsión de cláusulas generales de protección del *Estado social*; en otros, mediante una positivación de los derechos sociales fundamentales acompañada de la previsión de principios constitucionales fundamentales. Excepto el ordenamiento jurídico del Reino Unido (que, como sabemos, no dispone de un texto constitucional formalizado como tal) y la Constitución austríaca, en vía general, comoquiera que sea, puede decirse que las constituciones no suelen reconocer el conjunto de derechos sociales (en el sentido de que falta un modelo de Constitución que

¹⁸ Existe una excepción en Francia, donde el modelo de control constitucional, siguiendo un criterio político (que se convierte a lo largo del tiempo en un modelo materialmente jurisdiccional, como en los otros modelos europeos de justicia contitucional), opera de manera preventiva (en la fase que precede a la promulgación de la ley); en los otros países europeos, sin embargo, opera el modelo kelseniano de la Constitución de Viena retomado en sus líneas fundamentales. Sobre este punto cf. también nuestro trabajo “La giustizia costituzionale in Francia. Il Conseil constitutionnel da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”, en *Politica del Diritto*, n.º 4 1988, también *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese. Profili storico-dogmatici*, Turín, 1988.

pueda acogerse como el ideal típico), sino que se limitan a su reconocimiento constitucional según estándares medios, bajos o bien elevados, según las tradiciones político-culturales de cada país. Tales articulaciones sobre la intensidad de su reconocimiento responden también a un criterio de carácter geográfico, que evidencia al mismo tiempo el tipo de consolidación democrática alcanzada por el constitucionalismo de cada país. Sin embargo, tales valoraciones no pueden conducir a la conclusión de que en las experiencias constitucionales en las que falta tal positivación estaremos ante una carencia de garantía de tales derechos. Según tal perfil, por ejemplo, el caso británico resulta particularmente ilustrativo, cuando consideramos las políticas acogidas en el *piano Beveridge* (en materia de salud y de servicios sociales) y la influencia ejercida por este en el desarrollo de los derechos a la salud y a la asistencia social en el ámbito del *Welfare State* europeo posbélico. De forma diferente a lo que se prevé para las libertades negativas, la exigibilidad inmediata según el perfil de su justiciabilidad, para los derechos sociales (y bien visto también para los derechos políticos) es indispensable la acción integradora/normativa del legislador ordinario y, conjuntamente, de la administración pública.

Con específica referencia a la intensidad de reconocimiento constitucional de los derechos sociales, tres modelos principales parecen emerger en la investigación constitucional. En un primer modelo —que llamaremos de corte *liberal clásico*, prevaleciente (en cuanto a localización geográfica) en los países del norte de Europa— encontramos las constituciones de Dinamarca,¹⁹ Irlanda²⁰ y el sistema constitucional del Reino Unido.²¹ A ellos podemos también añadir Escandinavia, Austria²² y Alemania.²³ En particular la Constitución austríaca

¹⁹ En la Constitución danesa tres artículos concretos (74-76) destinados al reconocimiento y a la protección de los derechos sociales, en particular derecho al trabajo, derecho a la educación y condiciones mínimas de existencia. Cf. R. NIELSEN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Danemark”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Bruselas, 2000.

²⁰ La Constitución irlandesa resulta más generosa en el reconocimiento de los derechos sociales: se recuerdan en tal sentido los artículos 45 (principios directrices de la política social), 41.1 (familia), 40.3 (derecho a la vida del nasciturus), 42.4 (educación), 40.6 (derecho sindical). Cf. J. L. MURRAY y D. ROSSA PHELAN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Irlande”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

²¹ Cf. D. A. O. EDWARD, W. ROBINSON y A. MCCOLGAN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Royaume Uni”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

²² Remontándonos a un texto constitucional de 1867, no nos sorprenderíamos demasiado de que el derecho constitucional austriaco no discipline derechos sociales si no reconociésemos como tales a la libertad científica (artículo 17), la artística (17a), o la libertad de elección de la profesión (18). Cf. Th. OEHLINGER y M. STELZER, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Autriche”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux...*, o. cit.

²³ La LFB disciplina la materia de los derechos sociales mediante cláusulas generales (artículo 20, párrafo I) de protección del Estado social destinado a vincular a los poderes públicos en cada una de sus intervenciones: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”; en ella se prevén, por otro lado el artículo 1 (protección

y la británica han renunciado completamente a positivizar los derechos sociales, pero ello no significa, como se ha recordado a propósito de Gran Bretaña, que carezcan de un sistema difuso e igualmente eficaz de la protección de estos derechos. Al contrario, según el perfil que estamos considerando, podríamos afirmar una orientación de la doctrina —que no compartimos— sobre la no esencialidad de las previsiones constitucionales con la finalidad de garantizar esta familia de derechos (conocidos como *derechos de segunda generación*). En estos ordenamientos aún prevalece una orientación doctrinal y jurisprudencial según la cual la Constitución no debería considerarse directamente aplicable en la cuestión de los derechos fundamentales, y solo corresponde a la ley disciplinar las situaciones jurídicas concretas y específicas de protección. Como se desprende de la primera jurisprudencia constitucional, en el transcurso de los años sesenta los derechos sociales vienen esencialmente recogidos como directrices dirigidas a los poderes públicos, carentes de valor obligatorio;²⁴ en una palabra, como meras *disposiciones programáticas*.

En cuanto a la importancia de los derechos sociales en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo, más que atender a las diversas modalidades acogidas por los ordenamientos constitucionales de los diversos estados, nos conciernen las formas jurídicas de su protección. Como ya se ha dicho, solo Italia y España, seguidas por Francia —aunque según fórmulas peculiares²⁵ de positivación constitucional—, han registrado una evolución del

de la dignidad de la persona), el artículo 6 (protección del patrimonio y de la familia), el artículo 9.3 (libertad sindical), el artículo 12 (libertad profesional), el artículo 20 (protección del medio ambiente). Sobre este punto, entre otros, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Allemagne”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.; D. SCHEFOLD, “Lo Stato sociale e la costituzione economica”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, “ad vocem”; E. EICHENHOFER, “Costituzione e diritto sociale”, en *Diritto pubblico*, 1997; C. AMIRANTE, “Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale”, en la obra colectiva *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Nápoles, 1999; L. VIOLINI, “I diritti fondamentali nelle costituzioni dei Länder della Repubblica federale tedesca come fattore di costruzione delle ‘tradizioni costituzionali comuni europee’” (paper) y “Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale europeo”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Nápoles, 2002; V. BALDINI, “Autonomia costituzionale dei Länder, principio di omogeneità e prevalenza del diritto federale”, en SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale...*, o. cit.

²⁴ Mientras algunos ordenamientos europeos disciplinan la materia mediante cláusulas generales (artículo 20, I co., LFB) o mediante “Principios informativos de la política social y económica” (cap. II del tit. I y cap. III de la Constitución española), la Constitución italiana tutela los derechos sociales, ya sea mediante principios fundamentales o con disposiciones constitucionales de detalle; incluso si se tiene la impresión de que “la categoría de derecho social es inadecuada para expresar la riqueza de las indicaciones plasmadas en los Títulos I y II de la Constitución” (cf. G. CORSO, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, p. 757); relativo a las relaciones ético-sociales y las relaciones económicas cf., al menos, U. ALLEGRETTI, “Globalizzazione e sovranità nazionale”, en *Democrazia e diritto*, 1998; G. ZAGREBELSKY, “I diritti fondamentali oggi”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1; L. CARLASSARE, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, en *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 1995).

²⁵ Ello mediante el reenvío operado por el Preámbulo de la Constitución del 58 a la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, confirmada e integrada en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y de los “principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República” allí sancionados. Entre otros, sobre este aspecto, cf. D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, París, 1999.

derecho positivo, de la jurisprudencia y la doctrina en el sentido del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, inalienables e imprescindibles, tanto en el marco de su afirmación gradual como respecto de la discrecionalidad del legislador.

En el ordenamiento italiano y en el español, por tanto, el catálogo constitucional de los derechos sociales resulta tener una amplitud y una sistematicidad inusuales; su tutela es propia de los derechos constitucionales y no ya de aquellos *legales*, si bien en la doctrina se subraya cómo, bien observado, sus formas de protección jurisdiccional no son aquellas prestadas a los derechos subjetivos (con la fuerza propia de la tutela resarcitoria y de aquella inhibitoria frente a actos lesivos de esos derechos), sino aquella de los intereses legítimos, desde el momento en que su concreto ejercicio y su previsión legal operan a través de un *hacer* administrativo que implica a la administración pública con su supremacía especial.²⁶ Es esta última una aproximación destinada a ser radicalmente reconsiderada a la luz de los principios comunitarios, pero sobre todo a la luz de la sentencia n.º 500/1999 de la Corte di Cassazione,²⁷ acerca de la posibilidad de resarcir intereses legítimos.

Una segunda tipología reagrupa aquellas constituciones europeas que se limitan a reconocer a los derechos sociales una protección según estándares medios, ni muy altos ni muy bajos; entre tales constituciones encontramos aquellas de la Europa central y en particular la Constitución belga²⁸ y las constituciones de Luxemburgo,²⁹ Suecia,³⁰ Finlandia,³¹ Francia³²

²⁶ Acreditadas tesis doctrinales (A. PACE, “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici ‘comuni’”, en *Scritti in onore di P. Barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padua, 1993), subrayan un cierto “énfasis” de los derechos sociales, ahora analizados bajo la perspectiva de su concreta justiciabilidad. El derecho y la justicia administrativa se convierten, en este contexto, en escenario obligatorio de verificación de la efectividad del derecho constitucional y de su propia tutela. Una lectura distinta atiende a la inmediata exigibilidad jurídica de los derechos sociales al interpretar el modificado artículo 117, II párrafo, letra *m*, de la Constitución italiana, según el cual —desde el momento en que los niveles esenciales de las prestaciones allí sancionados imponen al legislador estatal la individuación de los recursos económicos necesarios para la actuación administrativa— no parece poderse acoger posteriormente la orientación del juez que hablaba de los derechos sociales como derechos financieramente condicionados (en este último sentido cf. también S. GAMBINO, “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, en A. RUGGERI, L. D’ANDREA, A. SAITTA y G. SORRENTI (ed.), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2007).

²⁷ Sobre este punto cf., entre otros, F. SICILIANO y D. D’ALESSANDRO, “L’integrazione comunitaria e la giustizia delle posizioni con particolare riguardo al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo”, en S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.

²⁸ Cf. K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE y J. VAN YPERSELE, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Belgique”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

²⁹ Cf. R. SCHINTGEN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Luxembourg”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

³⁰ Cf. L. WESTERHALL, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Suede”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

³¹ Cf. K. TUORI y N. BRUUN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Finlande”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

³² Cf. M. L. PAVIA y D. ROUSSEAU, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la France”, en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

y Grecia.³³ Aunque con una intensidad distinta, estas últimas integran los derechos fundamentales en su interior, si bien no siempre de forma similar respecto a las previsiones constitucionales de protección judicial ni respecto a la posibilidad del recurso constitucional.

En el último grupo encontramos las constituciones que colocan el estándar medio más elevado en lo que concierne a la tipología de los derechos sociales reconocidos y la propia efectividad de su protección. Se trata en gran parte de constituciones de Europa centro-meridional. Entre ellas encontramos la Constitución italiana,³⁴ a la cual se dedica a continuación un análisis particular, la española³⁵ y la portuguesa.³⁶

De lo expuesto brevemente sobre la experiencia constitucional contemporánea, podemos concluir esta aproximación general afirmando que en la investigación constitucional comparada se observa la ausencia de un concepto europeo compartido en materia de cualificación y de protección de los derechos sociales, por lo que las diversas previsiones constitucionales se diferencian según las soluciones, su cualificación jurídica y la propia capacidad jurídica de tales derechos. La cuestión central observada en tal aproximación está relacionada con el estatuto constitucional, o simplemente legislativo, de los derechos sociales. En cuanto a esta última cuestión puede afirmarse que en gran parte de las constituciones de los estados europeos los derechos sociales son catalogados en el propio ámbito de las disposiciones constitucionales destinadas a reconocer y proteger los derechos fundamentales clásicos, mientras solo en pocos casos los derechos son excluidos del elenco de los derechos fundamentales o titulados de modo diferente. En estos últimos casos, la asimilación de los derechos sociales con aquellos fundamentales parece implicar efectos jurídicos de relevancia.³⁷

³³ Cf. J. ILIOPOULOS STRANGAS y G. LEVENTIS, "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce", en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...* o. cit.

³⁴ Cf. G. DE VERGOTTINI, "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Italie", en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

³⁵ Cf. M. RODRIGUEZ-PINERO, "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Espagne", en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.; G. RUÍZ-RICO RUÍZ "Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española", en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 71, 1991, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, "El Estado social como Estado autonómico", en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 3, 1999, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 71, 1991, J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988.

³⁶ Cf. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce", en ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...*, o. cit.

³⁷ Como observa, bajo tal perfil, C. GREWE ("Les droits sociaux constitutionnels: propos compratifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", en *RUDH*, 2000): "en somme, l'homogénéité de ces reconnaissances n'est qu'apparente. Sous leur manteau se cache une différenciation variable entre droits constitutionnels directement applicables et droits accordés sous réserve ou pour le principe. Cette seconde catégorie concerne la plupart de temps, mais pas systématiquement, les droits à prestations. Or c'est précisément ce type de distinction qui est plus explicitement inscrit dans d'autres constitutions".

En realidad, además del ordenamiento constitucional francés y de su peculiar naturaleza de control preventivo de la legitimidad constitucional de las leyes allí previsto, solo el ordenamiento constitucional italiano y el español —en razón de la concepción normativa de la Constitución entendida como norma jurídica superior (*hinner law*) respecto a las leyes— parecen contener una disciplina constitucional (por sus principios y con disposiciones de detalle) adecuada para hacerse cargo de los estándares más elevados de protección de los derechos sociales. En los otros ordenamientos contemporáneos, al contrario, prevalece un contraste significativo en cuanto a la importancia de dos regímenes de protección de los derechos sociales, que parece atribuir una protección amortiguada a estos últimos respecto a la protección acordada para la libertad negativa. Por otro lado, tal amortiguación de la protección se acompaña con la falta de previsión de controles de constitucionalidad de las leyes, como ocurre en los Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Luxemburgo, aunque en estos dos últimos estados está prevista la institución.

Sin embargo, si de la definición teórico-constitucional del Estado social y, más en particular, del encuadramiento de los derechos sociales como derechos inviolables de la persona se pasa a verificar su grado de efectividad en el ámbito de los estados que prevén una protección de los derechos sociales no diferenciada respecto de los demás derechos fundamentales (de primera y segunda generación), es imposible no captar el estridente contraste entre sus previsiones como derechos universales y absolutos y su relativo, incluso deprimente, grado de efectividad. El argumento que sostiene una situación similar se da en el hecho de que los derechos sociales (educación, salud, seguridad social, etc.) *cuestan*, y el Estado (en Italia como en otros lugares) padece serios problemas de fiscalidad.³⁸

1.3. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ITALIANO: CONSTITUCIÓN, LEYES Y CORTE CONSTITUCIONAL

La cuestión del coste de los derechos sociales constituye un punto de vista importante pero no resolutivo en el estudio sobre la estructura misma de tales derechos. La lectura que da el derecho, sobre todo la jurisprudencia constitucional, nos lleva, sin embargo, a observar cómo el coste de los derechos sociales no es tal como para poder incidir sobre la estructura de los derechos constitucionalmente garantizados. Por otro lado, la doctrina más autorizada viene desde hace tiempo subrayando que el coste de los derechos sociales constituye un falso

³⁸ Cf. entre otros, al menos A. BALDASSARRE y A. CERVATI (eds.), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.

problema, desde el momento en que ello es un elemento intrínseco a todos los derechos constitucionales, también a aquellos clásicos de libertad.³⁹

El tema de los derechos sociales, sobre todo en el debate doctrinal italiano que precede la revisión del título V de la Constitución, se limita sobre todo a las funciones desarrolladas en cuanto a garantías y a la efectividad de los esos derechos por parte del juez ordinario y fundamentalmente del constitucional.⁴⁰ En el próximo estadio de debate científico, el análisis deberá centrarse (como ya ha empezado a hacerse) sobre las problemáticas constitucionales derivadas de la actuación del nuevo ordenamiento (*neorregional*, en tensión concretamente federal), con particular referencia a los contenidos de disposiciones recientes, como los artículos 114, 116, 117 y 119 de la Constitución, y en una interpretación de estos que asegure el respeto de los principios fundamentales de la Constitución (con particular referencia al principio de igualdad en su vertiente *personalista-solidaria*).⁴¹

Si como mera ejemplificación nos limitamos al análisis de la protección de un derecho social concreto, como el de la salud, garantizado por el artículo 32 constitucional, podemos observar cómo, respecto a la legislación anteriormente vigente en materia sanitaria, la constitucionalización de los *niveles esenciales de las prestaciones* (LEP),⁴² operada con la renovada disposición del artículo 117.II.m, significa una relevante evolución de fondo en el ordenamiento sanitario. Para sus destinatarios, de hecho en el nuevo marco normativo se evidencian nuevas situaciones jurídicas protegidas con el rango propio de los derechos subjetivos perfectos y no solamente en las tradicionales formas de protección acordadas para los intereses legítimos. En otros términos, si no leemos de forma errada la evolución ordinal en materia sanitaria a la luz de las novedades constitucionales sanitarias, no habrá más espacio para confirmar la posición del juez de la ley que asumía el derecho a la salud como *derecho financieramente condicionado*. Por ejemplo, la Corte Costituzionale, aún en la sentencia n.º 356/1992, afirmaba:

³⁹ Como bien observa G. LOMBARDI, de hecho, “[...] no son las características estructurales lo que diferencia los derechos de libertad de los derechos sociales, sino que son las formas de tutela lo que produce distintos mecanismos de garantía... ambos son derechos individuales (como ambos pueden ser también, en función de sus relaciones, derechos colectivos), y tanto unos como otros puede reconocerseles un alcance que no solo afecta a las relaciones con los entes públicos sino que también se localiza en el ámbito de las relaciones interprivatos” (en “Diritti di libertà e diritti sociali”, en *Politica del Diritto*, n.º 1, 1999).

⁴⁰ Cf. también nuestra obra “Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria”, en *Quaderni Costituzionali*, n.º 1, 2003, así como “Federalismo e diritti (forma di Stato e diritti fondamentali)”, en V. PIERGIGLI (ed.), *Federalismo e Devolution*, Milán, 2005.

⁴¹ Sobre este punto cf. también la obra S. GAMBINO, “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, en RUGGERI, D’ANDREA, SAITTA y SORRENTI (ed.), *Tecniche di normazione e tutela...*, o. cit.

⁴² *N. del t.* Siglas en la lengua original del texto *Livelli Essenziali delle Prestazioni*.

[...] en consideración a la limitación de los recursos, no podría consentirse un empleo de recursos ilimitado teniendo en cuenta solo las necesidades, y viceversa en cuanto a los gastos que deberán ser comedidos respecto de la efectiva disponibilidad financiera.

No obstante, esta jurisprudencia sería modificada en el fondo por una serie de importantes pronunciamientos de los años noventa (sentencias n.ºs 247/1992, 267/1998, 309/1999) y recientemente en la sentencia n.º 509/2000, en la cual el juez de las leyes subraya:

[...] el balance de valores constitucionales y la comparación entre objetivos determinados y los recursos existentes no puede dañar el núcleo irrenunciable del derecho a la salud protegido constitucionalmente como valor inviolable de la dignidad humana.⁴³

También a partir de estas reflexiones es preciso preguntar cómo el “nuevo” marco constitucional previsto para las regiones y las autonomías locales se relaciona con tales principios, y se debe asumir claramente que la arquitectura constitucional de la República tras las recientes reformas constitucionales⁴⁴ resulta significativamente modificada respecto al ordenamiento constitucional anterior, en el que el ámbito constitucional de las competencias legislativas regionales poco (o nada) incidía sobre el estatuto de la ciudadanía.

Las consideraciones hasta aquí desarrolladas —en tal óptica— nos llevan a observar que las instituciones regionales y las autonomías locales, al menos hasta las recientes reformas constitucionales en materia territorial (y un discurso similar debería valer para España, en relación con la compleja temática de las competencias de las comunidades autónomas en materia de derechos fundamentales y de la propia reforma de los estatutos de autonomía) no constituyan el terreno electivo para la investigación en la temática relativa a la modalidad seguida (y por seguir) para hacer efectivos los derechos sociales, en la medida en que las regiones, y en menor grado las autonomías locales, no tenían atribuida la competencia en materia

⁴³ Tal jurisprudencia constitucional hace referencia al control de constitucionalidad de específicas cuestiones traídas a colación por la disciplina contenida en el d. l. n.º 502 de 1992, y en particular por la determinación por parte de este último de los nuevos estándares prestacionales, en favor de unos de tipo *universalista selectivo*, llamados a conformarse a los recursos disponibles, de una parte, y a inspirarse en los nuevos criterios LEP, como impuestos por la necesidad, la eficacia clínica y por la buena práctica de los usos sanitarios en las intervenciones sanitarias previstas y erogadas. En la lectura que aquí se quiere proponer, por tanto, nos preguntamos si la renovada disciplina constitucional no se debería examinar también en referencia a la justiciabilidad de eventuales comportamientos omisivos de las administraciones sanitarias en cuanto “entes obligados a ofrecer los servicios en las áreas comprendidas en los niveles esenciales”, poniendo de relieve expresamente, de tal forma, la cuestión del impacto de las organizaciones públicas sobre la efectividad de los derechos. Y, aun todavía, se nos pregunta si el respeto de los “niveles esenciales” no debe tomarse como un vínculo organizativo dentro del cual solamente puede ejercitarse legítimamente la autonomía funcional de las organizaciones sanitarias.

⁴⁴ Entre otros cf. S. GAMBINO (ed.), *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milán, 2003, así como S. GAMBINO (ed.), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milán, 2003.

de derechos, la cual quedaba comprendida en las instituciones estatales y protegida por la correspondiente jurisdicción. Desde esta perspectiva, por tanto, la cuestión de los derechos fundamentales en el Estado regional no parece ofrecer una visión de particular relevancia teórica si se considera desde la óptica del ordenamiento anterior; ello también se debe a que el nivel regional no ha permitido evidenciar, al menos en la práctica, el perfil de la actuación de las competencias regionales capaces de influir en la efectividad de los derechos sociales, aquella temática relativa a la relación administrativa —enervada por nuevos derechos de la más reciente legislación sobre reforma administrativa (derechos de participación en el procedimiento administrativo, derecho de acceso a los actos y documentos administrativos, derecho a la *privacy*)— y a la reforma del ordenamiento local.

El tema de los derechos sociales, en el debate doctrinal, parece limitarse a las funciones desarrolladas por el juez ordinario y, sobre todo, por el juez constitucional en cuanto a las garantías y la efectividad. La intervención del juez constitucional en materia de derechos sociales, como se sabe, ha sido requerida primordialmente en referencia a la violación del principio de igualdad por comportamientos omisivos del legislador.⁴⁵ Tras una prudencia inicial, la orientación del juez de las leyes se ha afirmado en el sentido de reconocer rango plenamente constitucional a los derechos sociales, sosteniendo una serie de criterios guía a través de los cuales el propio juez conforma su propia doctrina.⁴⁶ Junto con el reconocimiento de la gradualidad de la elección legislativa, el esfuerzo de la Corte Constitucional, dispuesto a dar efectividad a los derechos sociales, nos lleva a asegurar la efectividad de tales derechos, reconociéndolos como *derechos perfectos* y asegurándoles una protección inmediata, también en aquellas situaciones en las que carezcan de una reglamentación y de protección del legislador. Para la Corte, por lo tanto, también los derechos sociales y, a fortiori, aquellos de prestación positiva legislativamente condicionados, asumen —al par de los demás derechos fundamentales— el rango de “derechos inviolables irrenunciables de la persona, en cuanto expresiones de valores o principios constitucionales supremos”.⁴⁷

⁴⁵ Continúa siendo fundamental sobre este punto la contribución de C. MORTATI “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro Italiano*, V, 1970.

⁴⁶ Estos derivan desde un principio de gradualidad de las reformas legislativas relativas a los derechos prestaciones (sentencia n.º 173 de 1986 y n.º 205 de 1995) a un principio de constitucionalidad provisional de una determinada disciplina (sentencia n.º 826 de 1988), un principio de actuación parcial inconstitucional de un derecho social (sentencia n.º 215 de 1987), hasta la necesidad de apreciación, al fin, de los límites financieros determinados por el balance y la necesaria consideración de la discrecionalidad del legislador sobre la definición del cuántum de las prestaciones sociales que la Corte debe de todos modos evaluar según un necesario parámetro de racionalidad (sentencias n.ºs 180 de 1982 y 455 de 1990 en el tema de las prestaciones sanitarias). Para un tratamiento orgánico en la materia cf. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padua, 1996.

⁴⁷ Es el caso, vg. de la tutela de la salud, del derecho a la vivienda, del derecho al trabajo. Cf. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995.

De forma breve en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se subraya cómo los derechos sociales deben ser asegurados con una protección constitucional plenamente comparable a aquella asegurada a los otros derechos fundamentales; en cuanto tales, también los derechos sociales son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intrasmisibles e inviolables. Todo ello no obsta que la operatividad de tales derechos, como derechos de pretensión de prestaciones públicas, pueda y deba ser “cerciorada caso por caso, sin confundir que ello sea posible en virtud de la sola eficacia normativa de la Constitución con que ello sea históricamente posible”,⁴⁸ a través de leyes y reglamentos que hayan asegurado una determinada disciplina de la materia.

Las conclusiones que se pueden obtener de una remisión similar a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el aseguramiento de la efectividad de los derechos sociales nos llevan sin embargo a observar cómo las técnicas jurisdiccionales de los jueces constitucionales son tales que provocan inestabilidad y mutabilidad en el grado de efectividad asegurado a tales derechos. De hecho, las técnicas de ponderación entre los intereses igualmente merecedores de tutela llevan al juez constitucional a operar una comparación continua entre diversos principios y valores constitucionales, y ello sobre la base del asunto según el cual el principio de ponderación o el balance entre bienes constitucionales representa un parámetro a cuyo respecto deben determinarse los límites y el contenido de los derechos fundamentales y el trámite a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionalmente conexos. Es esta última una perspectiva que ha llevado (y aún lleva) a considerar a la Corte Constitucional como verdadero legislador positivo, cuya ambigüedad todavía preocupa a la más atenta doctrina italiana, como en general a la doctrina europea (y no solo) cuando nos hacemos la pregunta de *qui custodiet custodes*.⁴⁹

La cuestión objeto de nuestro análisis, con específica referencia a las relaciones existentes entre competencias legislativas de las regiones y garantías acordadas por el principio

⁴⁸ Cf. PACE, o. cit., pp. 61 ss.

⁴⁹ El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional confirma este asunto (sentencias C. C. n.ºs 11 de 1969; 2 de 1972; 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, 1133 de 1988; 234, 447, 623, 829, 924, 1066 de 1988; 372 de 1989; 49 de 1991; 75 de 1992; 3 de 1991). En la doctrina, al menos, cf., S. BARTOLE, “In 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*, Milán, 1976, p. 67; F. SORRENTINO, “Considerazioni su riserva di legge, principio di eguaglianza ed autonomia regionale nella giurisprudenza costituzionale”, en M. OCCHIOCUPO (ed.), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978; A. D'ATENA, “Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento”, en *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1978, p. 1255; S. BARTOLE, “In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967, p. 669; L. PALADIN, “Un caso estremo di applicazione del principio di eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, p. 620, A. REPOSO, “Eguaglianza costituzionale e persone giuridiche”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973, p. 360.

unitario, puede ser útilmente afrontada acudiendo a la orientación del juez de las leyes en la sentencia n.º 109/1993. En ella se prevé que el ejercicio del poder estatal de conceder facilidades a las empresas de prevaeciente dirección femenina encuentra su justificación en la “necesidad de asegurar condiciones de uniformidad sobre todo el territorio nacional” en aplicación de un valor constitucional primario, como es la realización de la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el campo de la empresa. Tratándose de medidas (*acción positiva*) dirigidas a superar condiciones de desigualdad entre sujetos (discriminación en razón de sexo), estas “comportan la adopción de disciplinas jurídicas diferenciadas en favor de las categorías sociales desfavorecidas, también derogando el principio general de paridad formal de trato, establecido en el artículo 3 de la Constitución”. Tales diferenciaciones exigen —según las palabras de la Corte— que “su actuación no pueda sufrir deformidad o derogaciones en relación con las diversas áreas geográficas y políticas del país”. De hecho, si se pusiese en peligro la aplicación uniforme en todo el territorio nacional, sería del todo evidente el riesgo de que las *acciones positivas* se transformaran en factores creadores de disparidad de trato no justificada en el imperativo de reequilibrio de las situaciones de desventaja social ligadas a las condiciones personales del ser mujer. La trayectoria jurisprudencial apenas manifiesta la relación entre las llamadas *acciones positivas* y el principio de igualdad, y el de autonomía territorial confirma una jurisprudencia constante en la cual la Corte excluye o limita las competencias regionales (sean ordinarias o especiales) cada vez que estas vengán a incidir sobre intereses o derechos fundamentales.⁵⁰ Ello constituye una confirmación del interrogante sobre quién debe ser, en el *Estado regional*, el garante de la efectividad de los derechos sociales.

Problemas similares se desprenden de un modelo de Estado federal o de regionalismo fuerte, como el previsto actualmente en el texto de revisión del título V de la Constitución. De nuevo es el juez de las leyes el llamado a hacer valer, en el eventual conflicto de competencias o en la protección de los derechos de ciudadanía (pero también de los derechos de la persona) la efectividad de valores y de bienes constitucionalmente protegidos, limitando la autonomía política (de los *Länder* y de los estados en los Estados federales) de las regiones (ordinarias pero también especiales) cada vez que el legislador nacional, en el ejercicio de su poder y de su responsabilidad, actúe a modo de tutela destinada a asegurar la igualdad y la

⁵⁰ Cf. sentencia CC n.º 40 de 1993, sobre la relación entre acciones positivas y principio de igualdad. Sobre el tema en general cf. también G. GROTTANELLI DE’ SANTI, “Perequazione, eguaglianza e principi dell’ordinamento”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, p. 710.

dignidad uniforme de los sujetos sobre todo el territorio, y por tanto tutele a la ciudadanía prescindiendo de las articulaciones territoriales/regionales del país.

2.

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN EUROPEA

La afirmación de los derechos sociales fundamentales resulta también problemática respecto al relativo grado de reconocimiento y formas de tutela en el ordenamiento de la Unión Europea. Este reconocimiento reviste aún las formas institucionales de la *politica social* (título IX del nuevo TFUE), ahora enervadas por las previsiones que acuerdan para la Carta Europea de los Derechos la misma fuerza jurídica que los tratados.

Ha sido ampliamente subrayado en la doctrina cómo los tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza constituyen momentos de particular cualificación del largo recorrido de la evolución del *derecho constitucional común europeo*. Con ellos se determina la transformación ordinamental de la originaria Comunidad Económica Europea en una unión política inspirada en los principios fundamentales propios del Estado democrático de derecho. En este contexto, la Unión Europea se obliga al respeto de los derechos fundamentales tal como resulta del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y de las *tradiciones constitucionales comunes* de los estados miembros.

Como sabemos, ante la ausencia de previsiones sobre los derechos fundamentales en los tratados originarios, el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo un reconocimiento pretoriano de estos, sacando el débil material normativo ofrecido para tal fin de específicas disposiciones en materia de responsabilidad extracontractual de la comunidad (artículo 288.2 TCE).⁵¹ Como ha sido ampliamente subrayado, siguiendo esta orientación jurisprudencial el juez de Luxemburgo ha elaborado un auténtico catálogo de los derechos fundamentales,⁵²

⁵¹ A partir de comienzos de los años sesenta, con la sentencia *Stauder*, el Tribunal de Justicia, como se verá mejor enseguida, reconoció, por primera vez, que la tutela de los derechos fundamentales forma parte de los principios generales del derecho, asumiendo que el propio tribunal se encargará de su observancia. En la búsqueda del parámetro sobre el cual fundar semejante (atrevida) construcción jurisprudencial, recurre a las “tradiciones constitucionales de los estados miembros”, que son asumidas como necesarias al determinar el contenido material de los derechos fundamentales, entendidos, como articulación interna de los principios generales del derecho comunitario (sobre este asunto cf. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e...*, o. cit., también SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune...*, o. cit.). Con las sentencias posteriores *Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold*, la Corte comunitaria dio plenitud a su técnica argumentativa con la finalidad de proteger los *derechmentali comunitari*.

⁵² En este punto también nuestra obra “Diritti fondamentali europei e trattato costituzionale”, en *Politica del Diritto*, n.º 1, 2005.

si bien limitados al ámbito de los derechos civiles, en el que aparecen situaciones subjetivas vinculadas sobre todo al ámbito económico y social.⁵³

2.1. LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS TRATADOS

Conviene ahora reconstruir, aunque sea brevemente, la lenta inmersión y el proceso evolutivo de los derechos sociales en el ámbito de la Unión Europea, para a continuación plantearnos la misma cuestión ya apuntada por la doctrina sobre la necesidad de un “capítulo social en la futura Constitución europea”.⁵⁴

El proceso de integración europea nació en los primeros años cincuenta con una finalidad esencialmente económica, de sostenimiento y desarrollo de un mercado común europeo. Los constituyentes europeos, como se sabe, no se propusieron elevar el *interés social* en Europa, sino que se limitaron a perseguir el objetivo de eliminar aquella “disparidad de tratamiento [que fuese] susceptible de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado”.⁵⁵ Como se ha subrayado, las *preocupaciones sociales*, que podían ya advertirse en el Tratado de Roma, quedaron relegadas.⁵⁶ La *frialdad social* no preocupaba a los primeros constituyentes europeos, empeñados en diseñar la arquitectura de base del derecho primario de la Unión.⁵⁷ “La defensa de la dignidad del trabajador y la mejora de las condiciones de vida y del trabajo eran simples corolarios”.⁵⁸ Ante esta situación, y con una buena dosis de optimismo y quizás también de ingenuidad, resultaba fuerte aunque dispersa entre los primeros constituyentes europeos la convicción sobre las potencialidades *autopropulsivas* del mercado y la relativa idoneidad para sostener y difundir los derechos, incluidos los sociales.⁵⁹

⁵³ Con la sentencia *Kreil*, del 11 de enero de 2000, sin embargo, el TJ da un paso adelante respecto a la relación entre el derecho de la Unión y los ordenamientos constitucionales nacionales, al disponer que el primero representa un límite a la aplicación de las normas nacionales, incluso de naturaleza constitucional, cuando estas violen (o incidan sobre) los derechos fundamentales comunitarios. Con tal sentencia el TJ precisa sus competencias de control en la aplicación del derecho de la UE; que se explican en la concreción de los niveles de protección inderogables de los derechos fundamentales.

⁵⁴ Cf. M. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, “La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea”, en *Lavoro e Diritto*, n.º 4, 2000.

⁵⁵ Cf. F. CARINCI y A. PIZZOLATO, “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali”, en *Lavoro e Diritto*, n.º 2, 2000, p. 286; A. D’ALOIA, “Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002, p. 852, vol. 1, t. 3.

⁵⁶ Cf. M. LUCIANI, “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Politica del Diritto*, n.º 3, 2000, p. 367.

⁵⁷ Cf. G. F. MANCINI, “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”, en *RDE*, n.º 3, 1989.

⁵⁸ Cf. CARINCI y PIZZOLATO, “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali...”, o. cit., p. 286.

⁵⁹ En un sentido crítico sobre este punto E. ARGALA FORURIA, “Los derechos sociales comunitarios y su protección en Europa y en España”, en la obra colectiva, *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, 2001, p. 700.

Formulada en términos claros, la idea del sostenimiento del mercado que comporta el desarrollo de los derechos se presta naturalmente a ser tomada como un evidente *error metodológico*, en el sentido de que la experiencia de los distintos países no parece demostrar que el “libre juego de las fuerzas del mercado lleve de modo natural hacia la igualdad, sino a una enorme disparidad en las condiciones de vida y de trabajo, dependiendo de las condiciones geográficas, profesionales y sectoriales”.⁶⁰ Más bien al contrario, la evolución desde el Estado liberal-democrático hacia aquel social contemporáneo en el ámbito económico precisamente parece caracterizarse por los fallos del mercado y por la exigencia de la intervención pública subsidiaria en materia económica (con la finalidad regulativa, *antitrust*, como mantenimiento de la demanda agregada). Probablemente, el intento de los padres constituyentes europeos se movía en la idea de que, recién salidos del conflicto mundial, se contaba con las bases para una cooperación entre los estados y pueblos europeos y que estos últimos no se verían más tentados a resolver sus problemas recurriendo a las armas. Amparándose en una idea similar de reconciliación y sobre las bases económicas que conformaban ese soporte, habría sido posible en un futuro inmediato y en otro más lejano desarrollar la protección de los derechos y en particular de los derechos sociales, que al demandar relevantes recursos públicos para su implementación habrían impuesto reconsiderar una estructura institucional adecuada, así como políticas de balance europeas más fuertes (y por tanto adecuadas para hacerse cargo de la garantía de tales derechos cuando fuesen asumidos efectivamente como derechos pretensivos, justiciables).

En todo caso, no es cierto que el ámbito de la protección social (y por lo tanto de las políticas sociales) estuviese completamente ausente en los tratados constitutivos de la Unión.⁶¹ No parece motivada ni convincente aquella tesis según la cual cualquier objetivo social estaba ausente en la estrategia institucional perseguida en los tratados originarios. Si encuadramos correctamente en el ámbito de las políticas y no en el de los derechos, podemos observar cómo el artículo 117 del Tratado originario preveía claramente que tal finalidad es el resultado “tanto del funcionamiento del mercado común [...] como de los procedimien-

⁶⁰ Cf. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, “La necessità di un capitolo sociale...”, o. cit., p. 608.

⁶¹ Se hace bien en observar que ya en el Tratado de 1951, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), el artículo 3 asumía que una de sus funciones era “promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra”. También en el Tratado 1957, constitutivo de Euratom, se hacía referencia al aumento de los niveles de vida y de la tutela a la salud de los trabajadores de la industria nuclear. Sin embargo, es en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957) donde se reencuentra iluminada la relación entre el ámbito económico y aquel social; en el artículo 2 reencontramos disciplinados como objetivos el “desarrollo armonioso de la actividad económica”, el “crecimiento continuo y equilibrado” y el “crecimiento rápido de los niveles de vida”; se une al artículo 117 del Tratado un claro reclamo al objetivo social, cuando se prevé que “los estados miembros convienen la necesidad de promover una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra que consienta su parificación y progreso” (cf. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, “La necessità di un capitolo sociale nella...”, o. cit., p. 609).

tos previstos en el Tratado”. Por tanto, si con esta afirmación queremos deducir de los tratados la existencia de un ámbito destinado a reconocer y garantizar los derechos sociales con un estatuto jurídico equiparado a los clásicos derechos de libertad, debemos efectivamente hablar de un fuerte retraso de los primeros tratados, de su *frialdad* en la materia. Pero si, al contrario, con tal calificación hacemos referencia al marco de las políticas públicas europeas, no debería hablarse más de *frialdad social* de los tratados. Los padres constituyentes tenían todo ello bien presente en el momento de su redacción; se puede razonablemente asumir que, si no siguieron de forma inmediata estrategias institucionales fuertes, se debió a la preocupación por el hecho de que una estrategia similar podría haber comportado un bloqueo definitivo del *take off* constitutivo de las instituciones y del haber político de la Unión. La igualación hacia arriba de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores europeos⁶²

⁶² Según la reconstrucción desarrollada prevalentemente por los iuslaboristas, el derecho derivado de la Unión, analizado en referencia a las décadas posteriores a los primeros tratados, confirma plenamente la afirmación apenas hecha. A continuación llamaremos la atención sobre las disciplinas más significativas en la dirección de la primera tesis sostenida. En actuación de los artículos 48 y 51 del Tratado de Roma, inicialmente, la prioridad viene dada no tanto por sostener al trabajador *ut sic* sino más bien hacia una disciplina dispuesta a favorecer la libre circulación de los trabajadores. Si acudimos en este sentido al reglamento CEE 1612/68 (de 15 de octubre de 1968), la directiva 68/360/CEE (con la misma fecha), el reglamento 3/58, antecedente del 1408/71 (sobre coordinación de los sistemas de seguridad social), continúa en una segunda fase una disciplina que comienza a concentrarse mayormente sobre los derechos del trabajador; en tal sentido recordamos las actuaciones del Programa de Acción Social de la Comunidad (cumbre de los jefes de Estado y de Gobierno de París de 1972), acompañada por tres directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (75/117/CEE, 76/207/CEE y 79/7/CEE), además de otras directivas sobre aspectos específicos de las relaciones laborales: licencias colectivas (75/129/CEE), derechos de los trabajadores en caso de transferencia de la empresa (77/187/CEE), tutela de trabajadores en caso de insolvencia de la empresa (80/987/CEE). En los años ochenta se inició una reestructuración radical de la política social de la Unión, cuyas líneas principales fueron acogidas en el Acta Única Europea (de 17 de febrero de 1986), donde entre los objetivos propios se encuentra en el núcleo aquel de la *integración económica y social*. Se recuerdan, a tal fin, la integración de un nuevo título (XIV), denominado “Cohesión económica y social”, así como la inclusión de nuevas disposiciones relativas a asegurar el mejoramiento del “ámbito de trabajo”, los “derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”, la “salud en los lugares de trabajo”. Los años ochenta concluyeron con la adopción de importantes directivas sobre la salud en los lugares de trabajo (a partir de la directiva marco 89/391/CEE). La cuarta fase incluyó una disciplina sistemática y orgánica de los derechos laborales. Por la incertidumbre de su fuerza jurídica, se recuerda, la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 por once de los doce estados miembros (todos menos el Reino Unido), tendría un valor prevalentemente simbólico, como forma de “afirmar solemnemente [que] en la aplicación del Acta Única Europea deberá tenerse plenamente en cuenta la dimensión social y que en tal contexto es necesario garantizar, en los niveles apropiados, el desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea”. Tras el Tratado de Maastricht (que aún deja inmutadas las disposiciones de los tratados originarios en materia de política social, subrogados a la aprobación de un protocolo social, importante en cuanto modifica de forma sorprendente la regla de la unanimidad en sede de la aprobación de directivas concernientes a las condiciones de trabajo), han sido escasas las directivas en el ámbito laboral. Entre aquellas más importantes podemos destacar la directiva 93/104/CE del 23/11/1993 (concerniente a algunos perfiles de la organización del horario de trabajo); la directiva 94/45/CE del 22/9/1994 (instituciones de procedimiento para la información y la consulta a los trabajadores en la empresa y en los grupos de empresas de dimensiones comunitarias); la directiva 96/34/CE del 3/6/1996 (permisos parentales). Por último, con el Tratado de Ámsterdam, de 17 de junio de 1997, se procede a la modificación de los artículos 117 y 122 (renumerados como 136 y 145), con la incorporación del Protocolo sobre Política Social, la introducción de un título VI *bis* (más tarde título VIII) sobre ocupación (cuyo primer artículo, el 109 N (ahora 125), afirma que los estados miembros se emplean “para desarrollar una estrategia coordinada a favor de la ocupación”), la incorporación, en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea, de un *considerando* en el cual las partes signatarias manifiestan “la propia adhesión a los derechos sociales fundamentales así definidos en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de

fue, pues, asumida como un desafío basilar y originario. Este desafío perduraría hasta la reciente reforma de los tratados en Lisboa, como se verá mejor a continuación.

Por otro lado, estas afirmaciones no deben sorprendernos cuando tenemos en cuenta que a mitad de los años sesenta el reconocimiento de los derechos sociales resultaba limitado y por tanto insuficiente tanto en el ámbito internacional como en los estados miembros de la CEE de entonces.⁶³ En ese clima, si no de desinterés, de desatención por los asuntos de los derechos sociales, se sitúa el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.⁶⁴ Garantizados incluso en el propio catálogo numerosos derechos, en este se cruzan solo marginalmente los derechos sociales, al proponer en el ámbito internacional la visión arcaica sobre derechos fundamentales propia del primer constitucionalismo, que de forma evidente contrapone al *núcleo duro* de los derechos de la primera generación el corpus separado de aquellos de segunda generación que confluyen en un documento distinto.⁶⁵ Se trata de la Carta Social Europea adoptada en Turín en 1961 y modificada en 1996 en Estrasburgo, con el fin de renovar el empeño garantista del carácter indivisible de los derechos humanos. En ambas versiones se conserva una estructura homogénea que, a partir de la enunciación de los derechos, continúa con la previsión de los vínculos jurídicos que gravan a las partes contrayentes y concluye con la creación de un sistema de control *cuasijurisdiccional*, de naturaleza eminentemente internacionalista.⁶⁶ En cuanto tal, este último se limita a ofrecer una mera garantía indirecta y atenuada, en la forma de seguimiento y verificación de las condiciones de cumplimiento de las obligaciones convenidas. Tal sistema de control excluye el recurso individual y admite a lo sumo un reclamo colectivo.

Desde un punto de vista general, la estructura que los derechos sociales asumen en la Carta Social Europea ofrece por tanto un argumento fundamental para superar las objeciones que en el ámbito nacional contestan el rango constitucional de tales derechos, degradándolos

los Trabajadores del 1989". Para un desarrollo de esta evolución cf. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, "La necessità di un capitolo sociale nella...", o. cit., p. 610 ss.

⁶³ Cf. S. SCIARRA, "I diritti sociali fondamentali", en L. BAYLOS GRUA, E. CARUSO, M. D'ANTONA y S. SCIARRA (ed.), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bolonia, 1996.

⁶⁴ Sobre este punto véase F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turín, 1994.

⁶⁵ Cf. PEZZINI, o. cit., p. 158.

⁶⁶ "El procedimiento de control previsto por la Carta Social, mejorada a continuación de la entrada en vigor de los dos protocolos de 1991 y de 1995, prevé la competencia de un órgano especial (el Comité de Expertos Independientes) y de un órgano político (el Comité Social Intergubernamental). Este último, en particular, sobre la base de las relaciones del Comité de Expertos, selecciona e indica al Comité de Ministros del Consejo de Europa las situaciones nacionales que deben ser objeto de recomendación individual. Por otro lado, un protocolo anexo permite a tales organizaciones sindicales la posibilidad de presentar reclamaciones sobre presuntos incumplimientos estatales derivados de la inobservancia de las normas de la Carta Social Europea".

a derechos legislativos debido a la necesidad de integrar el contenido en un nivel normativo infraconstitucional. Si en la primera fase de integración europea se había intentado resolver el problema de la ocupación con medidas de lógica neoliberal, el Acta Única Europea de 1986 había introducido políticas sectoriales de estilo intervencionista sin abandonar la idea originaria de que el mercado común constituía el mejor medio para alcanzar una plena ocupación. Con la adopción de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (de 9 de diciembre de 1989), se dio aparentemente un paso decisivo hacia la entrada formal de los derechos sociales en el ámbito europeo, aunque fuese esencialmente limitada al ámbito de protección laboral. Sin embargo, el carácter innovador atribuido al documento fue pronto desmentido por el hecho de que este no se configuraba ni como acto jurídico obligatorio de la Unión Europea ni como acto internacionalmente vinculante, o sea, como fuente pactada de derecho internacional público entre los estados firmantes.

No obstante, las diversos intentos de la política social europea conseguían con dificultad despegar, de forma que durante las labores preparatorias del Tratado de Maastricht (1992) se decidió ampliar notablemente la dimensión social de la Comunidad extendiendo las competencias también a sectores hasta el momento exclusivos.⁶⁷ Esta decisión, que registraría la oposición del Reino Unido, contrario a cualquier intervención de las instituciones europeas en el campo social, condujo a un auténtico *escamoteo* político para superar la situación. El Tratado CE quedó sustancialmente igual en los artículos relativos a las disposiciones sociales, pero le fue añadido un Protocolo y un Acuerdo sobre Política Social que, sin contener derechos sociales directamente aplicables, disponía por primera vez la competencia de la Unión en la materia.⁶⁸ Sería firmado por 11 estados (salvo el Reino Unido) que en la práctica reescribían los artículos del Tratado.⁶⁹ Solamente con el Tratado de Ámsterdam de 1997 esta anomalía jurídica sería superada, en el momento en que el Reino Unido aceptó adherirse plenamente a la política social de la Unión. Se procedió por tanto a impulsar el

⁶⁷ Cf. E. PAGANO, "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", en *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169.

⁶⁸ Cf. CARINCI y PIZZOLATO, o. cit., p. 289; M. D'ANTONA, "Chi ha paura della sussidiarietà", en *Lavoro e Diritto*, 1994, p. 565.

⁶⁹ Según CARINCI y PIZZOLATO (o. cit., p. 287), dos eran las principales novedades introducidas por el Protocolo: 1) extensión del radio de acción de las competencias sociales de la Unión, distinguiendo, según el procedimiento de formación legislativa, materias sociales sujetas a la regla de la mayoría cualificada (condiciones de trabajo, paridad hombre-mujer en el mercado de trabajo, integración de los sujetos excluidos del mercado de trabajo) y materias reservadas a la regla de la unanimidad (seguridad, protección y tutela social de los trabajadores en caso de resolución de la relación laboral; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores, de los dadores de trabajo, promoción de la ocupación); 2) previsión de una fuente material del derecho de la Unión, contratación colectiva europea, en la doble visión de los acuerdos libres, desvinculados del proceso normativo de la Unión e idóneos para regular las materias excluidas de la competencia normativa de la Comunidad, y de los "acuerdos para el concierto legislativo". Cf. También F. CARINCI, "Dal dialogo sociale al negoziato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali", en la obra colectiva *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Supplemento a XXX, n.º 12, 1995, p. 91.

contenido del Acuerdo sobre la Política Social en nuevos artículos (del 136 al 145) y contextualmente a promulgar el Protocolo n.º 14, ligado al Tratado de Maastricht. En el nuevo texto del artículo 136 TCE se dispone:

La Comunidad y los estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

Así es como los derechos conquistaron la calificación de derechos fundamentales, iguales a los derechos clásicos de libertad. Por otro lado, las previsiones de los documentos sociales esenciales para su protección en el ámbito europeo parecen ser integradas en el Tratado.⁷⁰ Las modificaciones aportadas en el campo social del nuevo texto adoptado en Ámsterdam resultan significativas por cuanto han avanzado respecto a la política social adoptada hasta entonces. Esta última, de hecho, se componía sustancialmente de medidas destinadas a la tutela y a la salvaguarda de las personas ya ocupadas, sin prever intervención alguna en favor de aquellas categorías excluidas de toda actividad laboral. A tal carencia se ha intentado poner remedio con la introducción en el texto del Tratado del título VIII de la parte tercera, enteramente dedicado a las políticas de empleo.⁷¹

Sin embargo, no todos los datos normativos se mueven hacia un reconocimiento de la integración social europea, y en particular no todos confirman la nueva importancia atribuida a los derechos sociales, cuyo carácter jurídico, en cada caso, no resulta comparable en modo alguno al de las libertades negativas. Al respecto, es significativo el mantenimiento, también tras Ámsterdam,⁷² de la previsión del artículo F, § 2 (ahora artículo 6, § 2) que dispone:

⁷⁰ Desde el momento en que las previsiones contenidas en las cartas sociales se imponen a los estados miembros, todos los estados resultan destinatarios, incluidos aquellos que deliberadamente se habían alejado de los precedentes acuerdos en materia social.

⁷¹ El artículo 125 del TCE dispone: “Los estados miembros y la Comunidad se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable [...]”.

⁷² Sobre este tema cf. también J. BAQUERO CRUZ, “La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998, n.º 4; G. MAESTRO BUELGA, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998, S. SCIARRA, *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell’Unione Europea*, EUI Working Paper Law, n.º 96/1.

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 firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como principios generales del derecho comunitario.

De esta forma, en la base de la Unión siguen colocándose los derechos fundamentales de la primera generación, mientras los derechos sociales quedan en un segundo plano. La perplejidad no falta siquiera en el caso de que se haga referencia a la fórmula del citado artículo 136 TUE. Aunque en su interior los derechos sociales son reconocidos como fundamentales, el Tratado se limita a disponer simplemente que se los deberá *tener presentes* en la persecución de los objetivos que el mismo artículo, inmediatamente después, procede a fijar.

La impresión de una notable *timidez*⁷³ del Tratado en el campo social surge también de las disposiciones siguientes. De hecho, el artículo 137, § 1, se limita a disponer que la Comunidad “apoyará y completará” la acción de los estados en una serie de sectores de notable importancia social, como la seguridad y la salud de los trabajadores, etc.⁷⁴ Se trata de una fórmula general de gran cautela, y de las normas que la desarrollan no surgen elementos de obligación inmediata para los estados, elementos que sí son frecuentes en materia de estabilidad financiera y de competencia. La única excepción a esta concepción es representada por el artículo 141 del TUE,⁷⁵ relativo a la igualdad de oportunidades, directamente aplicable y aplicado por el Tribunal de Justicia.

De todo ello deriva una valoración de desilusión global respecto a los progresos de Ámsterdam en el campo social.⁷⁶ Surgiría por tanto de forma aún más urgente la necesidad de proceder a la codificación de un catálogo de derechos fundamentales con el fin de colmar las lagunas de semejante enumeración explícita.⁷⁷

⁷³ En este sentido LUCIANI, o. cit., p. 372.

⁷⁴ Cf. P. MAGNO, “Diritti sociali nell’ordinamento dell’Unione europea dopo Ámsterdam”, en *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1, p. 123.

⁷⁵ El texto dispone: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.

⁷⁶ Sobre este punto cf. también S. GAMBINO, “Dall’Europa dei mercati all’Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario”, en la obra colectiva *L’integrazione europea fra economia e democrazia*, Cosenza, 2003.

⁷⁷ Sobre este punto cf. U. DE SIERVO, “L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea”, en *Diritto pubblico*, 2001; A. PIZZORUSSO, “Il rapporto del comitato Simitis”, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999.

2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES: APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA

Recogidos bajo el perfil más estrechamente jurídico-constitucional, como ha sido ya destacado,⁷⁸ el Estatuto Europeo de los Derechos Sociales (la *ciudadanía social* de la Unión) y sus garantías respecto de los ordenamientos constitucionales nacionales contrastan en el fondo con su concepción en los ordenamientos constitucionales nacionales (entre ellos, sobre todo —pero no solo—, el italiano, el español y el alemán).⁷⁹ Lo relevante de tales derechos en la acción y para la realización de la finalidad del ordenamiento de la Unión es su finalización en las exigencias propias del mercado común. Desde una óptica similar, en el ámbito más general de la *política social* de la Unión, tal y como se disciplina en el nuevo título IX del TFUE (ahora capítulo I del título XI del Tratado CE, artículos 136-145), los derechos sociales se transforman en meros parámetros de legitimidad normativa, por lo que asuman no ya una validez en sí, sino la naturaleza de derechos complementarios a la libertad económica, reservándose el relativo reconocimiento y la tutela en el ámbito interno de los estados miembros, mientras la intervención normativa y jurisprudencial de la Unión queda en el ámbito externo subordinada a la tutela asegurada por las legislaciones de las jurisdicciones de los estados miembros.

Según tal perfil, bien entendidos, los artículos 51, 52 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE no innovan de forma significativa esta construcción de base.⁸⁰ Así, en la evolución del ordenamiento europeo los derechos sociales, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional —exceptuando, naturalmente, los derechos sociales reconocidos y protegidos en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales—, continúan asumiendo naturaleza de derechos *residuales* orientados a los objetivos económicos del mercado único europeo, por lo que es preciso concluir que la normativa europea en materia social se limita sobre todo a disciplinar disposiciones programáticas algo más que *objetivos*, sin un contenido prescriptivo para las instituciones de la Unión que las obligue a realizarlos desde la perspectiva de la función social del mercado económico.⁸¹

⁷⁸ Cf. M. LUCIANI, “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padua, 2000; también PARLEMENT EUROPÉEN, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, (Séries Affaires Sociales, SOCI 104 FR), 1999.

⁷⁹ Cf. J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruselas, 2000.

⁸⁰ Dentro de la amplia bibliografía cf. también A. RUGGERI, “Carta Europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)”, en *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto* (Jornada italo-española, Taormina 4 de octubre de 2002), Milán, 2003; en el mismo volumen cf. también nuestra obra “I diritti fondamentali comunitari: fra Corte di Giustizia delle Comunità Europee, trattati e *Bill of rights*”.

⁸¹ El TJ, por su parte, ha hecho propia esta posición doctrinal cuando, tras una primera orientación en la que asume la existencia de límites a los derechos fundamentales en la materia de derechos económicos (sentencia de 14 mayo

La naturaleza jurídica imprecisa e incierta de tales disposiciones parece, por tanto, únicamente superable con su positivación en un *catálogo* de derechos sociales, en una más amplia y revisada Carta Europea de los Derechos Fundamentales, sobre la cual las instituciones y la doctrina debaten en los últimos años sin llegar a un acuerdo (teniendo en cuenta especialmente las resistencias en este sentido de Gran Bretaña y de Polonia, recientemente reiteradas en Lisboa).⁸² Evidentemente, la adecuación de tal Carta de los Derechos Sociales va en función de la elección político-constitucional sobre el futuro (deseable) del *Estado social* en Europa. En definitiva, por consiguiente, el futuro de los derechos sociales en el proceso de construcción europea no parece que deba ser confiado a la sola jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Justicia, a sus discutibles técnicas argumentativas y a los respetivos, y siempre posibles, conflictos con las jurisdicciones constitucionales nacionales. Debe necesariamente preverse su positivación normativa, capaz de hacerse cargo, de manera convenida (cierta y garantizada), de las más avanzadas *tradiciones constitucionales comunes* en tal materia.⁸³ Solo a partir de una disciplina europea capaz de conformarse con las más avanzadas *tradiciones* constitucionales en materia de derechos y de justicia social podrán entenderse resueltas las problemáticas provocadas por el ejercicio del propio derecho a la tutela judicial efectiva en la materia (principio este último afirmado como fundamental por el Tribunal de Justicia), tanto con respecto a los derechos llamados *negativos* como sobre todo a los *derechos prestacionales*.⁸⁴

de 1974, *Nold*, causa 4/73, en *Racc. Uff.*, 1974, p. 491; sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, causa 44/79, en *Racc. Uff.*, 1979, p. 3727, sobre esta cf. entre otros F. MANCINI, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 1, 1989), ha dispuesto que "los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal no resultan [...] ser prerrogativas absolutas y deben ser considerados con relación a la función por ellos desenvuelta en la sociedad. Es por tanto posible establecer restricciones al ejercicio de tales derechos, en particular en el ámbito de una organización común del mercado, con tal de que dichas restricciones respondan efectivamente a la finalidad de intereses generales perseguida por la Comunidad y no se resuelvan, considerando la finalidad perseguida, en una intervención desproporcionada inadmisibles que perjudique la propia sustancia de tales derechos" (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, causa 5/88, en *Racc. Uff.*, 1989, pp. 2609 ss.).

⁸² Entre la amplia bibliografía relativa ala Carta de Niza, cf. al menos, la obra colectiva *Riscrivere i diritti in Europa*, Bolonia, 2001; F. PETRANGELI, *Una Carta per l'Europa. Diritti fondamentali e mercato nel processo d'integrazione*, Roma, 2001; A. APOSTOLI, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, Brescia, 2000; A. BALDASSARRE, "La Carta europea dei diritti", en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <<http://www.luiss.it>>; E. DENNINGER, "I diritti fondamentali nel quadro dell'Unione Europea", en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <<http://www.luiss.it>>; U. DE SIERVO, "I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.º 1, 2001 (el cual *adde*, en la misma revista, el *Forum*, con intervención de V. ATRIPALDI, G. G. FLORIDIA, A. GIOVANNELLI, M. LUCIANI, S. MANGIAMELI, E. PAGANO, A. RUGGERI, R. TONIATTI); número especial de *Diritto Pubblico*, n.º 3, 2001.

⁸³ Cf. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995 y M. CARTABIA (ed.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bolonia, 2007.

⁸⁴ Sobre este punto cf. también nuestra obra "Il diritto a un giudice autonomo e indipendente. Ri-forma di stato e sistema di giustizia nell'ottica interna, comparata e comunitaria", en *Democrazia e Diritto*, n.º 3, 2005, así como "Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli stati membri dell'U.E", en <<http://www.federalismi.it>>, n.º 3, 2005.

3.

LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS NUEVOS TRATADOS

Aunque sea con una graduación que deje patentes los diferentes tipos de tutela de los derechos en las constituciones nacionales, en el ámbito europeo podemos ya comprobar (tal afirmación tendrá plena efectividad solo después de la entrada en vigor de los nuevos tratados reformados en Lisboa el 12 de diciembre del 2007) una positivación de los derechos fundamentales clásicos, mientras que se aprecian tardíamente en el pleno reconocimiento de los catálogos de los derechos políticos⁸⁵ y sociales previstos en las constituciones europeas,⁸⁶ cuya *aminoración comunitaria* respecto a los modelos constitucionales nacionales (sobre todo italiano, español y alemán, pero no solo estos, como se ha visto en la introducción de nuestro estudio) resulta confirmada en la regulación del artículo 136 TFUE.⁸⁷ De hecho, según esta disposición:

[...] la Unión y los estados miembros, *teniendo presentes los derechos sociales* definidos en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, tienen como objetivo la promoción de la ocupación, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, con el fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

Por otro lado, para la realización de este complejo objetivo, en el § II se prevé que ya la Unión y los estados miembros provean medidas compatibles con la diversidad de las praxis nacionales idóneas a hacerse cargo de la “necesidad de mantener la competitividad de

⁸⁵ Cf. FERRARA, “I diritti politici nell’ordinamento europeo...”, o. cit.; GROSSO, “La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella Carta dei diritti fondamentali...”, o. cit.

⁸⁶ Cf. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux...* o. cit.; J. F. FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002; *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne* (Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne, Sofia, Bulgarie, 5/7 juillet 2000), Estrasburgo, 2001; B. VENENZIANI, “Nel nome di Erasmo di Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario”, en *Riv. Giur. Lav. e Previd. Sociale*, 2000, I. J. BAQUERO CRUZ, “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998.

⁸⁷ Cf. M. LUCIANI, “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Politica del diritto*, 2000; S. GIUBBONI, “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario”, en *Il diritto dell’UE*, n.º 2/3; 2003, G. BRONZINI, “Il modello sociale europeo”, en PACIOTTI (ed.), *La Costituzione europea...*, o. cit.; U. ALLEGRETTI, “I diritti sociali”, en *Osservatorio costituzionale LUISS* (21 de mayo de 2004).

la economía de la Unión”. Desde esta perspectiva, entre las demás novedades recordaremos la inclusión, inmediatamente después del artículo 136, de una nueva disposición (artículo 136 *bis*), destinada a asegurar a la vez el reconocimiento adecuado de la praxis de la subsidiariedad y la activa participación de las partes sociales en la persecución y el desarrollo del diálogo social. En tal sentido se prevé:

[...] la Unión reconoce y promueve el papel de las partes sociales en su nivel, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Esta facilita el diálogo entre las partes en el respeto a su autonomía. El vértice social trilateral para el crecimiento y la ocupación contribuyen al diálogo social.

Se reafirman de esta forma las orientaciones ya acogidas en el fondo en el Tratado de Ámsterdam en el sentido de:

[La] apertura a las fuentes y a la negociación entre sujetos colectivos organizados también en la abstención de la Unión respecto a las reglas y a los principios asociativos de estos [...]: una actitud que deja al Tribunal de Justicia juzgar sobre la racionalidad de los criterios selectivos adoptados por lo órganos de Bruselas en la elección de los interlocutores de la parte sindical y su adecuada representatividad.⁸⁸

La realización de tales fines conlleva un mayor protagonismo de la Comisión (artículo 140 TFUE), en el sentido del reforzamiento de la cooperación entre los estados miembros y de la facilitación de la coordinación de sus acciones en todos los sectores de la política social contemplados en la misma disposición. Con tal finalidad, las novedades introducidas en los nuevos tratados se extienden a la previsión de formas hasta el momento no previstas, con base en las cuales la Comisión, que opera en estrecha relación con los estados miembros mediante estudios y consultas y tiene plenamente informado al Parlamento Europeo, puede operar “en particular mediante iniciativas con el propósito de la definición orientativa e indicativa, para la organización de cambios tendentes a la mejora de las prácticas y de los elementos necesarios para el control y la evaluación periódica” (artículo 140 TFUE, § 2).

El resto de las novedades introducidas por los nuevos tratados en la materia que nos ocupa —ni tantas ni tales como para hacer cambiar el signo de perplejidad en esta reflexión— se colocan en lugares distintos del nuevo articulado de los tratados, imponiendo

⁸⁸ Así BRONZINI, “Il modello sociale europeo...”, o. cit., § 3.

una lectura/interpretación de tipo unitario. Encontramos una primera disposición novedosa en el artículo 2C del nuevo TFUE, que se adscribe a las competencias concurrentes de la Unión, entre otras, la relativa a la “política social, en lo que respecta a los aspectos definidos en el presente tratado”, que como acabamos de indicar no parecen de gran relevancia. Junto con este ámbito material, pero sin conocer de las limitaciones propias de la materia concurrente, es necesario recordar la previsión completamente nueva del artículo 2 TFUE, que entre los ámbitos materiales de la actuación de la Unión destinados a “controlar, coordinar y completar la acción de los estados miembros” incluye la “tutela y mejora de la salud humana”, la “cultura”, la “educación, formación profesional”, las que —unidas a la previsión de los artículos 35 y 14 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales— constituyen una transición muy significativa en estos ámbitos materiales del Estado social europeo contemporáneo desde la esfera política a la de los derechos.

Ha sido ya subrayado cómo entre las importantes novedades registradas en la reciente reforma de los tratados debe recalcarse el desarrollo, junto con las formas de la subsidiariedad vertical —que envuelven la Unión, los estados miembros y las regiones—, de las referidas a la susidiariedad horizontal, que en el marco de un reforzado *pluralismo ordinamental* se remiten y desarrollan en el ámbito europeo:

[...] las fuentes de la contratación colectiva ligadas al llamado *diálogo social europeo* y, en un plano más general, también las dinámicas de conflicto y *mutual learning* entre los principales actores europeos (comprendida la sociedad civil, desde los sindicatos a las ONG) concentrados sobre el procedimiento híbrido del *open method of coordination* (OMC).⁸⁹

Un marco de disposiciones reforzadas comunes a la materia sobre los valores de la Unión enriquece lo ya previsto en el Preámbulo de la Carta, y su violación implica la activación de los procedimientos previstos en el siguiente artículo, 7. En este sentido el nuevo TUE, prevé en su artículo 1 *bis*:

La Unión se funda en los valores de respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, comprendidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.

⁸⁹ Cf. *ibidem*, § 1; B. CARUSO, “Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa”, en *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n.º 4, 2006.

Respecto a cuanto se había previsto en el artículo I.3 (objetivos de la Unión) en el tratado constitucional, en el artículo 2 del nuevo TUE encuentra ahora lugar una de las disposiciones probablemente más significativas para la explicación de las relaciones existentes entre los objetivos del mercado interior y las innovadoras razones de su carácter social. Si es indudablemente relevante —y no solo desde un punto de vista simbólico— la desaparición de la previsión acogida en el Tratado constitucional (artículo I.3, § 2, TCUE) en la que se disponía que “la competencia sea libre y no esté falseada”, desde el punto de vista estrictamente jurídico resulta indudable que la nueva formulación del artículo 2 del TUE, *in unum* con los principios de la Carta finalmente incorporados a los tratados (con la fórmula peculiar de asignación al documento político de la misma fuerza jurídica que los tratados), podrá guiar la orientación jurisprudencial del Tribunal de Justicia “hacia un reequilibrio en la jerarquía entre los principios de diversa naturaleza, que ahora cuentan con el más sólido y claro sostenimiento de la Carta de Niza que proclama en su Preámbulo solemnemente la indivisibilidad entre los derechos que elenca y protege”.⁹⁰ En los nuevos artículos 2 y 3 del TUE, junto con la previsión según la cual “la Unión establece un mercado interior”, se prevé que este se adopta

[...] para el desarrollo sostenible de Europa basado [...] en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico [...] la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. Esta promueve la cohesión económica, social y territorial, y la solidaridad entre los estados miembros.

En las disposiciones de aplicación general del TFUE se prevén normas destinadas a asegurar la coherencia entre las diferentes políticas y acciones de la Unión dentro de un marco de conformación con los valores en la persecución de los objetivos positivados en los nuevos tratados. En este ámbito, en concreto en el artículo 5 *bis* del TFUE, se prevé:

La Unión tiene en cuenta las exigencias conectadas a la promoción de un elevado nivel de ocupación, la garantía de una adecuada protección social, la lucha contra la exclusión social y un elevado nivel de educación, formación y tutela de la salud humana.

⁹⁰ Cf. BRONZINI, “Il modello sociale europeo...”, o. cit., p. 2.

No estamos muy distantes, como se puede observar, de las tenues formas de protección de los derechos acogidas en el artículo 136 del TUE y ahora del TFUE, donde se prevé que la Unión “tiene presentes los derechos sociales fundamentales”; también en la disposición por último señalada (artículo 5 *bis* del TFUE) se prevé que la Unión “tiene en cuenta las exigencias conexas [...]”; en otros términos, el marco estaba y queda anclado en una evolución ordinamental de la Unión muy lenta sobre el camino de políticas de desarrollo y de cohesión compatibles con los derechos.⁹¹ En este largo desarrollo será probablemente el TJ el que imprima nuevos impulsos evolutivos en dirección a una mayor efectividad de los derechos fundamentales comunitarios; sin embargo, cuándo y dónde deban realizarse tales condiciones y la maduración de estas hoy día depende de unos procesos de constitucionalización de la Unión más acabados.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE había ofrecido ya desde hacía tiempo claras comparaciones de este equilibrio entre las exigencias económicas y los derechos sociales, tanto en la jurisprudencia en materia de prohibición de discriminación (paridad hombre-mujer) como en la solución de conflictos relativos a la protección del trabajador (seguridad social pública, vacaciones retribuidas, contratación colectiva).⁹² A diferencia de los derechos

⁹¹ Como ha sido bien subrayado, “Se trata de disposiciones que quieren claramente imprimir una íntima coherencia a las acciones de los órganos supranacionales de forma que conjuguen —por decirlo con Jürgen Habermas— las razones de la integración sistémica con aquellas de la integración social impidiendo que las medidas de naturaleza económica o de reforzamiento de la competitividad de la *zona Europa* prealezcan sobre aquellos objetivos de cohesión y solidaridad que la Unión ha acogido desde hace tiempo como su Estatuto primario. Como se da a entender, esta exigencia de conciliación que señala el artículo 5 *bis* es hoy hecha valer en muchísimos actos comunitarios con la *catchword* de la *flexicurity*. Queda incierto el “valor” de la cláusula; si es meramente de naturaleza “política”, suministrando elementos de orientación interpretativa para el TJ o dirigiendo a los órganos de la UE para motivar sus procedimientos también desde el punto de vista del “impacto social”, o si, por otro lado, es hipotética su justiciabilidad. Las expresiones utilizadas parecen querer trascender la mera naturaleza política de la “cláusula”: no solo esta, junto a la norma general que prohíbe la discriminación, inserta en el título II, denominado “Disposiciones de aplicación general” (como en el TCUE), el artículo 2.F TFUE robustece tales intenciones proclamando que “la Unión asegura la coherencia entre las diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y según el principio de atribución de competencias”; el inciso sobre las competencias hace pensar que los redactores del tratado se han preocupado de la incidencia de la cláusula social, firmando su ámbito de operatividad, pero al mismo tiempo dando por descontada su auténtica naturaleza vinculante. El artículo 2.F, por otro lado, reenviando a los objetivos en el conjunto de la Unión, tiene una finalidad primaria de junta y soldadura entre los dos tratados que consigna la cláusula prevista en el título II un papel privilegiado de ‘papel tornasol’ de un equilibrado funcionamiento del sistema europeo” (cf. BRONZINI, “Il modello sociale europeo...”, o. cit., par. 2).

⁹² Entre otros, C-67/96 del 21.9.1999 *Albany International BV*; C-173/99 del 26.6. 2001, *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry*. Sobre este tema cf. también “J. ILIOPOULOS STRANGAS, “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux”, en FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen...*, o. cit. Sobre este punto, además del ya citado U. ALLEGRETTI —para quién parece del todo “misterioso” y paradójico que el “modelo social europeo” de los primeros tratados comunitarios resulte plenamente excéntrico respecto a la afirmación de aquellos años del modelo de “Estado social”—, cf. también G. BRONZINI, “Il ‘modello sociale europeo’”, en PACIOTTI (ed.), *La Costituzione europea...*, o. cit. Y del mismo autor, “Il modello sociale europeo”, en F. BASSANINI y G. TIBERI (ed.), *Le nuove istituzioni europee. Commentario al nuovo Trattato europeo*, Bolonia, 2008; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione comunitaria*, Bolonia, 2003, para quien aun el desarrollo sectorial de las políticas europeas, sobre todo aquellas agrícolas, podría ser tomado como un “verdadero y propio sistema sectorial de *welfare state*”; igual

de primera generación, como se ha expuesto lúcidamente,⁹³ la protección de los derechos sociales es solo “indirecta y puramente eventual, en cuanto los vínculos reconocidos no son conectados directamente con la defensa de tales derechos sociales, pero son considerados relevantes en la medida en que hayan sido reconducidos hacia los intereses públicos colegados a la actuación de determinadas políticas de la Comunidad (como aquella agrícola en el caso *Hauer*)”. Como revela la doctrina iuslaborista, también algunos derechos sociales reconocidos son sometidos a una *infiltración* del derecho de la competencia y del mercado, que altera significativamente su consistencia.⁹⁴ Ello ha producido como resultado una predilección del TJ por la libertad de competencia en los conflictos con los derechos sociales, como por ejemplo la salud.

El marco normativo comunitario en materia de derechos sociales despierta múltiples perplejidades, sea en lo concerniente a la disciplina positiva de tales situaciones jurídicas peculiares de naturaleza pretensiva, sea en la extensión a estos derechos de la misma naturaleza de derechos inviolables y por tanto de principios supremos constitutivos del ordenamiento democrático, es decir, finalmente, por lo que respecta a la efectividad de su *justiciabilidad*. Pero tal marco sugiere la cuestión central de la naturaleza y los correspondientes contenidos normativos de los principios fundamentales en que se inspira. Dentro de este surge el interrogante sobre la existencia de un acuerdo entre el principio de la igualdad formal y el de igualdad sustancial, como se observa en las tradiciones constitucionales comunes más avanzadas de los estados miembros de la UE.⁹⁵

Se nos plantea igualmente la pregunta sobre si los derechos sociales comunitarios, sobre todo en la forma en que son reconocidos en la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales, se limitan a hacer propio y dar actuación al principio de igualdad, entendido en el sentido originario de prohibición de la discriminación entre sujetos, o si más bien no acogen también aquel de igualdad sustancial en la base del constitucionalismo europeo de la segunda mitad de siglo XX, en lo cual convergen la cuestión de su cobertura y, por tanto,

cf. también “Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea”, en Atti Convegno Fondazione Lelio e Lisli Basso, *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2007; R. GRECO, “Il modello sociale della Carta di Nizza” (*paper*).

⁹³ Cf. U. ALLEGRETTI, “I diritti sociali”, in *Osservatorio costituzionale LUISS* (21 maggio 2004).

⁹⁴ Cf. la jurisprudencia *Dassonville* (C-8/74 del 11.7.1974) y sobre todo *Cassis de Dijon* (C-120/78 del 20.2.1979), solo atenuada por Keck e Mithouard (C-267 e 268/91 del 24.11.1993). En tal sentido, en la doctrina, cf. especialmente GIUBBONI, *Diritti sociali e...*, o. cit.

⁹⁵ En este sentido cf. también G. AZZARITI, “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza”, en M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turín, 2003, para quien las disposiciones de la Carta en el tema de la igualdad sustancial (artículos 20, 21 y 23) parecen limitar tal principio al solo ámbito “de las relaciones entre sexos y explícitamente en la forma específica de la acción positiva” (p. 71).

la atribución de una competencia a la UE en la materia que no resulte lesiva de la competencia constitucional de cada estado miembro.⁹⁶

De modo distinto a cuanto se ha dispuesto en las primeras Cartas constitucionales (liberal-democráticas) y en aquellas vividas en el constitucionalismo inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial (social-democráticas), como se ha observado antes, en las finalidades originarias de los tratados no se comprendía ni la enunciación de un principio general de igualdad ni la previsión de un principio general de prohibición de la discriminación, excepto aquel relativo a la nacionalidad, también en este caso como cláusula no expresa. Es el juez de Luxemburgo —como se recordará— fue el encargado de identificarlo como *species* en el más amplio *genus* de los principios generales del derecho de la Unión, atendiendo al mismo patrimonio de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, al cual se ha recurrido para la tutela de los derechos fundamentales de la Unión.⁹⁷

Sin embargo, si de indudable relevo parece la investigación destinada a evidenciar el aporte del patrimonio constitucional europeo a la formación de tales principios y con ellos a la fundación del *bloque de comunitariedad* apuntado por el TJUE, menos profundizada (y por ello de mayor interés científico) resulta la contribución que tal jurisprudencia pueda aportar a la jurisprudencia constitucional nacional, todavía en muchos perfiles limitada solo al perfil de la prohibición de la no discriminación, de la cual es un ejemplo el artículo 3, § I, de la Constitución italiana, como es observado por la jurisprudencia constitucional en materia de prohibición de discriminación en el acceso a las cargas electivas.⁹⁸

⁹⁶ En la amplia bibliografía sobre este punto, cf., recientemente, O. POLLICINO, “Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell’esperienza sopranazionale”, en <http://www.forumcostituzionale.it> (25.7.2005); también V. ONIDA, “Eguaglianza ed il principio di non discriminazione”, en <http://www.luiss.it> (n.º 10/2003); A. SACCOMANNO, “Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, en S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, 2002; C. DI TURI, “La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, en GAMBINO, *Costituzione italiana...*, o. cit.

⁹⁷ Cf. Corte di Giustizia, sentencia *Sermide SPA c. Cassa Conguaglio e altri*, C-106/83, en *Racc.*, I-1984; sentencia *Racke*, 13-11-1984 C-283/83, en *Racc.*, I-3791; sentencia 17-5-1997. EARL, C-15/95, en *Racc.* I-1961. En el mismo sentido, las conclusiones del abogado general Van Gerven del 15-9-1993 en la causa *Koinopaxia Enoseon e altri v. Minister van LandBouw*, C-146/91, en *Racc.* I-4199.

⁹⁸ Cf. S. GAMBINO, “Verso la democrazia paritaria... cavalcando le lumache: parità, pari opportunità e accesso alle cariche elettive”, en *Astrid Rassegna*, n.º 4, 2005, vol. 1, L. CARLASSARE, “La rappresentanza femminile, principi formali ed effettività”, en F. BIMBI y A. DEL RE (ed.), *Genere e democrazia, La cittadinanza delle donne a 50 anni dal voto*, Turín, 1997; L. CARLASSARE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili (paper)*; U. DE SIERVO, “La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995; V. BALLESTRERO, “Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti”, en S. SCARPONI (ed.), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell’accesso al lavoro*, Trento, 1997; G. CINANNI, “Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995. Sobre el principio de igualdad sustancial y la relativa jurisprudencia constitucional cf., entre la amplia bibliografía, sentencia n.º 109 de 1993, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, pp. 873 ss., con comentario de A. ANZON, “L’additiva ‘di principio’ nei giudizi in via principale”, y de M. AINIS, “L’eccezione e la sua regola”; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padua, 1996; A. BALDASSARRE, “Diritti sociali”, en *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; M. LUCIANI, “Sui di-

La reconstrucción de las nuevas tendencias del Tribunal de Justicia⁹⁹ que siguió al Tratado de Ámsterdam en este sentido¹⁰⁰ evidencia una orientación sustancial del principio de igualdad,¹⁰¹ en la que el juez de Luxemburgo tiende a superar la originaria visión formalista e individualista del principio mismo para orientarse de forma gradual hacia la afirmación en el ámbito europeo de la dimensión del *diritto diseguale*, capaz de hacerse cargo (sobre todo en materia de discriminación por razón de sexo) de la noción de *discriminación indirecta*,¹⁰² inspirándose, en tal recorrido, en la misma jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en materia de *equal protection clause* y de *disparate impact*.¹⁰³ De tal aproximación se entiende:

[...] el ordenamiento comunitario, partiendo de una situación que relegaba las llamadas acciones positivas a una mera acción del principio de “equal treatment”, sigue un proceso evolutivo orientado, a través de la incesante operación de profundización por parte del Tribunal de Justicia en la prohibición de discriminar sobre la base del sexo y el paralelo recorrido del legislador comunitario en el mismo sentido hacia una perspectiva axiológicamente caracterizada, en la cual el trato preferencial lejos de ser considerado una violación momentánea y difícilmente admisible del principio de igualdad puede ser recalificado como proyección en concreto del mismo, revalorizando por lo tanto el núcleo duro del instrumento en cuestión, o sea su natural vocación, donde es animado por el intento de remover las situaciones de desigualdad de hecho existentes, a hacerse portador del valor de la igualdad efectiva.¹⁰⁴

Esta última es una evolución que por el momento no parece encontrar una atención paralela del juez italiano de las leyes en el tema del tratamiento preferente, pese a que este dispone de un patrimonio constitucional más rico que el de la Unión.

La misma noción de *dignidad humana*, del parámetro fundamentalmente ético-filosófico de las cartas internacionales, se ofrece ahora en el derecho derivado de la Unión como importante —si no resolutivo— parámetro, idóneo para ampliar el margen de interpretación en los juicios sobre el tema de la discriminación.¹⁰⁵ Las previsiones del artículo 3.2 de la

ritti sociali”, en *Dem. e dir.*, n.º 4, 1994, y n.º 1, 1995, A. ANZON, “L'altra ‘faccia’ del diritto alla salute”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979; L. CHIEFFI (ed.), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padua, 1999.

⁹⁹ Cf. POLLICINO, “Di cosa parliamo...”, o. cit., p. 4, pp. 8 ss.

¹⁰⁰ Sentencia 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, *Kalanke*, *Racc.*I-3051.

¹⁰¹ Sentencia 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, *Marschall*, *Racc.* I-6363.

¹⁰² Sentencia 7 de diciembre de 2000, asunto C-79/99, *Schnorbus* *Racc.* I-10997.

¹⁰³ Cf. G. F. FERRARI, *Localismo ed Eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padua, 1984; A. CERRI, “I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza, Cenni di diritto comparato”, en la obra colectiva *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milán, 1994. Sobre las recientes tendencias de la Corte Suprema estadounidense en la aplicación de la *Equal Protection Clause* véase G. F. FERRARI, “La Corte suprema degli Stati Uniti nei terms 1997/1998 e 1998/1999”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 2259 ss.

¹⁰⁴ Cf. POLLICINO, “Di cosa parliamo...”, o. cit., p. 8.

¹⁰⁵ Cf. D. SCHEFOLD, “La dignità umana”, en <http://www.luiss.it>; V. FELDMAN, “Human Dignity as legal value”, en *Public law*, 1999; A. RUGGERI y A. SPADARO, “Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)”, en V. ANGIOLINI (ed.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992; A. RUGGERI, “Sovranità dello Stato e

directiva 2000/43, tal como son interpretadas por la doctrina recordada, afirman cómo nos encontramos ya en presencia de una emancipación plena:

En el juicio de discriminación del componente comparativo relacional [...] la víctima de una molestia es, según el legislador comunitario, discriminada por el solo hecho (no es poco) de haber sufrido un perjuicio en su dignidad prescindiendo de la comprobación de que otros hayan podido o no sufrir la misma lesión [...] Es propiamente la referencia a la dignidad del hombre un metaprincipio que no acepta comparaciones y aun menos la igualación por lo bajo, siendo un valor absoluto por naturaleza, que libra el juicio antidiscriminatorio de la trampa relativista en la que por naturaleza tiende a empantanarse.¹⁰⁶

Tales preocupaciones, en realidad, parecen compartidas por la misma doctrina que ha participado en las labores de la Convención encargada de redactar el proyecto de la Carta Fundamental de Derechos, aunque parte de ella destaque que la ratio que ha guiado los trabajos de la Convención no pudiese más que inspirarse en un necesario *compromiso constitucional*.¹⁰⁷ Sin embargo, no puede dejar de destacarse cómo desde tal óptica las previsiones del artículo 20 de la Carta de los Derechos (igualdad ante la ley), si son comparadas con la riqueza de la normativa de los párrafos I y II del artículo 3 de la Constitución italiana, muestran un retroceso significativo respecto del debate y de la tutela asegurada por el constitucionalismo moderno y contemporáneo.¹⁰⁸

Las problemáticas de la armonización entre ordenamientos (constituciones nacionales y Unión Europea) son aún reenviadas a un futuro incierto. En el artículo 53 de la Carta de Derechos se prevé una cláusula (evidentemente) necesaria de salvaguardia de los derechos tal y como son constitucional e internacionalmente protegidos. Por tanto, como ha sido subrayado correctamente, la disciplina de los derechos sociales en el nivel de la Unión contrasta, y en realidad no corresponde en el fondo, con su concepción en los ordenamientos constitucionales nacionales de base social (sobre todo de Italia, España y Alemania), en los cuales “los derechos sociales son imaginados como una condición *a priori* de la acción de los poderes públicos y los intereses sociales a ellos conectados como simples *reflexinteresse*.”¹⁰⁹

sovranità sopranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo ‘intercostituzionale’”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II/2001.

¹⁰⁶ Cf. POLLICINO, “Di cosa parliamo...”, o. cit., p. 5.

¹⁰⁷ Cf. S. RODOTÀ, “La Carta come atto politico e documento giuridico”, en la obra colectiva *Riscrivere i diritti... o. cit.*; F. PETRANGELI, *Una Carta per l'Europa. Diritti fondamentali e mercato nel processo d'integrazione*, Roma, 2001; PACIOTTI (ed.), *La Costituzione europea...*, o. cit.

¹⁰⁸ Sobre este punto cf. G. AZZARITI, “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza”, en M. SICLARI (ed.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turin, 2003; G. AZZARITI, “La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. nel ‘processo costituente europeo’”, en *Rassegna di diritto pubblico comunitario*, n.º 1, 2002.

¹⁰⁹ Cf. LUCIANI, “Diritti sociali e...”, o. cit.. En el mismo sentido cf. AZZARITI, “Uguaglianza e solidarietà nella Carta...”, o. cit., según el cual no existen dudas de que “el derecho social se configura como objetivo de las políticas de

Lo relevante de tales derechos en la acción y para la realización de la finalidad del ordenamiento europeo es, pues, su instrumentalidad (se diría, incluso, su *funcionalización*) con las exigencias del desarrollo económico y la exigencia de competitividad del Mercado Común Europeo.

En el ámbito más general de la política social de la Unión regulada en el título IX del nuevo TFUE (artículos 136-145), y en la afirmación reiterada de que su reconocimiento no modifica el ámbito competencial de la Unión, los derechos sociales, como se ha observado precedentemente, se transforman en meros parámetros de legitimidad normativa de esta última, por lo cual asumen ya no una validez en sí mismos, sino la naturaleza de *derechos complementarios* a las libertades económicas, y el relativo reconocimiento y la tutela se reservan al solo ámbito interno de los estados miembros.

En la construcción del ordenamiento de la Unión, por tanto, los derechos sociales conservan en el fondo la naturaleza de derechos *residuales e instrumentales* de los objetivos económicos del mercado europeo,¹¹⁰ naturaleza esta última que, a juicio de parte de la doctrina, sería cuestionada cuando hubiese concluido positivamente su largo *iter* (contrastado por parlamentos nacionales y sobre todo por fuerzas y movimientos sociales culturales) la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interno,¹¹¹ orientada, en la intención del proponente y de la Comisión, a:

[...] establecer un marco jurídico que elimine los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libre circulación de servicios entre estados miembros y que garantice a los prestadores de servicios y a los destinatarios de tales servicios la certeza jurídica necesaria para el efectivo ejercicio de estas dos libertades fundamentales del Tratado.¹¹²

la Unión. Un objetivo por otro lado indicado con una cierta indeterminación”, como debe decirse por ejemplo para la protección de la salud (artículo 35), para la tutela del medio ambiente (artículo 37) y para la protección de los consumidores (artículo 38). Para un encuadre de los “derechos propiamente sociales” y de aquellos que, al contrario, constituyen nuevos derechos con reflejo en el ámbito social cf. J. L. GIL Y GIL, “Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 2002.

¹¹⁰ Cf. en el mismo sentido también, G. MAESTRO BUELGA, “Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 46, 1996, p. 119 ss.

¹¹¹ El texto de la Directiva Bolkestein (IP/04/37) se encuentra en http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/ft/services/services/index.htm.

¹¹² En el caso de que se hubiese adoptado en la formulación originaria, tal directiva habría producido inevitables impactos negativos (sobre todo) sobre los servicios sanitarios, sociales, de educación, desde una visión de “Estado mínimo” que habría entrado en conflicto de modo inevitable con la filosofía institucional que la rige, aunque tímidamente, retomando la atención de las instituciones comunitarias sobre el “modelo de Estado social”. La previsión del “principio del país de origen” (artículo 16), que sometería al prestado de servicios en las materias de de empresa (y por tanto ya no a las leyes del país donde habría efectivamente prestado el servicio), habría inducido —sobre todo desde la perspectiva de la Europa de los veintisiete— contrastes peligrosos y difícilmente resolubles y provocado *dumping* social, con el consiguiente abandono de las políticas de armonización de la legislación por los estados miembros.

La normativa de la Unión en materia social en tal sentido se limitaría, sin embargo, a regular meras disposiciones programáticas y establecer poco más que simples *objetivos*, aunque fueran reforzados en su contenido material respecto a las precedentes formulaciones de los tratados. En otros términos, faltarían auténticos contenidos prescriptivos para las instituciones europeas encargadas de activarlos, si no desde la perspectiva de la tantas veces reclamada *funcionalidad social* del mercado económico, en el sentido de la ya subrayada idoneidad para asegurar la “competitividad de la economía de la Comunidad”. Como hemos recordado, el TJUE asumió este sentido cuando, tras una primera orientación en la que asume la existencia de límites a los derechos fundamentales en la sola materia de los derechos económicos,¹¹³ dispuso:

[...] los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal [...] *no son prerrogativas absolutas* y deben ser considerados en relación a la función por ellos desempeñada en la sociedad.¹¹⁴

Por tanto, es posible establecer restricciones al ejercicio de los referidos derechos, en particular en el ámbito de una organización común del mercado, con tal que dichas restricciones respondan efectivamente a la finalidad de intereses generales perseguidos por la Comunidad y no se resuelvan, considerada la finalidad perseguida, con una intervención desproporcionada e inadmisibles que perjudique la propia esencia de tales derechos.¹¹⁵

Así pues, la naturaleza jurídica imprecisa e incierta de tales disposiciones parece únicamente superable por su (innovada) positivación en un *catálogo* más completo de derechos sociales en el interior de un revisada Carta de derechos, sobre la que las instituciones europeas y la doctrina discuten en los últimos años (aunque ha sufrido fuertes resistencias de algunos países, sobre todo de Gran Bretaña y Polonia). Es un catálogo cuya formulación, sin embargo, resulta inevitablemente destinada a ser revisada tras los negativos pronunciamientos en los referendos francés y holandés y el *opting out* reconocido a los británicos y a los polacos. Evidentemente, la idoneidad de semejante Carta de Derechos Sociales es función de la elección política y constitucional sobre el futuro del Estado social en Europa; esto sobre

¹¹³ Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, causa 4/73, en *Racc. Uff.*, 1974, p. 491; sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, causa 44/79, en *Racc. Uff.*, 1979, p. 3727, sobre estos cf. entre otros F. MANCINI, “La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 1, 1989.

¹¹⁴ Cursivas añadidas.

¹¹⁵ *Wachauf*, sentencia de 13 de julio de 1989, *causa 5/88*, en *Racc. Uff.* 1988, p. 2609, en la cual el TJ reconoce que “los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del derecho cuya observancia garantiza el Tribunal. En este cometido esta deberá uniformar las tradiciones comunes de los Estados miembros de forma que no puedan admitirse en la comunidad procedimientos incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de dichos estados”. Sobre este punto cf. también U. DE SIERVO, “L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea”, en *Diritto Pubblico*, 2001.

todo si se consideran las exigencias integradoras sobre la base de la reciente ampliación del *parterre* europeo hacia nuevos estados miembros.¹¹⁶

En definitiva, si en el futuro inmediato parece más que razonable teorizar un desarrollo ulterior de los derechos sociales en el plano jurisprudencial, el futuro de los derechos sociales en el proceso de construcción europea no debería ser posteriormente confiado solo a la jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Luxemburgo y a los relativos, y siempre posibles, conflictos con los tribunales constitucionales nacionales, sino que se debería prever una positivación normativa capaz de hacerse cargo —del modo más convencidamente (cierto y garantizado) respetuoso con el régimen jurídico vigente y con aquel *de iure condendo*— de las más avanzadas *tradiciones constitucionales comunes* en la materia.¹¹⁷ Sin embargo, ello no quita que las recientes reformas de los tratados, como expondremos a continuación, permitan un nuevo protagonismo del Tribunal de Justicia que dispondrá finalmente de la Carta de los Derechos para enriquecer su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, entre ellos, de los propios derechos sociales fundamentales.¹¹⁸

No obstante, solo a partir de una regulación de la Unión capaz de conformarse con el más avanzado *patrimonio constitucional europeo* en materia de derechos y de efectividad de la tutela jurisdiccional, podrán entenderse resueltas las problemáticas causadas por el ejercicio del propio derecho a la tutela judicial efectiva en tal ámbito (principio, además considerado fundamental por el TJUE), ya sea respecto a los derechos conocidos como negativos o respecto a los derechos de prestación por parte de los poderes públicos europeos.¹¹⁹

¹¹⁶ Sobre este punto, entre otros, cf. M. CARTABIA, “Allargamento e diritti fondamentali nell’Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale”, en S. GUERRIERI, A. MANZELLA y F. SDOGATI, *Dall’Europa a Quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, Bolonia, 2001; J. D. GIULIANI, *L’élargissement de l’Europe*, París, 2004.

¹¹⁷ Como ha sido bien observado, de hecho (BALDASARRE, “La Carta europea dei diritti...”, o. cit., p. 3) “es difícil tomar una tradición común y el significado más probable para reconducirla [...] no es aquel que hacer referencia a la formación de un patrimonio común europeo sobre estos derechos, sino el patrimonio de los derechos del Estado que mejor se adapta a la solución del caso en examen del Tribunal”. En el mismo sentido también F. SORRENTINO, “La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea”, en *Politica del diritto*, 1993, p. 11, y A. CANNIZZARO, “Principi fondamentali della Costituzione e Unione Europea”, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, p. 1176.

¹¹⁸ Como ya se ha subrayado en nuestra obra “La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de los derechos del hombre”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, 2007.

¹¹⁹ Cf. J. LORENZO MIRALLES, “Lo Stato di diritto come Stato garantista: il valore della giustizia (art. 1.1 CE) e il principio-diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE)”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Nápoles, 2003, t. I., así como S. GAMBINO y G. MOSCHELLA, “L’ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU”, en *Politica del Diritto*, n.º 4, 2005; S. GAMBINO, “Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli Stati membri dell’Unione europea”, en <http://www.federalismi.it> (n.º 3/2005).

A partir de esta regulación positiva, podrá conocerse una limitación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el sentido en que esta se viera legitimada en su interpretación —hasta ahora orientada a la realización de los fines del mercado único en función de los valores básicos acogidos en los tratados— para abrirse a una lectura de las disposiciones de los tratados capaces de asegurar la garantía de los derechos en sí mismos considerados.

Como ha sido acertadamente advertido, una solución intermedia capaz, si no de superar los presentes límites de redacción y axiológicos de los tratados, al menos de proponerse como criterio interpretativo válido para el juez de Luxemburgo, se individualiza en la previsión, *de jure condendo*, entre las competencias de la UE de “fijación de los niveles esenciales de los derechos sociales”, de forma análoga a cuanto ha ocurrido en Italia en los conflictos entre el legislador estatal y el regional, con el fin de que la organización federal no comporte fugas antisociales y roturas de la unidad económico-social del país. El problema en clave europea se presenta de forma análoga. Se puede por tanto tratar de transferir tales fórmulas al nivel comunitario, naturalmente con distinta validez y distintos matices, de forma que no provoque la absorción de todos los grandes servicios nacionales por la Comunidad, sino indicar solamente objetivos comunes (cuantificados, donde sea posible), pero manteniendo la estatalidad de servicios concretos. El efecto de una disposición de esa clase podría ser doble: por un lado estos niveles esenciales serían incorporados a las políticas monetarias y financieras de Europa, de forma que todas las instituciones europeas, Banco Central incluido, deban tenerlas en cuenta, mientras que por otro lado restituiría a los estados la posibilidad y el deber de alcanzar aquellos niveles.¹²⁰

Sin embargo, esta posición, que en el fondo hace suya las conclusiones del Informe del Comité Simitis en su intención de hacerse promotor de una fuerte invitación de la Convención¹²¹ encargada de redactar la Carta, para realizar “una recomposición de los valores fundamentales del modelo social europeo en nombre de la unidad y de la complementariedad de los derechos de primera, segunda y tercera generación”,¹²² no entiende en absoluto infravalorado el significado de las elecciones realizadas en la Carta en materia de derechos sociales, significativamente reguladas en parte en el título III (Igualdad) en lo relativo a los derechos sociales incondicionados (prohibición de discriminación), y en parte en el título IV (solidaridad) en lo concerniente tanto a los derechos sociales incondicionados como a

¹²⁰ Cf. U. ALLEGRETTI, “I diritti sociali”, en <http://www.luiss.it> (21 maggio 2004), p. 7.

¹²¹ Sobre ello entre otros cf. también V. ATRIPALDI, “Verso un Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa”, en V. ATRIPALDI y R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padua, 2003; también M. ATRIPALDI, “Il ‘metodo’ della Convenzione e i ‘valori’ della Carta dei diritti: una cronaca dei lavori preparatori”, en ATRIPALDI y MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale...*, o. cit.

¹²² Cf. GIUBBONI, “I diritti sociali...”, o. cit.

los condicionados. Una parte de tales disposiciones considera el derecho del trabajo (pero no el derecho al trabajo), y se concreta en previsiones destinadas a garantizar el derecho de los trabajadores a la información y a la consulta en el ámbito de la empresa, el derecho a la negociación y a las acciones colectivas, el derecho al acceso a los servicios de colocación, la tutela en caso de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo de los menores y la protección de los jóvenes en el ámbito del trabajo. Otras disposiciones regulan, aunque sea con diferente tipo de protección, la vida familiar y profesional, la seguridad y la asistencia social, la protección de la salud, el acceso a los servicios de interés económico general, la tutela del medio ambiente y la protección de los consumidores. Con tales disposiciones de protección, como ha sido advertido, se determina “el tránsito simbólico de la integración desde el mercado a la integración en derechos”.¹²³

En cuanto al catálogo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹²⁴ en particular, el primer derecho social que encontramos en el ámbito de la libertad es el derecho a la educación (artículo 24), que, tal como se formula genéricamente, no puede prescindir de un contenido de tipo social,¹²⁵ como aclara su segundo párrafo al disponer la gratuidad de la educación obligatoria.¹²⁶ Los otros derechos sociales se encuentran bajo el título *igualdad*. El marco normativo está suficientemente articulado: principio general (artículo 20), prohibición de cualquier tipo de discriminación (artículo 21), salvaguardia de las diferencias culturales, religiosas y lingüísticas (artículo 22), igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los sectores y legitimación de las medidas destinadas a favorecer al sexo menos representado (artículo 23.c.2). Se configuran en este mismo capítulo otras intervenciones de promoción de la igualdad sustancial en favor de los sujetos más débiles, como los niños, los ancianos y los discapacitados. En el capítulo de la *solidaridad* se encuentran: el acceso a los servicios de colocación gratuita, la protección del trabajo juvenil, la protección económica y social de la familia. Más limitada es la asunción de los derechos a la seguridad social; se declinan las situaciones de maternidad, enfermedad, accidente laboral,

¹²³ Cf. ibídem; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI y S. RODOTÀ (eds.), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano ai mercati comunitari*, Turín, 1988; S. GAMBINO, “Le sfide dell’Unione Europea: l’integrazione attraverso i diritti”, en D. INFANTE (ed.), *Crescita e prospettive dell’Unione europea allargata*, Bologna, 2006.

¹²⁴ Cf. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, “La necessità di un capitolo sociale...”, o. cit., pp. 607 ss.

¹²⁵ Cf. M. V. BALLESTRERO, “Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano”, en *Lavoro e Diritto*; S. GIUBBONI, “Il primo dei diritti sociali. Riflessioni su diritto al lavoro fra Costituzione italiana e ordinamento europeo”, en *IWP (Università di Catania)*, n.º 46, 2006.

¹²⁶ Cf. R. DEL PUNTA, “I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza”, relazione al convegno su: “Principi, diritti e regole nella Carta Europea” (Florenzia 26-27 de abril del 2001), pp. 339-343; G. BRONZINI, “I diritti sociali nella Costituzione europea”, in *Politiche e diritti*, 2001.

dependencia o vejez, así como la pérdida de la ocupación (artículo 34.c.1), con el fin de “reconocer y respetar el derecho de acceso” con una fórmula que se aleja del problema de la conformación de tales prestaciones, limitándose a examinar el problema de la garantía de un acceso indiscriminado a las prestaciones existentes. Se trata de un derecho social condicionado, en el sentido de que la modalidad de ejercicio se reserva a las disciplinas de derechos de la Unión, a las legislaciones y a la praxis nacional.¹²⁷ No se puede negar, por tanto, que la Carta introduce elementos de novedad que impiden considerarla como un *duplicado* del CEDH. Como ya se ha indicado, este elemento innovador se adopta en la estructura misma del documento, que no separa los derechos de las diversas generaciones, sino que mezcla en sus capítulos los *viejos* derechos (libertad negativa) con los *nuevos* y los *novísimos* (por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la salvaguarda del patrimonio genético respecto a la clonación reproductiva).¹²⁸

En este nuevo ámbito normativo los derechos sociales, aunque sea con modalidades y contenidos no comparables totalmente con las más avanzadas disciplinas constitucionales europeas, resultan disciplinados de forma no diferenciable respecto a los demás derechos fundamentales y respecto a las libertades económicas de la Unión, compartiendo ahora la naturaleza de derecho fundamental de la Unión y concurriendo al replanteamiento *funditus* del concepto de ciudadanía europea “a partir de su capacidad de efectiva inclusión social”.¹²⁹ Se confirma, en todo caso, que tal reconstrucción corre el riesgo de quedar como una abstracción ante la ausencia de la debida vigencia de los nuevos tratados, aunque sin negar el valor de *moral suasion* que las disposiciones similares de la Carta habrían tenido para el juez y las instituciones de la Unión en su conjunto.

¹²⁷ Cf. PEZZINI, o. cit., p. 187.

¹²⁸ Cf. C. SALAZAR, “Diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un ‘viaggio al termine della notte?’”, en G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001, p. 245.

¹²⁹ Cf. GIUBBONI, “I diritti sociali...”, o. cit.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEGRETTI, U., “I diritti sociali”, en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <http://www.luiss.it>.
- “Globalizzazione e sovranità nazionale”, en *Democrazia e diritto*, 1998.
- AMIRANTE, C., “Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale”, en la obra colectiva *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Nápoles, 1999.
- ANZON, A., “L'altra ‘faccia’ del diritto alla salute”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979.
- APOSTOLI, A., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, Brescia, 2000.
- ARGALA FORURIA, E., “Los derechos sociales comunitarios y su protección en Europa y en España”, en la obra colectiva *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, 2001, p. 700.
- ATRIPALDI, M., “Il ‘metodo’ della Convenzione e i ‘valori’ della Carta dei diritti: una cronaca dei lavori preparatori”, en V. ATRIPALDI y R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padua, 2003.
- ATRIPALDI, V., “Verso un Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa”, en V. ATRIPALDI y R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padua, 2003.
- AZZARITI, G., “La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. nel ‘processo costituente europeo’”, en *Rassegna di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 1, 2002.
- “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza”, en M. SICLARI (ed.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turín, 2003.
- AZZENA, L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano ai mercati comunitari*, Turín, 1988.
- BALDASSARRE, A., “La Carta europea dei diritti”, en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <http://www.luiss.it>.
- “Diritti sociali”, en *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.
- BALDASSARRE, A., y A. CERVATI (eds.), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.
- BALDINI, V., “Autonomia costituzionale dei Länder, principio di omogeneità e prevalenza del diritto federale”, en en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002.
- BALLESTRERO, M. V., “Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano”, en *Lavoro e Diritto*.

- BALLESTRERO, V., “Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti”, en S. SCARPONI (ed.), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro*, Trento, 1997.
- BAQUERO CRUZ, I. J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998.
- BARBERA, A., “La Carta dei diritti dell'Unione europea. Resumen del Convegno in memoria di Paolo Barile”, disponible en <<http://www.paolobarile.unifi.it/progr.htm>>.
- BARBERA, M., *Dopo Ámsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.
- BARTOLE, S., “In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967.
- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001.
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín, 1990.
- *Sui diritti sociali, en Cinquant'anni di Repubblica italiana* (a cura di G. Neppi Modona), Turín, 1997.
- BRONZINI, G., “I diritti sociali nella Costituzione europea”, in *Politiche e Diritti*, 2001.
- “Il modello sociale europeo”, en F. BASSANINI y G. TIBERI (ed.), *Le nuove istituzioni europee. Commentario al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008.
- BRONZINI, G., y V. PICCONE (eds.), *La Carta e le corti*, Taranto, 2007.
- CANNIZZARO, A., “Principi fondamentali della Costituzione e Unione Europea”, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, p. 1176.
- CARETTI, P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002.
- CARINCI, F., “Dal dialogo sociale al negociato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali”, en la obra colectiva *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Supplemento a XXX, n.º 12, 1995, p. 91.
- CARINCI, F., y A. PIZZOLATO, “Costituzione europea e diritti sociali fondamentali”, en *Lavoro e Diritto*, n.º 2, 2000.
- CARLASSARE, L., “Forma di Stato e diritti fondamentali”, en *Quaderni Costituzionali*, n.º 1, 1995.
- CARLASSARE, L., “Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili” (paper).
- “La rappresentanza femminile, principi formali ed effettività”, en F. BIMBI y A. DEL RE (ed.), *Genere e democrazia, La cittadinanza delle donne a 50 anni dal voto*, Turín, 1997.

- CARTABIA, M. (ed.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995.
- CARUSO, B., “Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa”, en *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n.º 4, 2006.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988.
- CASSESE, A., *I diritti umani, oggi*, Roma-Bari, 2005.
- CERRI, A., *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, 1976.
- “I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza, Cenni di diritto comparato”, en la obra colectiva *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milán, 1994.
- “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- CHELI, E., “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milán, 1995.
- CHIEFFI, L. (ed.), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padua, 1999.
- CINANNI, G., “Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995.
- COCOZZA, F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turín, 1994.
- COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padua, 1996.
- CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Riv. trim. dir. pub.*, 1981.
- Corte Costituzionale e principio di eguaglianza (actas de la Convención en Recuerdo de Livio Paladin, Padua, 2 de abril 2001)*, Padua, 2002.
- D’ALLOIA, A., “Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002.
- D’ANTONA, M., “Chi ha paura della sussidiarietà”, en *Lavoro e Diritto*, 1994.
- D’ATENA, A., “Regioni, eguaglianza e coerenza dell’ordinamento”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1978.
- DE SIERVO, U., “L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea”, en *Diritto Pubblico*, 2001.
- “I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.º 1, 2001
- “La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995.

- DE VERGOTTINI, G., “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Italie”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- DEL PUNTA, R., “I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza”, relazione al convegno su *Principi, diritti e regole nella Carta Europea* (Firenze 26-27 de abril del 2001).
- DENNINGER, E., “I diritti fondamentali nel quadro dell’Unione Europea”, en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <http://www.luiss.it>.
- DI GIOVINE, A., y M. DOGLIANI, “Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?”, en *Questione Giustizia*, 1993.
- DI TURI, C., “La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, en S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.
- DOGLIANI, M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982, p. 316.
- EDWARD, D. A. O., W. ROBINSON y A. MCCOLGAN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Royaume Uni”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- EICHENHOFER, E., “Costituzione e diritto sociale”, en *Diritto Pubblico*, 1997.
- FELDMAN, V., “Human Dignity as legal value”, en *Public Law*, 1999.
- FERRARI, G. F., “La Corte suprema degli Stati Uniti nei terms 1997/1998 e 1998/1999”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 2259 ss.
- (ed.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001.
- *Localismo ed Eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padua, 1984.
- FLAUSS, J. F. (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002.
- GAMBINO, S., “Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria”, en *Quaderni Costituzionali*, n.º 1, 2003
- (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.
- “Diritti fondamentali europei e trattato costituzionale”, en *Politica del Diritto*, n.º 1, 2005.
- “Diritti fondamentali e costituzioni”, en *Archivio di diritto costituzionale*, n.º 4, 1997.

- “Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale”, en M. SCUDIERO, *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Nápoles, 2005.
- “I diritti fondamentali comunitari: fra Corte di Giustizia delle Comunità Europee, trattati e Bill of rights”, en *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto (Jornada italo-española)*, Taormina 4 de octubre de 2002), Milán, 2003
- “Il diritto a un giudice autonomo e indipendente. Ri-forma di stato e sistema di giustizia nell’ottica interna, comparata e comunitaria”, en *Democrazia e Diritto*, n.º 3, 2005.
- “Dall’Europa dei mercati all’Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario”, en la obra colectiva *L’integrazione europea fra economia e democrazia*, Cosenza, 2003.
- “Federalismo e diritti (forma di Stato e diritti fondamentali)”, en V. PIERGIGLI (ed.), *Federalismo e devolution*, Milán, 2005.
- “La giustizia costituzionale in Francia. Il Conseil constitutionnel da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”, en *Politica del Diritto*, n.º 4 1988.
- “Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli Stati membri dell’Unione europea”, en <http://www.federalismi.it> (n.º 3/2005).
- “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, en A. RUGGERI, L. D’ANDREA, A. SAITTA y G. SORRENTI (ed.), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2007.
- (ed.), *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milán, 2003
- (ed.), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milán, 2003.
- “Le sfide dell’Unione Europea: l’integrazione attraverso i diritti”, en D. INFANTE (ed.), *Crescita e prospettive dell’Unione europea allargata*, Bologna, 2006.
- *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese. Profili storico-dogmatici*, Turín, 1988.
- (ed.), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milán, 2006)
- “Verso la democrazia paritaria... cavalcando le lumache: parità, pari opportunità e accesso alle cariche elettive”, en *Astrid Rassegna*, n.º 4, 2005, vol. 1.

- GAMBINO, S., y G. MOSCHELLA, “L’ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU”, en *Politica del Diritto*, n.º 4, 2005.
- GAMBINO, S., y M. RIZZO, “Le Costituzioni del ‘900”, en L. LÓPEZ GUERRA (ed.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, 2001.
- GIL Y GIL, J. L., “Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Union Europea”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 2002.
- GIUBBONI, S., “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”, en *Il diritto dell’U.E.*, n.º 2-3, 2003.
- *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna, 2003.
- “Il primo dei diritti sociali. Riflessioni su diritto al lavoro fra Costituzione italiana e ordinamento europeo”, em *IWP* (Università di Catania), n.º 46, 2006.
- GIULIANI, J. D., *L’élargissement de l’Europe*, París, 2004.
- GRECO, R., “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale”, en *Questioni Giustizia*, n.º 2-3, 1994.
- “Il modello sociale della Carta di Nizza”, en BRONZINI y PICCONE (eds.), *La Carta e le corti*, Taranto, 2007..
- GREWE, C., “Les droits sociaux constitutionnels: propos compratifs à l’aube de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *RUDH*, 2000.
- GROTTANELLI DE’ SANTI, G., “Perequazione, eguaglianza e principi dell’ordinamento”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, p. 710.
- GUERRIERI, S., A. MANZELLA y F. SDOGATI, *Dall’Europa a Quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, Bologna, 2001.
- ILIOPOULOS STRANGAS, J., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux”, en J. F. FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002.
- (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- ILIOPOULOS STRANGAS, J., y G. LEVENTIS, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Grèce”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.

- KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981.
- La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne (Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne, Sofia, Bulgarie, 5/7 juillet 2000)*, Estrasburgo, 2001.
- LENAERTS, K., P. VAN YPERSELE y J. VAN YPERSELE, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Belgique”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- “Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea”, en *Atti Convegno Fondazione Lelio e Lisli Basso, Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2007.
- LOMBARDI, G., “Diritti di libertà e diritti sociali”, en *Politica del Diritto*, n.º 1, 1999).
- LORENZO MIRALLES, J., “Lo Stato di diritto come Stato garantista: il valore della giustizia (art. 1.1 CE) e il principio-diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE)”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Nápoles, 2003.
- LUCIANI, M., “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padua, 2000.
- “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Politica del Diritto*, n.º 3, 2000.
- “Sui diritti sociali”, en *Dem. e Dir.*, n.º 4, 1994, y n.º 1, 1995.
- MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4, 1998.
- “Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 46, 1996.
- MAGNO, P., “Diritti sociali nell’ordinamento dell’Unione europea dopo Ámsterdam”, en *Il diritto del lavoro*, 1998.
- MANCINI, F., “La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 1, 1989.
- MANCINI, G. F., “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”, en *RDE*, n.º 3, 1989.
- MANZELLA, A., P. MELOGRANI, E. PACIOTTI y S. RODOTÀ (eds.), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001
- MODUGNO, F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995.
- MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro Italiano*, V, 1970.

- MURRAY, J. L., y D. ROSSA PHELAN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Irlande”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- MUTARELLI, M. M., “Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell’Unione Europea”, en *IWP* (Universidad de Catania), n.º 54, 2007.
- NIELSEN, R., “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Danemark”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- OEHLINGER, Th., y M. STELZER, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Autriche”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- ONIDA, V., “L’eguaglianza ed il principio di non discriminazione”, en <http://www.luiss.it> (n.º 10/2003).
- PACE, A., “A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea? Appunti preliminari”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001.
- “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici ‘comuni’”, en *Scritti in onore di P. Barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padua, 1993.
- PACIOTTI, E., “La Carta: i contenuti, gli attori”, en A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI y S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001.
- PAGANO, E., “I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht”, en *Il diritto dell’Unione Europea*, 1996.
- PALADIN, L., “Un caso estremo di applicazione del principio di eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965.
- PALTRONO, M., *I diritti dell’uomo nel Paese d’Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all’altro*, Padua, 2000.
- PANUNZIO S. (ed.), *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d’integrazione europea*, Milán, 2002.
- PARLEMENT EUROPÉEN, *Droits sociaux fondamentaux en Europe* (Séries Affaires Sociales, SOCI 104 FR), 1999.
- PAVIA, M. L., y D. ROUSSEAU, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la France”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits*

- sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- PETRANGELI, F., *Una Carta per l'Europa. Diritti fondamentali e mercato nel processo d'integrazione*, Roma, 2001.
- PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali*, Milán, 2002.
- PINELLI, C., *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002.
- PIZZORUSSO, A., "Il rapporto del comitato Simitis", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999.
- POLLICINO, O., "Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale", en <http://www.forumcostituzionale.it> (25.7.2005).
- RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, M., "La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea", en *Lavoro e Diritto*, n.º 4, 2000.
- REPOSO, A., "Eguaglianza costituzionale e persone giuridiche", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973.
- RODOTÀ, S., "La Carta come atto politico e documento giuridico", en A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI y S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Espagne", en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- ROSSI, L. S., "Constitutionnalisation de l'Unione européenne et des droits fondamentaux", en *RTDE*, n.º 1, 2002.
- RUGGERI, A., "Carta Europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)", en *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto* (Jornada italo-española, Taormina, 4 de octubre del 2002), Milán, 2003.
- "Sovranità dello Stato e sovranità sopranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo 'intercostituzionale'", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II/2001.
- RUGGERI, A., y A. SPADARO, "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)", en V. ANGIOLINI (ed.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1992.

- RUÍZ-RICO RUÍZ, G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 71, 1991.
- SACCOMANNO, A., “Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, en S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.
- SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Turín, 2000.
- “Diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un ‘viaggio al termine della notte?’”, en G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001.
- SCHEFOLD, D., “La dignità umana”, en *Osservatorio costituzionale LUISS*, <<http://www.luiss.it>>.
- “Lo Stato sociale e la costituzione economica”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- SCHINTGEN, R., “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Luxembourg”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- SCIARRA S., “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, en *IWP* (Universidad de Catania), n.º 16, 2003.
- “I diritti sociali fondamentali”, en L. BAYLOS GRUA, E. CARUSO, M. D’ANTONA y S. SCIARRA (ed.), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996.
- *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell’Unione Europea*, EUI Working Paper Law, n.º 96/1.
- SICILIANO F. y D. D’ALESSANDRO, “L’integrazione comunitaria e la giustiziabilità delle posizioni con particolare riguardo al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo”, en S. GAMBINO (ed.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 71, 1991.
- “El Estado social como Estado autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, 1999.
- SORRENTINO, F., “Considerazioni su riserva di legge, principio di eguaglianza ed autonomia regionale nella giurisprudenza costituzionale”, en M. OCCHIOCUPO (ed.), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.
- “La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea”, en *Politica del Diritto*, 1993.

- TUORI, K., y N. BRUUN, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Finlande”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- TURPIN, D., *Droit constitutionnel*, París, 1999.
- VENENZIANI, B., “Nel nome di Erasmo di Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario”, en *Riv. Giur. Lav. e Previd. Sociale*, 2000.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C., “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Grèce”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- VIOLINI, L., “I diritti fondamentali nelle costituzioni dei Länder della Repubblica federale tedesca come fattore di costruzione delle ‘tradizioni costituzionali comuni europee’” (*paper*).
- “Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale europeo”, en M. SCUDIERO (ed.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Nápoles, 2002.
- WESTERHALL, L., “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de la Suède”, en J. ILIOPOULOS STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Atenas, Bruselas y Baden-Baden, 2000.
- ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione nell’U.E.*, Roma-Bari, 2003.
- “I diritti fondamentali oggi”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1.
- *Il diritto mite*, Turín, 1992.

Principios aplicables en las relaciones de familia*

*Mabel Rivero de Arhancet***

*Beatriz Ramos Cabanellas****

RESUMEN: La importancia de los principios generales de derecho es un tema en el cual han coincidido legisladores, jueces, doctores y en general quienes debemos estudiar y aplicar el derecho. Es por ello que en este trabajo nos hemos propuesto identificar y luego analizar en forma genérica cuáles son los principales principios jurídicos aplicables en las relaciones de familia. Para ello resulta fundamental analizar en qué consisten esos principios, cuáles son sus funciones, si han sido reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y cómo los ha considerado y aplicado nuestra jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE. Principios jurídicos. Derecho de familia. Derechos humanos. Jurisprudencia.

ABSTRACT: The importance of the general principles of law has been a point of agreement among legislators, judges, scholars and in general all those of us who study and enforce the law. This is the reason why the aim of this work is to identify and then analyze in a generic way the main principles of law applicable to family relations. In order to do so, it is fundamental to analyze what they are, what their functions are, whether they have been recognized by our legal system and how our case law has considered and applied them.

KEY WORDS. Principles of law. Family law. Human rights. Case law.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesora titular grado 5 de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

*** Profesora agregada grado 4 de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y profesora adjunta de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

SUMARIO: **1.** Consideraciones generales. **2.** Concepto. **3.** Funciones de los principios jurídicos. **4.** Principios, derechos humanos y relaciones de familia. **5.** Referencia normativa e identificación de los principios. **6.** Principios jurídicos en el derecho de familia. **7.** Principio básico esencial: el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad. **8.** Principio de pertenencia a su familia. **9.** Principio de protección de los integrantes más débiles de la familia. **10.** Principio de respeto de los hijos hacia sus padres. **11.** Principio de interés superior del niño y adolescente. **12.** Principio de solidaridad. **13.** Principio de respeto a la identidad personal. **13.1.** Identidad sexual. **14.** Otros principios aplicables. **15.** Aplicación de los principios jurídicos.

1.

CONSIDERACIONES GENERALES

En múltiples obras la doctrina ha remarcado la importancia de los principios generales de derecho. Esto es lógico, ya que por sus funciones esos principios son esenciales tanto para la creación como para la aplicación del derecho.

En Uruguay los principios generales son referidos tanto por la Constitución de la República como por diversas normas, tales como el Código Civil (CC), el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), el Código General del Proceso (CGP), el Código Tributario (CT) y otros cuerpos normativos. También son frecuentemente considerados por los tribunales, en tanto los jueces recurren a ellos tanto para interpretar las normas como para integrar vacíos legales.

Si bien varios de esos principios son aplicables al derecho de familia por cuanto este integra el ordenamiento jurídico general, hay algunos que son específicos de esta rama.

Como se comprenderá la profundidad del tema hace imposible que en este artículo se aborde el tratamiento de todos los principios aplicables a las relaciones de familia; no obstante, nos proponemos identificar algunos de los que consideramos más importantes, hacer una breve referencia a ellos y analizar su aplicación, así como las posibles tensiones que entre ellos puedan generarse. Un análisis más detallado será objeto de un trabajo posterior.

Como punto de partida podemos aceptar que es posible reconocer principios válidos para todo un ordenamiento jurídico determinado, así como para una rama del derecho e incluso para un instituto concreto —por ejemplo, los principios que rigen el matrimonio.

2. CONCEPTO

En el diccionario de la Real Academia la palabra *principio* tiene diversas acepciones; entre ellas, se dice que es la “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia” y que es “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

Enseña Castán Tobeñas¹ que los problemas relativos a la naturaleza y sel entido de los principios generales del derecho han sido y siguen siendo objeto de acaloradas discusiones. Recuerda dicho autor que Stolfi recogió hasta seis opiniones distintas respecto al concepto que los autores italianos asignaron a estos principios, considerándolos como los del derecho natural, los de la equidad, los del derecho romano, los contenidos en las obras de los antiguos intérpretes, los admitidos generalmente en la ciencia o los extraídos del sistema de la legislación vigente.

En realidad, todas estas concepciones y otras que se han dado pueden referirse a dos grandes corrientes: una filosófica o iusnaturalista y otra positiva o histórica, sin perjuicio de la existencia de algunas doctrinas eclécticas que combinan ambas.

El concepto será diferente según la concepción que se adopte. La iusnaturalista ha considerado que los principios generales de derecho son aquellos principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia, que encierran una verdad jurídica universal.

Ronald Dworkin² llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad.

¹ José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Reus y Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947, p. 332.

² Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, citado por María Josefa MÉNDEZ COSTA en *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 15.

Para la posición positivista, según Burón,³ los principios son aquellos en que se encuentran contenidos el sentido y el capital pensamiento de las instituciones del derecho (español).

Por su parte, Messineo⁴ identifica los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico, principios cuya reconstrucción es posible mediante un procedimiento lógico que arranca de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (procedimiento inductivo).

En síntesis y en forma general para la posición positivista, los principios generales de derecho son los principios fundamentales de la legislación positiva.

Recuerda Sarlo⁵ que a partir de la impugnación de Dworkin se han propuesto distintas reconstrucciones del positivismo jurídico que en general se han agrupado en dos líneas, denominadas *positivismo inclusivo* y *positivismo exclusivo*.

En nuestro país, Ordoqui⁶ ha señalado que los principios generales de derecho se imponen por su propia fuerza persuasiva, sin estar referidos a hechos concretos, y refiere a que De los Mozos ha advertido que se puede hablar de principios generales de derecho en diversos sentidos: para los positivistas el derecho es únicamente la ley, y los principios generales solo están en la ley y de ella se derivan por inducción; otros, en cambio, entienden que el derecho es algo más que la ley, que aparece integrado por valores, y en este caso los principios no son reglas obtenidas de la deducción axiomática, sistemática o lógica, sino que aparecen como reglas preexistentes respecto de las cuales las normas no son más que un resultado.

Castán Tobeñas concluye que ambas posiciones no son inconciliables y llega a una intermedia. Entiende que, si bien para la concepción positivista los principios llenan una de las necesidades del derecho, la de la coherencia lógica, hay otras exigencias —las de la movilidad y la justicia— que deben ser atendidas por medios distintos.

A su vez, señala que los iusnaturalistas adoptan una posición que califica de “exagerada, peligrosa y seguramente extraña a los designios de nuestro Código Civil” (se refiere al CC español) cuando pretenden desligar por completo del ordenamiento positivo las normas derivadas de los principios generales de derecho, y recuerda que Legaz dice: “[...] cuando la legislación remite al juez a los principios generales del derecho, es evidente que no abandona la decisión al criterio subjetivo del intérprete”.

³ BURÓN, *Derecho civil español*, t. I, citado por CASTÁN TOBEÑAS, o. cit., p. 339.

⁴ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, EJE, 1954, p. 111.

⁵ ÓSCAR SARLO, “Principios jurídicos y positivismo ‘inclusivo’”, en *Revista de Derecho* VI, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer y Amalio M Fernández, 2004, p. 145.

⁶ GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay y Ediciones del Foro, 2005.

Agrega Castán Tobeñas que no es del todo infundado el temor de que al recurrir a los principios generales del derecho, a través de una interpretación puramente filosófica, se podría introducir la inseguridad jurídica, desde que el juez podría sustituir el criterio relativamente fijo de la ley por el movedizo y subjetivo de su arbitrio. Finalmente concluye:

1. Que si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de una legislación con los propios principios que la informan, siempre podrán servir los principios del derecho natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los del derecho vigente y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo.

De este modo los principios del derecho natural podrán entrar en juego por una doble vía: a través de los principios generales del derecho positivo nacional para controlarlos y lograr que estos se muevan siempre dentro del ámbito de los postulados de la justicia, y supliendo a dichos principios para aquellos casos en que, agotada la potencialidad de los informadores del derecho positivo, no quede otro material jurídico para llenar las lagunas de la ley que el que proporcionen los dogmas, de virtualidad limitada, del derecho natural.

2. Que los principios generales a que alude el Código Civil (español) se han de extraer no solo del Código mismo, sino del entero ordenamiento jurídico, del cual forman parte leyes políticas y especiales que pueden recoger, mejor que un código aislado, el estado actual de la conciencia jurídica nacional.

Por nuestra parte, y en atención a las funciones que cumplen los principios generales de derecho, entendemos sumamente acertado el criterio sostenido por Castán Tobeñas.

3.

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Bobbio, citado por Méndez Costa,⁷ ha señalado como *funciones* de los principios jurídicos: la *interpretativa*, por cuanto estos principios contribuyen al esclarecimiento del sentido de otras normas; la *directiva o programática*, dirigida al jurista creador de nuevas normas,

⁷ Norberto BOBBIO, "Principi generali di diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIII, p. 188, citado MÉNDEZ COSTA, o. cit., p. 19.

a quien orientan; la *integradora*, que ofrece criterios para resolver una cuestión para la cual se carece de regulación normativa, y la *limitativa*, referida a los márgenes de las competencias legislativa, judicial y negocial.

A estas se agrega la función *fundamentadora del ordenamiento*, de modo que los principios jurídicos legitiman o reconocen la validez de las otras fuentes del derecho, y la *sistematizadora*, pues posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico.

4.

PRINCIPIOS, DERECHOS HUMANOS Y RELACIONES DE FAMILIA

Cuando hablamos de derechos humanos, al día de hoy nos estamos refiriendo al *hombre* en plural, pero, como señala Raymond Martin,⁸ el concepto unitario de *hombre* solo se encuentra modernamente a partir de la Constitución del estado de Virginia, en América del Norte, de junio de 1776.

Ello sin dejar de reconocer que posteriormente la Declaración de Derechos de la Revolución Francesa, en agosto de 1789, también reconoce en el *hombre* su sentido unitario.

Deja entonces el término *hombre* de ser comprensivo solamente de determinadas personas, según su sexo (ya que la mujer no estaba comprendida en él), según su clase (como lo fue en el Antiguo Régimen francés), según su religión, su condición de propietario, labriego, etcétera.

Más allá de reconocer lo que al respecto argumenta Raymond, en el sentido de que actualmente también el *hombre* ahora es visualizado en forma segmentada (arrendatario y arrendador, automovilista y peatón, empleador y asalariado, etc.), cuando nos referimos a los derechos humanos lo hacemos teniendo en cuenta los de todos los hombres.

Señala Risso Ferrand⁹ que en el siglo XX, más precisamente en los años ochenta, comenzó a escala continental un proceso que implicó: 1) una revalorización de la democracia y el Estado de derecho; 2) una revisión profunda de la noción de Constitución, y 3) la

⁸ Martín RAYMOND, "L'homme des droits", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* n.º 2, París, Dalloz, abril-junio 2000, p. 285.

⁹ Martín RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 12 ss.

definición y aceptación del nuevo rol de los derechos humanos en toda la cultura jurídica y política.

Agrega el autor que de la limitada noción de Constitución como *código político* (para el Gobierno y los gobernantes, pero sin incidencia significativa en la realidad cotidiana), pasando por un largo proceso de afirmación del rol normativo de la Constitución, se llegó a una noción de norma suprema que, sin perder los caracteres anteriores y otros, se presenta como un *código de valores*, como los valores superiores de la comunidad nacional (e internacional), como los valores superiores del ordenamiento destinados, por dicha condición, a realizarse en la realidad cotidiana, en el día a día.

Destaca el profesor Risso Ferrand que el nuevo rol del derecho constitucional conduce inexorablemente a transformar la Constitución en un elemento indispensable a la hora de interpretar el orden legal y señala:

Esto es lo que se conoce como interpretación de la ley (en general del ordenamiento inferior) “desde” la Constitución (y “desde” los derechos humanos), de forma que la Carta se transforme en un instrumento vivo cuyos postulados y valores tienen desarrollos efectivos en sede jurisdiccional.

Por último, es preciso mencionar la referencia que el autor hace a Herbert Kruger quien expresa:

[...] antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley, pero hoy, las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos.

Entendemos que resulta de gran interés trasladar estos conceptos al derecho de familia, pues ellos nos permitirán dar respuesta a los casos de aplicación de normas que lesionen los derechos humanos.

Si existiera una norma que claramente admitiera que los padres pudieran corregir a sus hijos mediante la aplicación de castigos corporales o destrato, esa norma podría considerarse violatoria de los derechos humanos y más específicamente de los derechos del niño, lo que la tornaría inaplicable. De igual modo, una norma que obligara a la mujer a vivir con su marido aun contra su voluntad sería claramente violatoria del derecho a la libertad que tiene toda persona.

Muchos ejemplos que hoy se considerarían violatorios de los derechos humanos fueron sin embargo aceptados en épocas en las cuales existía una concepción totalmente distinta sobre la familia y los roles asignados a cada uno de sus integrantes.

Si bien los ejemplos planteados son muy claros, puede haber dudas sobre normas referidas, por ejemplo, al ejercicio de la patria potestad y al deber de los padres de educar a

sus hijos. En tales situaciones deberá tenerse en cuenta la tensión entre los derechos de los progenitores y los de los hijos, buscando armonizarlos y en definitiva recurriendo a la protección del más vulnerable en cada caso concreto.

Fuera de los casos en los que sea el intérprete quien deba dar una respuesta a las tensiones entre los derechos de los integrantes de la familia, debería ser el propio legislador quien encuentre la respuesta adecuada respetando los derechos humanos, como señala Kruger

Al referirnos a los principios de derecho hemos mencionado los derechos humanos, ya que entendemos que estos son la cristalización de los principios que fundamentan a las personas en cuanto tales en su esencialidad, o sea en su *humanidad*, y en su relacionamiento, ya sea en el ámbito extrafamiliar o en el específicamente familiar, ámbito en el cual adquieren particular relevancia.

5.

REFERENCIA NORMATIVA E IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Diversos textos normativos que integran nuestro ordenamiento jurídico refieren a los principios generales.

Así la Constitución de la República ha aludido expresamente a ellos en su artículo 332, al disponer que los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas,

[...] no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los *principios generales de derecho* y a las doctrinas generalmente admitidas.¹⁰

También otros cuerpos normativos refieren a estos principios, como es el caso de del Código Civil (en adelante CC), que en su artículo 16 dispone que, cuando un negocio civil no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia,

¹⁰ Cursivas agregadas.

[...] se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a *los principios generales de derecho* y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.¹¹

Como vemos, en estos casos las normas se remiten a los principios generales de derecho, pero, como señaló Cestau,¹² no se nos dice cuáles son, ni cómo y dónde debe buscarlos el intérprete.

En otras normas, como el Código Tributario, en su artículo 5 se menciona a “los principios generales de derecho tributario”. En este caso, si bien tampoco se dice cuáles son, se los refiere específicamente al derecho tributario.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia alude a estos principios en varias de sus disposiciones (artículos 3, 6, 8, 14, 38, 74 y 75), y en algunos casos incluso los identifica.

Messineo¹³ —que, como señalamos, identifica los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico—, menciona como paradigma de principios generales los siguientes:

- la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad la excepción;
- es regla general la libertad de forma de los actos y de los negocios, y excepción la observación de una determinada forma;
- las obligaciones contraídas han de ser respetadas (*pacta sunt servanda*);
- el acreedor no debe agravar con su actitud la situación del deudor, dado que en general la ley protege la situación del deudor (*favor debitoris*);
- en las relaciones sociales resulta tutelada la buena fe y sancionada la mala fe;
- debe favorecerse más a quien trata de evitarse un daño que a quien trata de realizar una ganancia;
- no se puede cargar más de una vez sobre el sujeto la responsabilidad de un hecho (*ne bis in idem*);
- no existe deber jurídico ni consiguientemente sanción para el caso de inobservancia, si no existe una norma que imponga la observancia del deber;
- no se puede adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que compete a quien lo trasmite;
- si decae el derecho del transmitente, decae también el derecho del adquirente;
- quien causa un daño a otro está obligado a resarcirlo;

¹¹ Cursivas agregadas.

¹² Saúl D. CESTAÚ, *Contribución al estudio del derecho civil uruguayo*, t. 35, “Doctrina”, LJU.

¹³ MESSINEO, o. cit., p. 12.

- la diligencia requerida en el cumplimiento de los deberes y también en el goce de determinados derechos es la del buen padre de familia;
- en el conflicto entre dos adquirentes de un mismo derecho es preferido quien primeramente lo haya adquirido (*prior tempore potior iure*);
- es una exigencia general la certeza de las relaciones jurídicas;
- la buena fe se presume siempre;
- todos tienen iguales derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico (la ley es igual para todos);
- a nadie es lícito hacerse justicia por sí mismo;
- cada uno tiene derecho al resultado de su propio trabajo;
- la personalidad ajena merece respeto;
- *la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios.*

6.

PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia ha sido definido por Cestau como el conjunto de reglas de derecho que rigen la constitución, el funcionamiento y la disolución de la familia.

Como vemos, en este concepto, al igual en definiciones dadas por otros autores, el elemento central *es la familia*.

El derecho de familia forma parte del ordenamiento jurídico y como tal le son aplicables diversos principios jurídicos; por ejemplo, el principio de buena fe o el de igualdad.

Por nuestra parte, entendemos que son aplicables a las relaciones de familia la mayor parte de los principios generales de derecho, algunos de ellos con distinto peso en el derecho de familia personal que en el patrimonial, y también consideramos que para el derecho de familia existen principios jurídicos específicos, así como determinados derechos, como es el caso del derecho matrimonial.

La doctrina extranjera ha resaltado la importancia de este tema.

En Brasil, Lôbo¹⁴ refiere a principios fundamentales y generales. Señala como principios fundamentales: 1) dignidad de la persona humana (artículos 226, 227 y 230 de la Constitución Brasileña); 2) solidaridad (artículos 3 de la Constitución de Brasil y

¹⁴ Paulo LÔBO, *Direito civil. Famílias*, San Pablo, Saraiva, 2008, p. 33.

artículos 1513, 1618, 1630 y 1567 del CC rasileño). Agrega que son principios generales, entre otros: la igualdad y el derecho a la diferencia, la libertad, la afectividad, la convivencia familiar y el mejor interés del niño.

En Argentina, Méndez Costa¹⁵ ha estudiado en profundidad el tema y reconoce diversos principios, entre los que señala como principio base *la familia*, institución natural y fundamental para el ser humano y la sociedad.

A continuación, y sin pretender agotar el tema, identificaremos algunos de los principios recogidos por el ordenamiento jurídico y aplicados por los tribunales uruguayos.

7.

PRINCIPIO BÁSICO ESENCIAL: EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO BASE DE NUESTRA SOCIEDAD

Como vimos, Messineo¹⁶ señaló que la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios. A nuestro juicio, un principio básico esencial en materia de derecho de familia es *el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad*.

Resulta claro que la familia es una institución fundamental de la sociedad, debido a que desempeña múltiples roles de primordial importancia, tanto con relación a sus miembros como a la sociedad en su conjunto.

El *reconocimiento de que la familia es una institución natural y fundamental* es considerado en las distintas funciones que, según vimos, tienen los principios.

En efecto, diversas normas nacionales e internacionales recogen este principio.

La Constitución uruguaya reconoce a la familia tal importancia al disponer que es la base de nuestra sociedad (artículo 40), por lo que impone al Estado el deber de velar por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

También en materia de obligación alimentaria, sociedad conyugal, sucesiones, etc., se concede a los miembros de la familia una serie de derechos y obligaciones en función de la importancia que ella tiene para sus integrantes y para la sociedad.

Por su parte, diversos instrumentos internacionales reconocen tal importancia.

¹⁵ MÉNDEZ COSTA, o. cit.

¹⁶ MESSINEO, o. cit.

A título de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), en su artículo 16, reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 17, declara que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

En Uruguay esto es reconocido por diversas normas, tales como el CNA, que en su artículo 19 señala que la familia es el ámbito primario de socialización, o la ley n.º 17796, que en su artículo 1.º establece entre los derechos de los adultos mayores el de la integración activa en la familia.

Por último, es bueno precisar que reconocer este principio no implica entender que en aras de la familia, en tanto institución, es permitido vulnerar los derechos de sus integrantes. Al respecto podemos recordar el artículo 5.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que también refiere a los derechos de los miembros de la familia.

8.

PRINCIPIO DE PERTENENCIA A SU FAMILIA

Más allá del derecho que tienen las personas a vivir en familia, no debe dejar de mencionarse el derecho de pertenencia a la familia propia.

Tal derecho se hará efectivo mediante las correspondientes acciones de estado civil, y, en la medida en que el estado civil es realmente el estado de familia, por tales acciones lo que se está reclamado es el derecho de pertenencia a la familia.

Claro está que ese derecho está supeditado al ordenamiento jurídico familiar, ya que es posible que en aras de la estructura firme de la familia el Estado limite el ejercicio de tal derecho a plazos determinados y al mismo tiempo legitime a determinadas personas para ello.

9.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS INTEGRANTES MÁS DÉBILES DE LA FAMILIA

Este principio excede las relaciones de familia y ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno,¹⁷ en un asunto sometido a su jurisdicción, entendió hacer efectivo el principio de protección de los integrantes más débiles de la familia por cuanto estos están constitucional y legalmente amparados.

Así, en muchas normas del ordenamiento se protege a los niños (artículos 40 ss. de la Constitución de la República, artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.º del CNA) y en otras también se dispone la protección de incapaces y ancianos.

Lamentablemente son escasas las normas que encontramos al respecto, pero la aplicación del fundamental principio de solidaridad familiar, uno de los más importantes, debe llevar a una interpretación o integración de las normas que ofrezcan respuesta a tal tema.

Por ejemplo, los ascendientes naturales tienen el deber de servir alimentos a sus descendientes, pero no se les ha conferido a texto expreso el derecho a reclamarlos a sus descendientes naturales.

Entendemos que, como señala Fanzolato,¹⁸ la solidaridad debe encararse como un mutuo dar y recibir, lo que llevaría a que se pudiera reconocer alimentos a favor de los ascendientes naturales en la medida en la que ellos deben prestarlos a sus descendientes.

Sin perjuicio de ello debemos recordar que el artículo 17 del CNA dispone, en el literal B, que entre los deberes de niños y adolescentes se encuentra el de cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad.

No es posible aceptar que dicha norma sea aplicable a los menores de edad y no a los mayores de edad, que al igual que aquellos deberán prestar tales cuidados a sus ascendientes. Por lo tanto, creemos que debe entenderse que de allí surge la obligación de alimentos, en su amplio sentido, hacia los ascendientes, sean estos legítimos, naturales o extramatrimoniales.

¹⁷ TAF 2.º T., n.º 217/98, 18/XII/98, LJU n.º 13.669

¹⁸ Eduardo Ignacio FANZOLATO, *Derecho de familia*, t. I, p. 246, Córdoba, Advocatus, 2007.

10.

PRINCIPIO DE RESPETO DE LOS HIJOS HACIA SUS PADRES

El artículo 256 CC dispone que los hijos, cualquiera sea su estado, edad y condición, deben respetar a sus padres. Este artículo generalmente ha sido considerado como una norma de ética y moral sin sanción.

Sin embargo, analizando el CC, encontramos en el capítulo V, título IV del libro III, referido a *desheredación*, el artículo 900, que entre las causas de desheredación menciona el haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente que deshereda.

Creemos que de dicha norma surge la sanción cuando el descendiente lesiona emocionalmente a quien lo deshereda, como es el caso de las injurias referidas en el artículo 900, que en definitiva significan una falta de respeto hacia los ascendientes.

11.

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

Este principio excede el derecho de familia y, según el artículo 6.º del CNA, constituye un criterio específico de interpretación e integración, que consiste en el reconocimiento y el respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana, sin que se pueda invocar para menoscabo de tales derechos.

Consideramos que el interés superior del niño es un derecho subjetivo. Este derecho subjetivo le debe permitir lograr su plena capacidad corporal, intelectual y social, como surge del artículo 41 de la Constitución de la República.

Por lo tanto, este derecho será tenido en cuenta cuando sea necesario dar respuesta a una situación en la que se encuentre involucrado el menor de edad, y ello lo vemos en múltiples sentencias recaídas en tales situaciones.

Sin embargo, es necesario precisar que este interés superior del niño no puede ser alegado cuando se busca una respuesta al interés de su progenitor, pues no siempre ambos

intereses coinciden. Por ejemplo, cuando el padre presunto quiere desconocer al hijo, no puede alegarse el derecho de este a su identidad, pues tal derecho le corresponde al hijo, que es el titular, y no es posible aceptar su alegación por quien no es titular de tal derecho, sino que se opone a él.

12.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

También este principio trasciende las relaciones de familia, pero es esencial en el derecho de familia.

Resulta complejo definir la *solidaridad*, pues, como señala Méndez Costa,¹⁹ es prácticamente imposible citar una expresión comprensiva de los alcances precisos de la palabra.

Una de las autoras de este trabajo, Mabel Rivero, ya había señalado que por solidaridad debe entenderse un recíproco involucramiento de los integrantes de la familia que los lleva a ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades materiales y espirituales.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno²⁰ ha entendido que es viable analizar la pretensión de retiro del concubino del hogar que ocupa, a la luz de las normas que regulan el instituto de las medidas cautelares en general y en armonía con aquellas tendientes a la promoción de la familia y el interés de los menores. Agrega el tribunal que se debe tener presente que se trata de hacer efectivos los principios de solidaridad y protección de los integrantes más débiles de la familia, constitucional y legalmente amparados, sin distinguir entre familia legítima y natural;²¹ asimismo, que se trata de reconocer el derecho a la vida y a la integridad física cuando se alegan situaciones de verdadero riesgo.

13.

PRINCIPIO DE RESPETO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Si bien el tema identidad trasciende el derecho de familia, no podemos desconocer la importancia que supone para él, en la medida en que la familia está integrada por personas que deben encontrar su protección primaria y esencial dentro de ella.

¹⁹ MÉNDEZ COSTA, o. cit.

²⁰ TAF 2.º T., n.º 217/98, 18/XII/98, LJU n.º 13.669.

²¹ Cf. doctrina: Gelsi en *RUDF* 7, p. 8; Wieder en *RUDF* 8, p. 173.

Cuando hablamos de identidad lo hacemos partiendo de la identidad biológica, que, como ha dicho la civilista argentina Nora Lloveras, es el derecho que tiene toda persona de

[...] poder conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal) [...].

Es decir que todas las personas tienen derecho a conocer su origen. Puede suceder que a alguien simplemente le interese conocer su origen biológico sin posibilidad de modificar su estado civil, ya sea porque ello no le interesa o porque el ordenamiento jurídico no se lo permite. Es claro que si las normas legales no se lo impiden, podrá hacerlo cumpliendo con las exigencias legales correspondientes.

13.1. IDENTIDAD SEXUAL

Al ser el sexo de gran importancia para la persona, pues tiene que ver con su propia y más íntima identidad., trataremos entonces el tema como un corolario del principio de respeto a la identidad personal.

Fernández Sessarego²² distingue entre identidad sexual estática y dinámica. La primera refiere al sexo que tiene una persona al nacer (varón o mujer). La segunda refiere al género con el cual la persona se identifica.

En general las dos facetas coinciden en una persona; sin embargo, hay sujetos en los cuales esto no sucede, como es el caso de los transexuales, que son personas que habiendo nacido con un sexo sienten que pertenecen al sexo opuesto. Es decir, se identifican con un género distinto al de su nacimiento.

La ciencia ha dado cierta respuesta a estas personas y en determinadas situaciones y luego de muchas pruebas se han realizado las operaciones usualmente conocidas como de *reasignación de sexo*. Estas intervenciones quirúrgicas han generado en los sujetos intervenidos la lógica inquietud por rectificar su partida para adecuarla a la nueva realidad social que les toca vivir, esto es, vivir la vida desde un nuevo sexo.

La rectificación ha sido aceptada por algunas sentencias y en otras se la ha negado, entendiendo que el sexo no se cambia. Incluso en las que se ha aceptado la rectificación de la partida, se ha discutido si la rectificación correspondía hacerla a partir de la sentencia o si

²² Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 329.

correspondía rectificar la anotación originaria. La posición afirmativa en cuanto a la identidad de género ha sido recepcionada en sentencia de la Suprema Corte de Justicia.²³

También una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno²⁴ se refiere a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia que expresa:

[...] entre los derechos esenciales humanos propios de la dignidad de cada persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de la propia identidad [...] una persona debe ser una sola desde el plano físico y desde el plano síquico. Debe estar integrada y no, diríase, desgajada en dos [...] Porque ello supone una disociación inadmisibile que rompe esa integridad existencial a la que tiene derecho toda persona humana en tanto su dignidad lo requiere para reconocerse a sí misma.²⁵

Señala Belluscio que en Argentina los jueces provinciales y porteños se inclinan al parecer definitivamente a aceptar la modificación registral del sexo del transexual, al otorgamiento de nuevos documentos de identidad y el consiguiente derecho de contraer nuevo matrimonio con el nuevo sexo registrado.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se expidió entendiendo que la identidad sexual es la conciencia de la forma sexual de ser (no tanto lo que se es, sino más bien lo que se está convencido de ser), a la manera en que una persona es conocida y tratada según lo que libremente ha elegido ser y tal como lo ha proyectado socialmente, como lo ha puesto de manifiesto frente al mundo exterior.

Actualmente se encuentra en proceso legislativo en Uruguay un proyecto de ley que prevé la posibilidad de obtener la modificación de la documentación de aquellas personas cuya identidad de género no coincide con su inscripción de origen, proyecto inspirado en la ley española n.º 3 del año 2007.

Debe tenerse en cuenta que dicho proyecto prevé el previo pronunciamiento judicial al respecto, y creemos que debe mantener los principios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia²⁶ al tratar el transexualismo y la modificación documental, en cuyo pronunciamiento hizo hincapié en la reasignación sexual derivada de la cirugía y en el hecho de que la persona no hubiera conformado previamente relaciones de familia ni hubiera actuado nunca de acuerdo con su sexo morfológico.

²³ Sentencia n.º 159-05 de 22/VI/2005, LJU, caso 15157.

²⁴ Sentencia n.º 207-04 de 28/VII/2004, LJU, caso 14961.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/3/2007-C, H. C. cambio de nombre, expediente C 86. 197 RDE, n.º 37.

²⁶ LJU n.º 13298, SCJ n.º 139/97, 5 de mayo de 1997.

14.

OTROS PRINCIPIOS APLICABLES

Además de los principios mencionados, existen otros que regulan las relaciones de familia, e incluso se pueden identificar algunos que son aplicables a determinados institutos familiares.

Ejemplo de ello es el principio de proporcionalidad en materia de alimentos, por el cual estos deben estar ajustados a las necesidades del acreedor y a las posibilidades del deudor.

Otros principios son la fidelidad y heterosexualidad en el matrimonio, sin perjuicio de que, de acuerdo con la ley 18246, el primero de los mencionados permanezca vigente cuando los cónyuges viven de consuno.

15.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Para cumplir sus distintas funciones —por ejemplo, interpretación— los principios se pueden aplicar en forma unitaria o considerar más de uno en forma simultánea.

Esto es claro en la medida en que para interpretar una norma se puede utilizar más de un principio, como por ejemplo los de buena fe e igualdad. Sin embargo, nada obsta a que se recurra a un solo principio para dar solución a un conflicto.

En el caso de recurrirse a más de uno, es posible que se pueda producir un conflicto entre ellos o que incluso sean contradictorios entre sí, por lo que para resolver la situación la doctrina ha sostenido o que se debe sustentar un orden jerárquico de principios o que se debe lograr armonizarlos.

La Suprema Corte de Justicia,²⁷ en un caso de transexualismo donde desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Público y dispuso la rectificación de los aspectos identificatorios sexo y nombre del acta de nacimiento de la parte actora mediante anotación marginal, señaló:

²⁷ Caso SCJ n.º 159/05, 22/VI/05, LJU caso 15157.

[...] se entiende que las sentencias de los órganos de mérito efectúan una razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa, esto es, el derecho a la libertad en punto al proyecto de vida y realización integral de la personalidad e identidad sexual del accionante y el derecho de quienes con él se interrelacionan socialmente, de conocer los datos relevantes atinentes a su conformación biológica, básicamente en cuanto estos pudieran, en su mérito, decidir eventualmente estrechar vínculos afectivos íntimos que necesariamente deben sustentarse en la verdad y la buena fe que posibiliten una decisión libre. En otros términos, en el enfrentamiento entre el derecho a la libertad (artículo 7.º de la Carta) y el principio general de la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (artículo 72.º, por su inherencia a la dignidad de la persona humana), las sentencias en examen efectúan un adecuado balance o estimación del peso de cada uno (*dimension of weight*, Dworkin) en atención a las especiales circunstancias del caso.

Es interesante recordar otro fallo, en este caso dictado por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno,²⁸ en el que se resolvió un conflicto entre el interés individual de la demandada (por su carácter de propietaria) y el interés familiar en juego.

El caso en cuestión estuvo originado en la solicitud de alimentos (en concreto, habitación) de la madre a su hija propietaria de una vivienda, la que carecía a su vez de medios para ayudar a solventar las necesidades de la madre y se rehusaba a soportar la presencia de esta en su casa.

En forma unánime la Sala entendió que correspondía darle preeminencia al interés familiar, al que se le debe atribuir la máxima trascendencia desde un punto de vista social, y señaló al respecto

[...] la consideración de esos vínculos jurídicos de interdependencia entre los miembros de la familia, así como la valoración de que se trata de un conjunto orgánico en que todos se pertenecen recíprocamente y en el cual el interés individual cede frente al interés familiar.

Más allá de que se acepte la corriente positivista o iusnaturalista, los principios generales de derecho constituyen el tejido conjuntivo del ordenamiento jurídico (Messineo) que en el ámbito del derecho de familia se alimenta con la distinta conformación que la familia ha ido evidenciando y los diferentes roles que han asumido sus integrantes.

²⁸ LJU caso 14913 TAF 1.º T., n.º 284/03, 1/X/2003.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto C., “Los transexuales y el matrimonio”, en *Doctrina RDF*, n.º 37, Buenos Aires, Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, julio-agosto del 2007.
- CESTAU, Saúl, *Derecho de familia y familia*, Montevideo, FCU.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *Derecho de Familia*, tomo I, Córdoba (Argentina), Advocatus, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- LÔBO, Paulo, *Direito civil. Famílias*, San Pablo, Saraiva, 2008.
- LLOVERAS, Nora, Nuevo régimen de adopción. Ley 24779, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, EJEA, 1954.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS CABANELLAS, *Derecho de familia personal*, Montevideo, FCU, 2009.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, Beatriz RAMOS CABANELLAS y Verónica MORALES FIGUEREDO, *Familia y derecho*, Montevideo, FCU, 2004.

INFORMACIÓN



Reglamento de la Revista de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objetivo.** *La Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* es una publicación arbitrada anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo de Redacción.
2. **Estructura.** La *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales inéditos arbitrados; b) otra de reseñas; y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo de Redacción podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo de Redacción por la Secretaría de Redacción de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
 - 3.1. Serán entregados en medio magnético y una copia impresa. La copia impresa debe estar a doble espacio, en papel formato A4 y letra tamaño 12. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada.
 - 3.2. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
 - 3.3. Los artículos en su presentación deben incluir: a) un resumen (*abstract*) en el idioma original del trabajo con una extensión máxima de 20 y mínima de 8 líneas; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo se deben referenciar las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
 - 3.4. Al pie de página de la primera hoja (con asterisco) se debe indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.

3.5. Las citas de libros deben presentarse de la manera siguiente:

- Apellidos del autor en letras versalitas (“versales”).
- Título de la obra en cursiva.
- Volumen o tomo.
- Editorial.
- Lugar y fecha de publicación.
- Número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.

Si se trata de un artículo de una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

• Ejemplos:

- A) RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, editorial..., ciudad..., año..., pág....
- B) RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en *Revista...*, número..., editorial..., ciudad..., fecha..., pág....

3.6. Las referencias de las citas se consignarán a pie de página y su enumeración será continua.

4. Evaluación de los artículos. Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. Calidad de evaluador. Sólo podrán ser evaluadores aquellos docentes que tengan el grado de Profesores Titulares en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo de Redacción.
6. Lista de evaluadores. El Consejo de Redacción elaborará y actualizará regularmente una lista de evaluadores, que se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (www.ucu.edu.uy)
7. Proceso de evaluación. Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará un evaluador de la lista considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad del evaluador. El evaluador contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo exhibe la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el evaluador formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas, y se someterá el artículo a una segunda revisión. En casos excepcionales en que el Consejo de

Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una segunda evaluación de un mismo artículo.

El Consejo de Redacción podrá en casos especiales recurrir a un evaluador no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.

8. Principio de reserva. El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.

En este sentido el Consejo de Redacción procurará eliminar del trabajo que se remite al evaluador la información que le permita identificar al autor. De la misma forma, si el autor solicita ver la evaluación, no se comunicará quién ha sido el evaluador.

9. Publicación. La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo de Redacción con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo de Redacción decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. Responsabilidad. Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. Publicación *on-line*. Los autores autorizan que, luego de la edición de la revista, los trabajos sean incluidos en la sección publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo de Redacción.
12. Ejemplares. Publicada la revista, cada uno de los autores tiene derecho a recibir veinte (20) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. Aceptación del presente reglamento. Cuando los autores remitan trabajos a la *Revista*, deberán acompañarlos de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. Consejos. La *Revista* contará con dos Consejos Asesores, uno integrado por destacados profesores y juristas nacionales y otro por profesores extranjeros. Ambos Consejos serán designados por el Consejo de Redacción de la *Revista*.

El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizarán y evaluarán los números de la *Revista* aparecidos en el año anterior a la reunión.

Los miembros del Consejo Asesor Internacional recibirán un ejemplar de cada número de la *Revista* que se edite, y se les solicitará una evaluación por escrito anual.

15. Publicación. El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (www.ucu.edu.uy).

Montevideo, 12 de setiembre de 2006.