

“¿TIENE SENTIDO LA DEFENSA POLÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO?”

(Transcripción¹)

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ: Muchas gracias. Gracias a los organizadores por haber contado conmigo, y especialmente a las tres fundaciones que han hecho posible este encuentro.

Cuando se me planteó venir, yo pensé que quizá merecía la pena volverse a una pregunta clásica, una categoría clásica, la defensa política de la Constitución como antecedente y luego alternativa de la defensa jurisdiccional de la Constitución, siendo su característica esencial que es desempeñada por órganos políticos, y que el parámetro de juicio es también más lável que el que se ejerce normalmente en el control jurisdiccional.

Además, si hacemos un repaso histórico, vemos que hay algunos elementos que distinguen a esta defensa política de la Constitución. El primero, la distinción entre validez y efectividad. Mientras que en el control jurisdiccional se hace un control de validez de normas, en la defensa política se intenta reparar el déficit de efectividad de la norma constitucional.

Asimismo, mientras que en la defensa jurisdiccional se pretende proteger a la minoría frente a la mayoría, la defensa política es una defensa de las instituciones, por tanto, entendemos que de la mayoría política.

Finalmente, mientras que la defensa jurisdiccional se caracteriza porque nuestros tribunales constitucionales no tienen, salvo algunas excepciones, como hemos visto recientemente en España, un verdadero poder coactivo, en la defensa política un elemento fundamental es que quien la ejerce tenga una potestad coactiva potencialmente eficaz para poner fin a ese ataque a la Constitución.

¹ Corresponde a la transcripción literal de la intervención de Miguel Azpitarte Sánchez, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, en el Congreso Europeo *Democracia y estado de derecho en la Unión Europea* celebrado el 28 de septiembre de 2021.

Lo que yo pretendía, pero creo que ustedes me van a agradecer en esta circunstancia que sea breve, era intentar encajar los nuevos mecanismos en esta lógica de defensa política. El marco de defensa del Estado de derecho, el mecanismo de defensa del Estado de derecho, y finalmente el Reglamento de condicionalidad. No lo voy a hacer, además, porque ya lo han hecho compañeros en las ponencias anteriores y han dejado definido muy bien el mapa.

Creo que, vistos en su conjunto, plantean algunos problemas sobre los que tenemos que reflexionar. En primer lugar, salvo el Reglamento de condicionalidad, todos se han creado con comunicaciones de la comisión, con un (03:22:35) que llega también aquí al derecho constitucional.

Todos dicen ser preventivos, pero realmente creo que todos se presentan en realidad como una alternativa a las dificultades del artículo 7, que además es una dificultad institucional. Me parece que no es exagerado hacer una lectura a raíz de las distintas sensibilidades que han manifestado las instituciones, nos contaba Mario (03:23:04), en la elaboración del Reglamento, y cómo estos mecanismos, quitando el Reglamento, pero también lo hemos visto en su elaboración, pretenden, de alguna manera, dar lugar a la sensibilidad de la comisión en el Parlamento, que parece ser más intensa que la del consejo.

Luego están por definir los tres parámetros: amenaza sistemática, valoración cualitativa para el mecanismo, y este doble parámetro que hay en el Reglamento de condicionalidad, y todos sabéis que en la academia hay una disputa muy intensa sobre si debe llevar a una definición de mínimos o debe llevar una definición más intensa. A mi juicio, me parece que ya se ha producido esa definición más intensa, y plantea problemas adicionales.

Por lo tanto, yo me voy a concentrar en la parte de mi ensayo donde intentaba analizar cómo esta acumulación de instrumentos de defensa política nos lleva al menos a dos transformaciones, no sustitución, sino que se incorporan a las visiones clásicas del derecho de la Unión.

En primer lugar, creo que pasamos de una comunidad de derecho a una Unión de valores, y eso tiene consecuencias muy importantes; y, en segundo lugar, pasamos

de una Unión sin constitución a una Unión con política constitucional. Voy a analizar la primera transformación.

Todos sabemos de sobra, pero por una finalidad de coherencia me gustaría rescatar cuatro elementos que servían para distinguir a la Unión como una comunidad de derecho: el mito fundacional que incorporaba, la teoría jurídico-constitucional que incorporaba, la teoría político-constitucional que llevaba consigo y, finalmente, la estructura institucional.

La comunidad de derecho, el mito fundacional que encierra, siempre tenemos que pensar en su némesis, en su antítesis, y era la idea de una comunidad política. La comunidad de derechos surge precisamente como reacción frente a la Comunidad Política Europea, la Comunidad Europea de Defensa, para intentar subrayar en aquel entonces una diferencia que todavía era sostenible, la diferencia entre Estado y sociedad, entre Estado y economía, de manera que se trasladaba la idea de que en el proceso de integración no iba a haber política, y que los elementos políticos iban a quedar recludos o iban a quedar en el escenario estatal.

Pronto se encontró una teoría jurídico-constitucional para desarrollar el proceso de integración. Conocemos todas las sentencias del tribunal de justicia que transforma disposiciones del tratado internacional en derecho subjetivo. Los tratados pasan a ser como una Constitución, porque sus derechos subjetivos tienen la misma estructura normativa, y limitan al legislador igual que los derechos fundamentales. Además, se suman a una corriente constitucional que domina Estados Unidos y Europa, en la que el derecho constitucional empieza a explicarse esencialmente desde los derechos subjetivos.

Ha costado mucho más encontrar una teoría político-constitucional para la Unión como comunidad de derecho, y todavía creo que aquí podríamos discutir mucho. Fracasaron las tesis formalistas de que había habido una suerte de regulación legal en términos kelsenianos, y realmente se llegó a un punto de encuentro en el que creo que responde a las diversas tesis de teoría multinivel, por la cual la Unión Europea lo que realizaba era una función compensatoria frente a los excesos del Estado nación, sobre todo en el ámbito económico.

En el fondo, la idea que se sostenía era que la Unión lo que venía a hacer era no tocar los elementos políticos del Estado, pero sí sus excesos económicos, que era sobre todo el llamado Estado proteccionista.

Además, las piezas encajaban perfectamente, porque, si los derechos fundamentales en el Estado constitucional servían para integrar el proceso legislativo a los que habían quedado marginados en el proceso de la unión, en el proceso de integración, las libertades fundamentales nos permitían integrar a aquellos que no estaban presentes en el procedimiento legislativo estatal, que era el extranjero.

La estructura institucional se ha hablado hoy de ello de manera muy interesante. La Unión se apoyó en la Administración y el Poder Judicial estatal por razones obvias, porque no era posible crear un Poder Judicial propio y una estructura administrativa propia, pero también porque se apoyaba en la especial legitimidad democrática que tenían tanto el Poder Judicial estatal como la Administración. Por decirlo de algún modo, había un rearme de legitimidad en la ejecución del derecho de la Unión.

¿Cómo cambian estos cuatro elementos con la Unión de valores? Está claro que con la idea de la Unión de valores y con la solidaridad se está intentando generar nuevos mitos fundacionales. Ya está agotada la idea de la Unión como una comunidad de derecho. Se quiere combatir el populismo. Ahora bien, no olvidemos que el populismo es la deformación de una idea que tiene mucho más lustre constitucional, que es la identidad constitucional.

Pero es un mito fundacional el de la Unión de valores y el de la solidaridad, estos dos mitos fundacionales, que también quieren combatir el paradigma propio de la Unión de los últimos 10 años, el de la austeridad.

¿Qué teoría jurídica puede asistir a esta idea de la Unión de valores? Ya no utilizamos los derechos subjetivos, sino que estamos utilizando otra categoría jurídica con muchísimo abolengo, que son los valores, que ya sabemos que su problema es la justiciabilidad, que, de algún modo, la comisión y el Tribunal de Justicia lo han encarrilado de un modo razonable, pero los valores tienen una normatividad distinta.

En primer lugar, como dice el profesor Peter Häberle están destinados para los ciudadanos antes que para los aplicadores. Pero, además, todos lo sabemos, necesitan ser desarrollados institucionalmente. Aquí viene un problema importante: el desarrollo institucional de los valores se produce en la propia Constitución o, en su caso, en la política constitucional, normalmente reservada a fuentes con especial mayoría. Vamos a ver que esto no ocurre así en la Unión, y plantea un problema.

¿Cuál es la teoría político-constitucional que puede sostener la idea de una Unión de valores? Aquí ya no me planteo la comprensión constitucional del Estado de derecho, que está claro. El verdadero problema constitucional es por qué la Unión tiene potestades para intentar enmendar las decisiones de los Estados miembros.

Creo que no son suficientemente convincentes las tesis de la comisión. La cooperación leal es más bien una consecuencia, más que un presupuesto explicativo. La idea de la confianza mutua es débil, se ha dicho también aquí. Nosotros mantenemos relaciones comerciales con Estados nítidamente autoritarios, y no por ello se quiebra la confianza mutua.

Realmente nos quedan dos explicaciones. La explicación clásica, si miramos a los Estados federales, es la de la primacía política del centro. En esto, por ejemplo, por tomar un caso ajeno al nuestro, en Estados Unidos se acepta la cláusula de homogeneidad en los poderes de la federación, porque políticamente está por encima de los Estados.

¿Está la Unión en esa situación de preeminencia política? Es dudoso. De manera que solo nos quedaría una explicación, que yo sé que es débil, por la cual volveríamos a esa idea de que existen unos valores a los que les asiste la razón pública. Son valores universales per se. Por decirlo de algún modo, no necesitan justificación, y esto activaría la actuación de la Unión Europea.

¿Cómo? Porque la Unión Europea, en principio, carece de esta distribución. Lo hemos visto claramente en las sesiones anteriores. Se está generando un poder de ejecución que se aparta de la concepción clásica que manejamos, se está concentrando en el poder financiero como el poder de ejecución que permite imponer o que permite trasladar, mejor dicho, los valores de la Unión.

Esta sería la primera transformación que creo que suscita dudas para poder responder, que ya advierto, voy a dejar abierta la pregunta que enmarca mi ponencia.

La segunda es el paso de una Unión sin Constitución a una Unión con política constitucional. El fracaso del tratado constitucional dejó muchas dificultades. Se veían en la primera sesión de todas. Se intentó una legitimidad que replicase los procedimientos de aprobación de las constituciones estatales, y se fracasó. Se intentó buscar la legitimidad con contenidos similares a las constituciones, y esos contenidos simbólicos y conceptuales han desaparecido.

Pero, claro, las crisis han llevado a una búsqueda de la redefinición constitucional de la Unión, y se ha hablado de ello suficientemente. Por un lado, está la solidaridad, que ha quedado clara; y, por otro, nos encontramos la definición en la defensa de los valores de la Unión.

¿Qué ocurre? Que la Unión, sobre todo, se está viendo en el mecanismo del Estado de derecho, realmente está declinando los valores en estándares. Yo creo que hay un ejemplo muy interesante en la independencia de la Fiscalía. En los Estados Unidos se entiende que el fiscal es dependiente del Gobierno porque desarrolla su política, y la protección de los derechos fundamentales está exclusivamente en manos de los jueces.

Pues bien, en el desarrollo de los estándares del concepto de Estado de derecho se toma una opción en Europa, y se defiende que la Fiscalía tiene que ser independiente, en cualquier caso, de los Gobiernos, por no hablar del modo en el que se han de elegir los órganos de que organizan el Poder Judicial.

Lo que ocurre es que esta política constitucional, esta categoría de la política constitucional, que la distinguimos de la jurisdicción constitucional que marca límites, y la distinguimos de la Constitución, porque precisamente la función de la política constitucional es afrontar aquellos problemas que no pudieron cerrarse en una Constitución, para lo que creamos fuentes de mayoría reforzada, y el propio tratado tiene ejemplos, como el marco financiero plurianual o la decisión de recursos propios.

Normalmente nos llaman a procedimientos con una especial legitimidad democrática, pero aquí el estándar de lo que es el Estado de derecho lo ha fijado la comisión. Si durante mucho tiempo hemos criticado que la identidad nacional la intentase fijar un Tribunal Constitucional, ahora nos encontramos con que la alternativa es que los valores constitucionales de la Unión los fija la comisión.

Es verdad que los fija apoyándose en las elaboraciones que hace la Comisión de Venecia y que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero, desde luego, no responde a una concepción clásica de cómo han de declinarse los valores constitucionales.

Al final, parece que nos encontramos con una paradoja democrática, y esto es habitual en el proceso de integración. Por un lado, tenemos las mayorías de algunos Estados, que se definen constitucionalmente chocando a priori con esos valores; y, por otro lado, tenemos la Unión Europea, que define esos valores sin un procedimiento democrático al uso.

Tendríamos un choque entre la democracia sustancial y una suerte, por decirlo de algún modo, de democracia procedimental, y es aquí donde llego al final, por el principio. Visto este panorama, la pregunta es si la apuesta por una defensa política de la constitucionalidad de la Unión tiene recorrido, o no.

Muchas gracias.