

# LAS TAREAS PÚBLICAS EN LA UNIÓN EUROPEA (\*)

Por ANTONIO LÓPEZ PINA (\*\*)

## SUMARIO

1. IDEARIOS Y AGENTES EN EL CAMBIADO ESCENARIO: 1.1. LA ARMADURA COMPETENCIAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE EUROPA. 1.2. LA PUGNA ENTRE EL PROYECTO NEO-LIBERAL Y LAS RESISTENCIAS AL MISMO: 1.2.1. *El Estado heredado de los años setenta como punto de partida.* 1.2.2 *El asalto al Estado social y las resistencias a su desmantelamiento.*—2. EL ORDEN POLÍTICO EUROPEO EN CIERNES: 2.1. EL ACUERDO DE AMSTERDAM. 2.2. HACIA UNA NUEVA DOGMÁTICA: 2.2.1. *Las tareas públicas:* 2.2.1.1. La garantía de los derechos fundamentales. 2.2.1.2. El desarrollo de la potestad pública de regulación. 2.2.1.3 La mediación pública de los intereses y valores presentes en la Sociedad. 2.2.2. *El principio democrático.*—EPÍLOGO.

Construir Europa es el afán de esta hora. Nuestro problema consiste en saber, cuál pueda ser bajo las cambiadas circunstancias en el orden

(\*) Las reflexiones expuestas se han beneficiado de un seminario en el Istituto di Diritto Pubblico, Università *La Sapienza*, Roma, bajo la dirección de Alejandro Pace, y de un debate en casa de Rainer Wahl, Friburgo de Brisgovia, a invitación del mismo. Se agradecen las observaciones de Alberto Bercowitz, Ernesto - W. Böckenförde, Carlos de Cabo, Guillermo de la Dehesa, Manuel Díez de Velasco, Luis Gómez Llorente, Ignacio Gutiérrez, Pedro Häberle, Conrado Hesse, Hasso Hofmann, Felipe Kunig, Landelino Lavilla, M. Reiner Lepsius, Fernando Morán, D. Murswiek, Alfonso Ortí, Alejandro Pace, Ingolf Pernice, Federico Schoch, Jorge Schwarze, Rainer Wahl, Tomás Würtemberger y José M.<sup>a</sup> Zufiaur.

Manuscrito cerrado el día 31 de enero de 1998.

(\*\*) *Cátedra Jean Monnet* de Cultura Jurídica Europea, Universidad Complutense.

político en construcción la distribución formal del poder público y su sentido y fin. El Estado y sus cometidos no pueden por menos de reflejar los cambios producidos. La transformación del Estado se refleja en el planteamiento de nuevas tareas —a las que tampoco ha sido inmune la propia arquitectura del Estado de Derecho, tal como lo conocíamos hasta muy recientemente (1). Pero además, el Estado que era el protagonista histórico dominante, se ha visto desde los años setenta (2) inmerso en una serie de procesos que lo desbordan. En tal coyuntura, no admirará al observador con perspectiva histórica que el Estado se haya propuesto en Europa concurrir concertadamente con otros a la configuración de poder público en forma de una Comunidad supraestatal. Ello ha comportado no sólo una distribución de competencias entre los Estados y la Comunidad (3) tan fluida que no resulta posible un juicio jurídico determinante sobre la titularidad y responsabilidad de las mismas, sino asimismo cierta autonomización de las autoridades comunitarias en el ejercicio de las mismas con menoscabo del control del proceso por los Estados. En consecuencia, la relación entre tareas, competencias y titularidad de su satisfacción o ejercicio, tal como la conocíamos hasta muy recientemente, se ha visto trastocada. En ese contexto, los forcejeos y el debate doctrinal en torno a la distribución de facultades entre los Estados y la Comunidad Europea han sido de una viveza tal, que bien pudieran haber provocado el espejismo

(1) Las decisiones de la Administración han dejado de ser meros actos de ejecución; su acción sólo débilmente determinable por el legislador democrático, tiende a ser sustraída al control de los tribunales, autoalzándose el Ejecutivo a una condición de soberanía que creíamos haber dejado históricamente atrás; en fin, el poder judicial tiende a llenar el vacío dejado por el Parlamento y, en su caso por la Administración, sin que quepa certidumbre acerca de la relación última entre la responsabilidad, correlato de la decisión, y la capacidad de legítima coerción del Estado (*neocorporativismo*) (vid. A. LÓPEZ PINA, «Tareas del Estado y lugar de la ley» en *Democracia representativa y Parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, edición de A. López Pina, Madrid: Publicaciones del Senado, 1994)

(2) La *stagflation* de fines de los sesenta y comienzos de los setenta señaló el agotamiento del modelo fordista / taylorista de producción y distribución desde la perspectiva del capital. El alza de los precios del petróleo de 1973, la decisión del capital de cambiar el modo de producción en aras de la maximación del beneficio y el subsiguiente despegue de la revolución electrónica cambiaron radicalmente el marco económico en el que hasta ese momento se habían desenvuelto los Estados y las reglas de juego para éstos en el concierto internacional.

(3) Cfr. JARASS, HANS D., «Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 121, 1996.

no sólo de que el reparto de competencias sea la cuestión central, sino de que cuanto estaba en juego se reducía fundamentalmente al ejercicio de facultades y a la titularidad de las mismas. Sin embargo, una fuerte pugna de idearios distintos acerca de las relaciones entre Sociedad y orden político y del concepto mismo de libertad ha atravesado al mismo tiempo el frente del acervo competencial. Al incidir tal diversidad de elementos sobre el Estado, ha puesto literalmente patas arriba el orden constitucional de posguerra. De ahí que la elaboración de toda una dogmática de nueva planta esté escrita con rasgos de urgencia en el afán del día.

## 1. IDEARIOS Y AGENTES EN EL CAMBIADO ESCENARIO

La nueva construcción doctrinal tiene como punto de partida inexcusable la fase histórica que acabamos de dejar atrás. En la misma ha sido importante el debate en torno a la armadura competencial de la construcción de Europa. Ello constituye, sin embargo, sólo un primer frente, dado que simultáneamente han pugnado por imponerse dos visiones alternativas del buen gobierno. El planteamiento de uno y otro debe proveernos de la perspectiva necesaria para, a partir del Acuerdo de Amsterdam, avanzar algunos elementos calificados del orden político en ciernes.

### 1.1. LA ARMADURA COMPETENCIAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE EUROPA

Desde el Tratado de Paris (1951) la construcción de Europa ha sido concebida en términos de realización de objetivos (Preámbulo del Tratado CECA). La paulatina y necesariamente pragmática traducción de tales metas en Derecho y políticas comunitarias no ha discurrido linealmente y sin controversia; ello se explica, dado que la conformación de un orden supranacional debía ser conciliada con la preservación de los Estados.

La integración dirigida a los fines establecidos en los Tratados, primero, de crear un mercado común, y, a renglón seguido, de realizar la Unión Monetaria ha llevado la expansión comunitaria al campo de acción histórico de los Estados, dando lugar, de un lado, a consiguientes conflictos de competencia entre los mismos y la Comunidad Europea, y, de otro, simultáneamente, a la difuminación competencial de la responsabilidad pública por el bienestar de los ciudadanos. Pues bien, en un primer esta-

dio la distribución de competencias ha sido subordinada, con recurso a una interpretación finalista de las normas, al logro de los fines establecidos en los Tratados. Las diferencias entre nuestros Estados de Derecho nacionales, en los que las competencias tienen materias objetivas como parámetro, y la interpretación finalista por las instituciones comunitarias de las normas de competencia son estructurales. La concordancia de la definición objetiva de competencias entre el Derecho Comunitario y nuestros ordenamientos nacionales y la claridad mínima exigible sobre las tareas públicas y su titularidad devienen, *mientras* dure la actual transición, así, piedras angulares del desarrollo de la Unión. Adicionalmente, nuestras Sociedades se inquietan por el hecho de que la extraviada procura estatal del bienestar civil, no haya sido sustituida por una competencia europeo-comunitaria.

#### 1.1.1. *Las diferencias entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos nacionales*

En el proceso constituyente de Europa registramos de vez en cuando colisiones entre la Comunidad y los Estados, que traen causa de planteamientos estructuralmente distintos —sobre los que volveré más adelante— en torno a la producción del Derecho. Algunas sentencias de la *Corte Costituzionale* (4)

(4) Hasta la sentencia 183/1973, la *Corte Costituzionale* no aceptaba la primacía del Derecho Comunitario. La *Corte* consideraba que *las disposiciones precisas y particulares del Tratado de la Comunidad Económica Europea ofrecen una garantía segura, pareciendo difícil el planteamiento —en abstracto— de un caso en el que un reglamento comunitario pudiera incidir en relaciones civiles, ético-sociales o políticas en un sentido opuesto a la Constitución italiana*. De todas maneras, la *Corte* se reservaba la competencia para juzgar, en su caso, sobre tan delicadas materias: *quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi ...*

Hay que esperar hasta la sentencia 170/1984, el denominado fallo *La Pergola*, para registrar un reconocimiento explícito del primado de aquél sobre el Derecho nacional italiano.

En el caso *Fragd*, as. 232/1989, Sentencia de 21 de Abril de 1989, *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1989, la *Corte* apuesta por una posición intermedia: *... el ordenamiento comunitario prevé un amplio y eficaz sistema de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los particulares ... no siendo menos cierto que los derechos fundamentales derivados de los principios comunes a los ordenamientos de los Es-*

y del *Bundesverfassungsgericht* (5) en las que se reservan la garantía de los derechos fundamentales, tienen origen en la autoidentificación de aquéllos como custodios del patrimonio jurídico de los ciudadanos. Al paso del tiempo, tales reservas bien no han sido puestas en juego, en Italia, bien han sido suspendidas —sentencias *Solange-II* y *Maastricht-Entscheidung*—, en Alemania. El caso es que, desde 1993, el conflicto con el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha desplazado de la garantía de los derechos a la distribución de competencias. Con ocasión de la *Maastricht-Entscheidung* cabría pensar en un triunfo en el seno del *Bundesverfassungsgericht* de las posiciones *supuestamente* conservadoras de Kirchhof —a decir verdad, no sin el asentimiento de la Segunda Sala y, en concreto, de los Magistrados Böckenförde y Mahrenholz. Y, sin embargo, en 1995 y 1996, Grimm, reconocido portavoz de las posiciones progresistas dentro de la *Staatsrechtslehre*, se pronunció en términos semejantes (6). Pues bien, la mayoría de las críticas (7), parcialmente certeras, no ha-

*tados miembros constituyen, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, parte integrante del ordenamiento jurídico. Pero ello no debe ser interpretado en el sentido de que disminuya la competencia de esta Corte para verificar, mediante el control de constitucionalidad de las leyes de ejecución, si una norma del Tratado de la Comunidad Económica Europea, tal cual interpretada y aplicada por las instituciones y órganos comunitarios, no resulte contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o no atente contra los derechos inalienables de la persona. En buena lógica ello es altamente improbable pero nunca excluible.*

(5) BVerfGE 89, S. 155 - 213 Sentencia de 12 de Octubre 1993

(6) Cfr. D. GRIMM, «Vertrag oder Verfassung. Die Rechtsgrundlage der Europäischen Union im Reformprozess Maastricht II», in D. GRIMM; J. J. HESE; R. JOCHIMSEN; F. W. SCHARPF, *Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996 / 97*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997; id., *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *Juristen Zeitung*, Nr. 12, 16. Juni 1995 (hay versión en lengua española, ¿Necesita Europa una Constitución?, en *Debats*, n.º 55, Marzo 1996).

(7) Cfr. A. BLECKMANN / S. U. PIEPER, «Maastricht, die grundgesetzliche Ordnung und die "Superrevisionsinstanz"», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993; U. EVERLING, «Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht Urteil», in *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, A. Ranzelzhofer; R. Scholz; D. Wilke (Hrsg.), München: C. H. Beck 1995; J. A. FROWEIN, «Das Maastricht Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 54 / 1, 1994; K. HESSE, «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Peter Häberle (Hrsg.), Tübingen: J. C. B. Mohr, 1998; «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», *Juristen Zeitung*, 6, März 1995; G. HIRSCH, «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?», *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 38, 18. September 1996;

cen justicia a mi parecer, a la parte de razón que asiste a Grimm no menos que a Kirchhof y al *Bundesverfassungsgericht*: las diferencias existentes entre la interpretación de las competencias de Bruselas, Luxemburgo y Karlsruhe dotan efectivamente de justificación a algunas de las reservas de aquéllos. Por lo que conviene profundizar en el sentido objetivo de tales reservas, desechando interpretaciones simplistas (8) o puramente subjetivas; evidentemente, los jueces constitucionales alemanes no merecen ser mirados con desconfianza, como si por interés corporativo estuvieran defendiendo el propio acervo competencial.

Durante las últimas décadas, el Tribunal de Justicia —no obstante la literalidad del art. 249 TCE (art. 189, en versión del Tratado de Maastricht)— reconoce bajo determinadas circunstancias *efectividad* a las directivas, con efectos de relegación del Derecho nacional y de dispensa de excepción al principio de legalidad. Más aún, el Tribunal de Justicia no se ha reducido a interpretar y aplicar Derecho, como reza el art. 220 TCE (art. 164, en versión de Maastricht). La idea del Tribunal de Justicia de sí mismo como *motor de la integración* ha dado vuelos desde los primeros tiempos a la creación judicial de Derecho, hablando algunos *Europarechtler* abiertamente de activismo judicial (9).

En la controvertida *Maastricht-Entscheidung*, el *Bundesverfassungsgericht* exigió un auténtico cambio de paradigma: si una ampliación dinámica de los Tratados vigentes se ha apoyado en un licencioso tratamiento del art. 308 TCE (art. 235, en versión de Maastricht) en el sentido de habilitación general, en la idea de competencias implícitas (*implied powers*) y de una interpretación dirigida a potenciar las competencias comunita-

---

H. P. IPSEN, «Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil», 1994; C. O. LENZ, «Der Vertrag von Maastricht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993; I. PERNICE, «Maastricht, Staat und Demokratie», 1993; J. SCHWARZE, «Europapolitik unter deutschem Verfassungsvorbehalt», *Neue Justiz*, 1994; H. STEINBERGER, «Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts» von Oktober 1993; ID., «Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», 1994; Ch. TOMUSCHAT, «Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993; M. ZULEEG, «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration», *Juristen Zeitung*, 1994; ID. «Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft», *Juristen Zeitung*, 1993.

(8) Cfr. Joseph WEILER, «Der Staat "über alles". Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Hrsg. Peter Häberle, Bd. 44, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1996.

(9) Cfr. Th. OPPERMAN, «Die Dritte Gewalt in der Europäischen Gemeinschaft», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994.

rias, en el futuro las instituciones y los órganos comunitarios habrán de tener en cuenta que el Tratado distingue entre el ejercicio de una competencia soberana y la reforma del Tratado. En consecuencia, la interpretación del Tratado nunca puede hacerse equivalente a una ampliación del Tratado: tal interpretación de las competencias no sería vinculante para Alemania (BVerfGE 89, 155 - 213).

El Tratado establece el principio de *limitadas habilitaciones específicas* (arts. 5 y 7 TCE; arts. 3 B; 4, en versión de Maastricht) ... que, la verdad, no fue en las últimas décadas tomado en demasía al pie de la letra. El Tratado de Maastricht se refiere expresamente tanto a la reforma (art. 48 TUE; art. N, en versión de Maastricht) como a una ampliación del Tratado (art. 37 TUE; art. K 9, en versión de Maastricht). De hecho, queda clara la distinción entre el desarrollo del Derecho en el marco de los Tratados y un ejercicio de la potestad normativa que transgreda sus límites, y que no estaría así cubierto por el Derecho de los Tratados. Por más que se haya reconocido una autonomización jurídica e institucional de la Comunidad Europea, lo cierto es que no se la ha desvinculado de sus fundamentos jurídicos en los Tratados; de ahí que la Comunidad no pueda ir más allá de lo que establezcan las competencias otorgadas por los Estados-miembros, *señores de los Tratados* (10).

La inspiración finalista del Derecho Comunitario da cuño necesariamente a la estructura de sus normas de competencia: tales normas de competencia están en su gran parte orientadas funcionalmente al fin de la integración (sobre todo a la creación y al desarrollo de un mercado común, art. 14 TCE (art. 7 A, en la versión de Maastricht); y a la constitución de la Unión Económica y Monetaria (arts. 98 a 124 TCE; arts. 102 A a 109 M en la versión de Maastricht). En consecuencia, tales normas de competencia tienen su razón de ser en la función, sólo estando por tanto limitadas funcionalmente.

El conflicto con el orden competencial de nuestras Constituciones estatales referido a determinadas y delimitables áreas objetivas es evidente: las normas competenciales dotadas de un componente dinámico del Derecho Comunitario están al servicio de la realización gradual de los fines de la Comunidad; las normas de competencia de estructura estática de nuestras Constituciones tienen como fin la transparencia y moderación del poder. Nada evidencia mejor las diferencias fundamentales entre ambos

(10) Cfr. U. EVERLING, «Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Herren der Verträge», *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995.

ordenamientos jurídicos que los divergentes enunciados judiciales sobre la relación jurídica entre tarea y competencia: si para el Tribunal de Justicia, cuando una norma del Tratado atribuya un objetivo, fin o tarea determinada a la Comunidad, hay que partir de la idea, de que le otorga necesariamente las competencias indispensables para la realización de tal cometido; para el *Bundesverfassungsgericht* en cambio no es correcto inferir competencias de la mera existencia de una tarea.

Es decir, la idea de competencia inherente al Tratado resulta estructuralmente incompatible, con el concepto que nuestras Constituciones tienen de las competencias. Las cláusulas generales de habilitación (arts. 95 y 175 TCE; arts. 100 A, 130 S, en la versión de Maastricht) y la cláusula de general versatilidad competencial (habilitación comodín) del art. 308 TCE (art. 235, en versión de Maastricht), bajo el expediente del *effet utile*, desatan una dinámica autónoma que no conoce límites, desbordando cualquier régimen de *limitadas habilitaciones específicas* (11). Tal combinación de elementos de Derecho Comunitario coloca a la Comunidad en la situación, de legislar de forma tan omnicompreensiva como lo haría el legislador de un Estado federal (12); peor aún, la *unidimensionalidad* del Derecho Comunitario (13) interpretada por los jueces de Luxemburgo no

(11) Cfr. HILLGRUBER, «Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH - Hat Europarecht Methode?», in *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, von Danwitz (Hrsg.), 1993.

(12) Cfr. V. GÖTZ, «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien - Gemeinschaft und Staat», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992.

(13) La unidimensionalidad del Derecho Comunitario es de naturaleza estructural, material y competencial. En primer lugar, el ordenamiento y la dogmática jurídico-administrativos propugnan una compensación o un equilibrio entre los intereses individuales y el interés público. Un mandato de protección de los ciudadanos no menos que de acción pública subyace de forma inmanente a las estructuras fundamentales del Derecho Administrativo. Este doble mandato es desconocido para el Derecho Comunitario. En el mismo predomina sobre todo el proyecto de *imponer el interés comunitario*. La fijación hacia un objetivo, una meta, un fin funcional da lugar a una asimetría en las estructuras (Schmidt-Assmann, 1993). En tal sentido, cabe hablar de *unidimensionalidad estructural* del Derecho Comunitario.

En segundo lugar, la *asimetría estructural* ha sido reforzada por una *unidimensionalidad material*. Los Tratados impusieron el fin económico de la Comunidad (Ipsen, 1992). Ello no significa que el Derecho Comunitario no haya comprendido otros ámbitos existenciales; pero, en su caso, debido a sus implicaciones económicas — de ahí que las basuras, la radio y televisión y hasta incluso la interrupción legal del embarazo hayan sido abiertos por el Tribunal de Justicia a la regulación jurídico-comunitaria vía referencia jurídico-económica.

es ya que residualice a nuestros ordenamientos jurídicos nacionales, sino que puede incluso colocar a los ciudadanos en circunstancias de indefensión (14). De ahí que haya llegado el momento de que el proceso de integración evolucione de la habilitación funcional de tareas, conocida hasta Maastricht y Amsterdam, a la asignación objetiva por materias de competencias. Sin ese paso, la dinámica de integración da lugar a un embrollo de competencias desestabilizador para el acervo competencial de nuestros Estados, y distorsionador para el desarrollo mismo de la Unión; decididamente, tales características nunca serán buenos fundamentos para un orden comunitario en construcción que se quiere equilibrado y sólido.

En cuanto al Tribunal de Justicia de las Comunidades, voces autorizadas plantean que debe corregir la idea que tiene de sí mismo, y dejar de considerarse *motor de la integración*. Las mismas recomiendan así al Tribunal de Justicia reducirse en lo sucesivo al papel de *honesto mediador entre la Comunidad y los Estados-miembros* (15). De ello, podría resul-

---

En fin, ambas vertientes de *unidimensionalidad* del Derecho Comunitario se ven completadas por lo que Schoch denomina *unidimensionalidad competencial*. Es decir, el hecho de que principios jurídicos rúbrica operan ordinariamente a costa de los Estados-miembros: en caso de duda, el Tribunal de Justicia decide siempre a favor del Derecho Comunitario (Friedrich Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, *Juristen Zeitung*, 3, 3. Februar 1995).

(14) En el caso de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, el Derecho Comunitario ha conseguido derogar en la práctica los principios reconocidos y legalmente positivizados del Derecho nacional. La protección mediante suspensión de la ejecución [& 80.1 Verwaltungsgerichtsordnung (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)] dogmáticamente fundada por el *Bundesverfassungsgericht* en la tutela judicial efectiva del art. 19.4 GG resulta eludida mediante la extensión, por mor del Derecho Comunitario, de la orden de inmediata ejecutividad (& 80.1 Verwaltungsgerichtsordnung).

La asunción directa de criterios del Derecho Comunitario originario (art. 185 TCE) como parámetro decisivo del procedimiento de suspensión (& 80.5 Verwaltungsgerichtsordnung; & 69.3 Finanzgerichtsordnung, Ley de lo contencioso-financiero) relega en asuntos que tengan que ver con el Derecho Comunitario todo un sistema de tutela judicial que alcanza a más de la mitad de los litigios ante la jurisdicción contencioso-administrativa (Friedrich Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, op. cit.).

(15) Cfr. U. EVERLING, «Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit», in U. Everling; K. H. NARJES; J. SEDEMUND (Hrsg.), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht*, Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996; ID., «Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs», in *Reform der Europäischen Union. Materialien zur revision des Maastrichter Vertrages*, Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung, 1995.

tar una más estricta observancia del acervo competencial de la Comunidad; el Tribunal de Justicia podría tomar más en serio la competencia que le atribuye el art. 220 TCE (art. 164, en versión de Maastricht), y pronunciarse menos en términos de creación judicial del Derecho.

Cosa distinta es que estemos dispuestos a dar por válidas las pretensiones del *Bundesverfassungsgericht*, de erigirse en juez del ejercicio por la Comunidad Europea de sus competencias. Por supuesto, las instituciones comunitarias deben observar el Tratado y ejercer estrictamente las competencias transferidas mediante *limitadas habilitaciones específicas*; en caso de desmesura en el ejercicio de tales competencias, sin embargo, como han señalado Hesse, Hirsch, Everling y Frowein (16), únicamente compete al Tribunal de Justicia (arts. 220 y 234 TCE; arts. 164 y 177 en versión de Maastricht), juzgar sobre el particular.

### 1.1.2. *Difuminación de la competencia pública para el bienestar*

Con referencia a la distribución competencial, si bien desde distinto punto de vista, se ha referido Böckenförde recientemente (17) al problema estructural que supone, segregar de la política general como sector autónomo las cuatro libertades comunitarias de los *Marktbürger* —dotadas además por mor del Derecho Comunitario de primacía respecto del resto de políticas nacionales. El pleno despliegue de tales libertades eco-

(16) Cfr. K. HESSE, «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Peter Häberle (Hrsg.), Tübingen: J. C. B. Mohr, 1998; ID., «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», in *Juristen Zeitung*, 6, 17. März 1995; G. HIRSCH, «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?», in *Neue Juristische Wochenschrift*, 38, 18. September 1996; U. EVERLING, «Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht - Urteil», in *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, A Randelzhofer; R. Scholz; D. Wilke Hrsg., München: C. H. Beck, 1995; J. A. FROWEIN, «Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», *Europarecht*, H. 4, Oktober - Dezember 1995; ID., «Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Nr. 54 / 1.

(17) Cfr. E. - W. BÖCKENFÖRDE, *Welchen Weg geht Europa?*, München: Veröffentlichungen der Siemens - Stiftung, 1997; ID., «Wenn der europäische Stier vom goldenen Kalb überholt wird. Die Politik in der ökonomischen Falle: Wirtschaftliche Einigung schafft noch keine politische Solidarität», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Donnerstag, 24. Juli 1997.

nómicas desata una *Sociedad industrial capitalista de intensa competencia* no compensada por medidas sociales (18). Pero habida cuenta de la primacía del Derecho Comunitario, los Estados nacionales únicamente disponen hoy de una reducida facultad (regulación del mercado a efectos internos y tribunales o autoridades de la competencia) para tal fijación de límites y para llevar a cabo una política de creación de contrapesos a las estrategias del capital —por más que los Estados continúen siendo *competencialmente* capaces de iniciar una política económica activa, de regular las relaciones laborales y de poner en práctica políticas sociales de redistribución.

Ello trae a primer plano un importante problema de difuminación competencial: al Estado corresponde la omnicompetencia y la plena responsabilidad para el bienestar de los ciudadanos que mediante el *plebiscito de todos los días* deciden dotarse de unidad política. Precisamente, merced a tal competencia y responsabilidad cabe al Estado compensar, crear las condiciones de libertad concreta para sus ciudadanos e integrarlos dentro de una determinada área territorial. Cuando, en cambio, del acervo competencial del Estado se segrega un sector que se autonomiza a continuación —como sucede con la transferencia de la potestad reguladora de la economía a la Comunidad Europea—, se produce una división tal de la procura del bienestar, que sin llegar a radicar en la Comunidad la necesaria plena responsabilidad y competencia de regulación, deja de tener por más tiempo como titulares a los Estados-miembros: aquélla carece de una competencia que vaya más allá de la economía; los Estados-miembros no pueden influir en la normativa comunitaria dirigida a realizar las cuatro libertades de los *Marktbürger*. Es decir, por virtud de los Tratados, los europeos hemos abdicado estos años de la unidad tan arduamente labrada entre territorio estatal, espacio económico y espacio social, en suma, de los fundamentos jurídicos para la economía social de mercado y el Estado del Bienestar (19). En tal circunstancia, no deja de ser llamativo que muchos ciudadanos continúen creyendo en la importancia del Parlamento y en el mantenimiento del *Welfare State*, exigiendo en consecuencia del propio Estado y de la política nacional, en cuanto electores (en Holanda,

(18) Cfr. A. LÓPEZ PINA, «Mercado e interés público en España. A vueltas con la Sociedad civil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Editorial Civitas, 1996.

(19) Cfr. F. SCHARPF, «Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt», in *Europäische Integration* Jachtenfuchs; Kohler - Koch (Hrsg.), 1996.

en Italia, en Inglaterra, en Francia y dónde no), la plena responsabilidad para su bienestar.

## 1.2. LA PUGNA ENTRE EL NEO-LIBERALISMO Y LOS PLANTEAMIENTOS DE RESISTENCIA AL MISMO

Los forcejeos y el debate en torno a la distribución de competencias hasta aquí descritos bien pudieran generar la impresión, de que se trata de la cuestión central a la hora de construir Europa. Sin embargo, por enconada que haya podido ser en algún momento la pugna entre la Comisión, el Tribunal de Justicia y los Estados o, en concreto, el *Bundesverfassungsgericht* y en la doctrina, sería engañoso pensar que a éso se reducía el problema de la integración europea. Simultáneamente, poderosos intereses privados y algún que otro proyecto público han entrado en escena atravesando el contencioso competencial o solapándolo en el intento de imponer el propio ideario: el cuestionamiento del Estado social planteado en paralelo con las demandas no ya de libertad de circulación de capitales y de desreglamentación de los mercados sino, paladinamente, de subordinación del poder público a la voluntad del poder económico y financiero han colocado en primer plano la pregunta de cuál sea el sentido mismo de la libertad.

### 1.2.1. *El Estado históricamente heredado de los años setenta como punto de partida*

Tales procesos tienen como telón de fondo al Estado en los umbrales del último tercio del siglo. Pues bien, el Estado social y democrático de Derecho ha sido la más avanzada proyección conocida hasta hoy de la Ilustración. En medio de los actuales y vertiginosos procesos de cambio —en los que ante los estragos de una *Wegwerfgesellschaft* toda memoria del *legado cultural* (20) siempre será poca— es importante para el futuro condensar cuál haya sido su razón de ser.

Rainer Wahl ha hecho oportunas precisiones (21) sobre lo que en tér-

(20) Vid. H. MAYER, *In den Ruinen des Jahrhunderts*; Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997

(21) Vid. RAINER WAHL, «Staatsaufgaben im Verfassungsrecht», in *Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.

minos de menor precisión dogmática pero clásicos proclama el art. 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: *el fin de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.*

De Forsthoff (1954) y Häberle (1962, 1972), Hesse (1978) y Schlink (1984), a Grimm (1988) y Böckenförde (1990) (22) han dado en el último medio siglo cuenta con posiciones encontradas, de cuál sea el contenido de los derechos fundamentales. No es éste el lugar para volver sobre tal debate. Más bien tiene sentido, servirnos de los derechos fundamentales como referencia, a la hora de prestar atención a la situación actual de las tareas públicas, al *extravío* de algunas y al surgimiento de otras nuevas. A tal efecto, cabe constatar que el tiempo histórico no ha pasado en vano, y, según jurisprudencia consolidada y el parecer mayoritario de la doctrina, la garantía de *los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento* comprende la procura de las condiciones institucionales para el ejercicio de aquéllos. Más aún, el Estado social de los años setenta no se ha conformado con garantizar a cada cual la posición que resulte del espontáneo juego de las libertades, sino que ha tratado de situarlo en el lugar que le corresponde de acuerdo con su dignidad. Al Estado inspirado por los derechos compete no sólo la intervención que mira a restaurar el orden perdido, sino también la configuración misma de un orden justo y la prevención de los riesgos que puedan amenazarlo. Ello ha supuesto una extensión del ámbito de la reserva de ley mediante nociones que, como la garantía del *espacio vital efectivo* y de la *igual libertad*, vinculan la noción abierta de *reserva de lo esencial* (23) a una nueva comprensión de los derechos (Gutiérrez, 1998).

(22) Cfr. E. - W. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», in *Der Staat*, 1 / 1990; D. GRIMM, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in *recht*, Zeitschrift für Ausbildung und Praxis, Bern: Stämpfli & Cie, 1988; B. SCHLINK, «Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1984; K. HESSE, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Nr. 5, 1978; P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 30, Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1972; E. FORSTHOFF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 12, Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1954.

(23) Hasta muy recientemente había dominado el debate doctrinal la vinculación entre reserva de ley y legalidad de la Administración. Pero tal concepción de la *reserva* se ha evidenciado a efectos de intervención del Estado como insuficien-

La metamorfosis de las tareas del Estado cobra hoy particular relieve con la asunción de nuevas tareas como la prevención de riesgos o la procu-

te, por ejemplo cuando nos las tenemos que ver con regulaciones estatales, que sin ser calificables como *intervenciones*, tienen amplias consecuencias para los ciudadanos: casos de prestaciones sociales, medidas organizativo-institucionales, decisiones políticas del porte de autorización del uso civil de la energía nuclear o configuración jurídica de la radio y autorización de emisoras privadas.

Ya Rodolfo Smend había llamado la atención sobre las insuficiencias, para la parte orgánica de la Constitución, de la *reserva de ley* desde una estricta perspectiva de Estado de Derecho. Y así, mucho antes de que arraigara la *teoría de la esencialidad* (*Wesentlichkeitstheorie*) se impuso en la doctrina y en la práctica estatal alemanas la concepción de que las decisiones de importancia política debían, al margen del objeto de regulación, ser aprobadas por el Parlamento.

De esa forma se introducía un nuevo aspecto en el debate en torno a la *reserva de ley*, no reducible sin más a la clásica fórmula de legalidad o *reserva de ley* para la intervención. Rápidamente se evidenció la insuficiencia, para la vinculación a la ley de la Administración prestataria, de la perspectiva de Estado de Derecho. Hoy se hace cada vez más evidente, que la *reserva de ley* ha alcanzado dimensiones, a las que no cabe hacer justicia mediante meros retoques de la doctrina tradicional. En ese sentido las necesidades de regulación legal presionan, para que se reconozca el componente democrático de la *reserva de ley*. Es decir, lo que se plantea es, el recurso a la *reserva de ley* cual *reserva de Parlamento* cuando respecto de ciertas materias o asuntos se suscita el dilema, de si sería correcto tramitarlos mediante decreto ministerial, o si se requeriría una ley formalmente aprobada en Parlamento (BVerfGE 58, 257). Tal formulación implica que debe darse una relación de funcionalidad entre contenido, importancia y significado de una regulación, por un lado, y composición, legitimación y procedimiento del órgano, por otra parte.

Dada la homogeneidad política entre mayoría parlamentaria y Ejecutivo, la *reserva* no se plantea hoy en el sentido de garantizar ante una eventual usurpación por el Ejecutivo competencias al Parlamento. La *reserva* requiere del Legislador que haga uso real de las competencias, que conforme a la Constitución exclusivamente *le corresponden*, y que no abandone las mismas al Gobierno, abdicando de la propia responsabilidad o por razones de oportunidad.

Desde la perspectiva del principio democrático la *reserva de ley* exige al Parlamento que haga frente a sus tareas legislativas. Esta nueva versión de la *reserva* reza sencillamente, que *el Legislador está obligado a adoptar en materias fundamentales todas las decisiones esenciales* [BVerfGE 49, 89 (126)].

Lo esencial corresponde al monopolio de decisión del Legislador. El Parlamento está obligado a regular. De ahí que no quepa que el Legislador confíe o abandone a otros órganos el ejercicio de las propias potestades normativas. La interdicción de delegar y el mandato de densidad reforzada de delegación —núcleo de la *reserva de Parlamento*— deben tener como efecto, *excluir* que —mediante delegación abierta o encubierta vía cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados— se incumplan las tareas legislativas que corresponden constitucionalmente al Parla-

ra de la competitividad para la economía nacional en los mercados internacionales y la regulación de los procesos privatizadores y del mercado. En efecto, habida cuenta de los riesgos asociados al progreso científico-técnico, se ha añadido la *garantía de futuro* (24) como la más reciente versión de la *seguridad* (25). El empleo de nuevas técnicas —nuclear, informática, ingeniería genética, nuevas sustancias químicas— genera riesgos que hacen aparecer como livianos los efectos marginales de la primera revolución industrial. En tal contexto, se demanda crecientemente del Estado que no reaccione únicamente en caso de accidente, catástrofe o crisis, sino que anticipe posibles derivas erráticas neutralizándolas en su origen. Se trata de prever posibles consecuencias de acciones y de desarrollos científicos y técnicos actuales, y de prevenir que no sólo las actuales generaciones sino asimismo las futuras sean defendidas de los lastres y peligros asociados a los mismos —digamos, de la eliminación de residuos nucleares, de agresiones al medio ambiente amenazadoras para la existencia o de eventuales efectos contraproductivos de la biogenética. La *prevención de riesgos* deviene así una tarea pública prioritaria (26).

Además de ello, y como correlato de la tercera revolución industrial, registramos durante las dos últimas décadas una creciente atribución al Estado como tarea de la *procura de la competitividad internacional* (27) de las economías nacionales. A lo largo de los años ochenta se ha tendido a asignar al Estado un papel decisivo en la promoción de competencia técnica, transferencias tecnológicas e innovación. A medida que ha ido aumentando la exposición a la concurrencia internacional de las economías nacionales, los Estados han ido desplazando su política industrial de sectores en declive a la promoción de nuevos sectores. En el contexto de la llamada *globalización*, la Sociedad solicita la acción estatal para fomento de la propia competitividad.

mento. La *reserva de Parlamento*, resultante de la teoría de la *esencialidad*, delimita constitucionalmente el ámbito de decisión, cerrado a una delegación al Ejecutivo, competencia exclusiva del Parlamento.

(24) Cfr. U. BECK, *Die Risikogesellschaft*, 1986.

(25) Cfr. E. DENNINGER, «Der Präventions-Staat», *Kritische Justiz*, H. 1, 1988; D. GRIMM, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986.

(26) Cfr. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat*, 1980; U. BECK, *op. cit.*

(27) Cfr. BOB JESSOP, «Veränderte Staatlichkeit. Veränderungen von Staatlichkeit und Staatsprojekten; Politik in der Ära Thatcher: Die defekte Wirtschaft und der schwache Staat». Dos contribuciones del mismo autor publicadas en *Staatsaufgaben*, Dieter Grimm (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.

Apenas instalados en esos logros históricos asistimos al asalto al Estado social y a la subsiguiente privatización de tareas administrativas.

1.2.2. *El asalto al Estado social y las resistencias a su pleno desmantelamiento*

El Estado social de Derecho culminó a lo largo de los años setenta los procesos emancipatorios abiertos con la reforma electoral inglesa de 1832 y la revolución continental de 1848. Con las variaciones histórico-culturales y matizaciones de rigor, la *igual libertad* era una aspiración plausible para la generalidad de la población.

Ciertamente, el Estado del Bienestar no dejaba de acusar algunas máculas: corporatismo de las reivindicaciones sindicales, defensa de intereses adquiridos, falta de estímulo para la autotutela o si se quiere una cierta incitación a la dependencia, vicios de la Administración, fraude, etc., por no mencionar los crecientes problemas de su financiación. A ello se añadiría su aceptación a regañadientes por el capital, que consideraba como atentado a sus beneficios un sector público que rondaba en torno al 50 % del Producto Interior Bruto. Su reacción no se iba a hacer esperar. Arrancando de Estados Unidos y de Inglaterra, el capital desató una formidable estrategia de redistribución de recursos, desreglamentación de mercados, privatización de toda relación económica, social, política, personal, desestabilización de instituciones bajo el principio de *winner-take-all markets*, que debía someter tanto el sector público como el privado, la totalidad de la existencia a la lógica del mercado y del beneficio.

El discurso liberal-conservador es conocido: *privatícese todo; abandónese las grandes empresas y el mercado a su autoregulación; confíese toda relación humana a la lógica mercantil y ... tendremos el mejor de los mundos. Con independencia de cuál sea el problema, su solución pasa por fomentar el individualismo, y evitar la iniciativa pública o el desarrollo de instituciones públicas. Estas comportan gasto público, y lo que es peor, impuestos. Gravar con impuestos la actividad económica es el peor de los males. Si nuestras instituciones públicas no pueden ser plenamente privatizadas, deberán ser reformadas conforme a los patrones del sector privado. Es perverso regular las actividades económicas del sector privado. La regulación pública del mercado supone tanto como dirigir la conducta privada en formas no voluntariamente elegidas. Cuando en el*

*mejor de los casos pudiera tener algún efecto benéfico, supone una intervención intolerable en la acción libre de empresas e individuos.*

La idea economicista de la libertad —más precisamente, de la libertad de contrato— es la médula del argumento. El contrato privado tiene potencialidades salvíficas, estando obligado el Estado a hacer cuanto en su mano quepa para que la negociación privada determine la existencia de los individuos. *Las desigualdades de poder, de conocimiento, de capacidad financiera, sociales son exclusivamente responsabilidad individual.* El resto del discurso y la práctica política durante las dos recientes décadas son sólo consecuencia de tal premisa mayor.

Tal discurso no sólo ganó el debate hasta el extremo de ser reconocido con el sobrenombre de *pensamiento único* (28), sino que obtuvo electoralmente en Estados Unidos, en Inglaterra, pero también eventualmente en Francia las consiguientes mayorías. Más aún, el Tratado de Maastricht y cierta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (29) no son sino el ex-

---

(28) Cfr. J. ESTEFANÍA, *Contra el pensamiento único*, Madrid: Santillana, S. A., Taurus, 1997; I. RAMONET, *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Madrid: Editorial Debate, 1997; P. INGRAO; R. ROSSANDA, *Appuntamenti di fine secolo*, Roma: manifesto libri srl, 1995; J. F. MARTÍN SECO, *La farsa neoliberal*, Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1995.

(29) Durante un largo período ciertos preceptos han tenido fuerza determinante para el Tribunal de Justicia: *principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia* (art. 3A TCE); *los Estados miembros adecuarán progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que ... quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado* (art. 37 TCE); las normas por demás rigurosas sobre la competencia (arts. 85 y ss. TCE) con explícita previsión de aplicación a las empresas públicas (art. 90.1 TCE).

Ello explica que para el Tribunal de Justicia las basuras sean una mercancía en el sentido del art. 30 [STJCE, 9.07.1992 - as. C - 2/90 *Comisión / Bélgica* (Rec. 1992, p. I - 443)], la radio-televisión sea materia de la libertad de circulación de servicios conforme al art. 59 [STJCE, 18.06.1991, *ERT / DEP*, as. C - 260 / 89 (Rec. 1991 p. I - 2925)] y la interrupción médica del embarazo un servicio en el sentido del art. 60 [STJCE, 4.10.1991, *Society for the protection of unborn children Ireland / Grogan ea.*, as. C - 159 / 90 (Rec. 1991 p. I - 4685)].

Una ruptura con la jurisprudencia precedente vienen a suponer los *casos Corbeau* (el servicio público belga de Correos) y *Amelo* (el servicio público holandés de suministro de energía eléctrica), en los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades mostró especial sensibilidad para los servicios públicos, hasta entonces considerados como meros servicios sometidos a la libre competencia de la economía de mercado:

pediente de tal acometida liberal, con resultados que hasta las reformas holandesas (1983-1996), el debate electoral británico (abril 1997), las recientes elecciones francesas (junio 1997), y las cumbres de Amsterdam (junio 1997) y Luxemburgo (noviembre 1997) han tenido en Occidente una única dirección. Consagrados tales planteamientos en las libertades económicas (arts. 39-60 TCE; arts. 48-73 H en versión de Maastricht) y la garantía de la competencia (arts. 81-89 TCE; arts. 85-94, en la versión previa) del Tratado de Maastricht, no podían por menos de provocar consecuencias y reacciones. Un efecto general ha sido desatar una ola de privatizaciones de servicios públicos.

Inicialmente en Holanda, paulatinamente en Inglaterra y más polémicamente en Francia la controversia y la respuesta han sido políticas. Entre 1983 y 1996, Holanda ha ensayado una política económica y social apoyada en amplias bases de consenso social —Acuerdo de Wassenaar, de 1982— con éxitos espectaculares: crecimiento del empleo, reducción del paro, aumento de la renta *per capita*, reducción de inflación, déficit, gasto público y presión fiscal, reforma de la Seguridad Social con rebaja de cotizaciones empresariales y aumento de contribuciones de los trabajadores, disminución de costes laborales unitarios, reforma de prestaciones por desempleo, moderación salarial, flexibilidad laboral, desarrollo del trabajo a tiempo parcial; sistema de negociación colectiva intermedio entre el

*Se trata de examinar en qué medida una restricción a la competencia, o incluso la exclusión de toda competencia por parte de otros operadores económicos, es necesaria para permitir al titular del derecho exclusivo el cumplimiento de su misión de interés general, y en particular beneficiándose de condiciones económicamente aceptables.*

*A los efectos de este examen hay que partir de la premisa de que la obligación para el titular de esta misión, de asegurar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación de sectores de actividades rentables a sectores menos rentables y justifica, por ende, una limitación de la competencia, por parte de empresarios particulares, al nivel de los sectores económicamente rentables. [STJCE 19.05.1993, Proceso penal contra Corbeau, as. C - 320 / 91 (Rec. 1993 p. I - 2533)].*

*Restricciones a la competencia para otros agentes económicos son admisibles en la medida en que sean necesarias para posibilitar el cumplimiento de su tarea a la empresa encargada de la función de interés general. [STJCE 27.04.1994, Gemeente Almelo ea. / Energiebedrijs, IJsselmij as. C - 393 / 92 (Rec. 1994 p. I - 1477)].*

Tales fallos suponen una importante revisión de la anterior jurisprudencia; pero más allá de ello inspiran la corrección que supone la garantía de los servicios públicos (art. 16 TCE) del Tratado de Amsterdam. No deja de ser de interés, que el Magistrado español Díez de Velasco fuera ponente del caso Corbeau.

modelo británico, basado en la competencia, negociación salarial descentralizada en las empresas y alta flexibilidad para contratar y despedir, y el modelo comunitarista alemán, combinando la flexibilidad del británico con el alto grado de protección del alemán (30).

La Inglaterra, avanzadilla en Europa de las privatizaciones, comienza a reaccionar a sus excesos y a cuestionar políticamente la bondad de sus efectos: no está claro que la gestión privada sea por principio eficiente, ni por qué razón haya que imponer a las instituciones públicas una idea elemental, contable, exclusivamente lucrativa, privada de eficiencia. Desde luego, el gasto público y su cobertura mediante impuestos son necesarios para socializar los riesgos individuales. Más, la regulación pública es indispensable para un buen funcionamiento del propio mercado. En fin, la libertad no es reducible a la libertad de contrato —por otra parte, ilusoria a falta de condiciones materiales para la igualdad de oportunidades y de la preservación institucional de la libre competencia frente al abuso de posiciones dominantes.

Según el emergente discurso político alternativo inglés —que no es identificable sin más con un Gobierno Blair y un *New Labour*, vocados tan sólo a administrar mejor el legado ideológico de la Sra. Thatcher— no es aceptable por más tiempo la irresponsabilidad con que se produce el poder económico y financiero. Se impone una reforma del Derecho de sociedades que cambie el derecho de propiedad por acciones, lo responsabilice de las empresas, premie la programación y la investigación a largo plazo y haga transparente la gestión —atención a la legislación holandesa sobre *hostil take-over*. Hay que restaurar la estabilidad de las empresas y el *principio de la confianza* entre patronos y empleados, entre gestores e inversores, entre empresas y consumidores. La propiedad *obliga socialmente*: tanto respecto de los propios empleados y del medio ambiente como en lo concerniente al bienestar social de la comunidad. El lugar de las libertades económicas es el mercado; *pero sólomente el mercado*. Constituye una aberración del discurso liberal-conservador a la que hay que poner coto, imponer la lógica del contrato privado y de ciertos potentes grupos financieros no sólo al Estado y a los servicios públicos sino a la totalidad de la existencia personal (31).

En Francia, al modo que en Inglaterra, el debate en defensa de los

(30) Vid. G. DE LA DEHESA, «Aprender del modelo holandés», *Diario EL PAIS*, 12 junio 1997.

(31) Cfr. W. HUTTON, *The State to come*, London: Vintage, 1997.

derechos sociales ha sido predominantemente político. Pero se está yendo más lejos en la definición del antagonista y en la concreción de medidas. Se ha identificado como enemigo público al *capitalismo anglosajón* oponiéndosele político —mayoritariamente como alternativa una combinación de *capitalismo renano* (32) e iniciativa pública y decisión política. En las elecciones legislativas de Junio de 1997, únicamente la Izquierda ha podido convencer a los franceses de que adaptar Francia a la *globalización* y al progreso técnico no es necesariamente antinómico con el progreso social y la democracia. Desde Francia se cuestiona que Europa esté condenada sin más a reproducir el modelo anglosajón de capitalismo y de reducción de todos los procesos al mercado, y que no quepa sino aceptar que la mutación financiero-librecambiaria en curso suponga el fin del modelo social y democrático europeo.

Dejando atrás siglos de *colbertismo*, la Sociedad francesa ha asumido entretanto que el mercado es el instrumento más eficiente para la producción de mercancías; pero más de media Francia se ha levantado en bloque políticamente para negar que el mercado sea el instrumento adecuado para satisfacer necesidades —de la vivienda y la salud a la educación, el transporte y la Seguridad Social— que constituyen derechos de la persona, y que la política nada tenga que decidir al respecto.

Francia se acredita así en estos momentos como la gran defensora del modelo social europeo, del principio del servicio público, de la reagrupación de los ciudadanos en torno a la idea de *nación* y a la República y de la preservación del Estado como lugar de *representación de los intereses generales*. Desde este discurso político mayoritario francés únicamente Europa puede hacer frente al actual determinismo del poder financiero: *solamente una respuesta europea permitirá a las viejas naciones continuar en la carrera, ... el cambio de la situación económica y social se está decidiendo en Europa.*

A mayor abundamiento, el debate francés ha puesto el dedo en la llaga del ataque directo a la democracia inherente a la actual subversión financiero-liberal: el fundamentalismo monetarista de una inflación tendente a 0, la demonización del déficit presupuestario y del gasto público, la renuncia a la iniciativa pública y a la reglamentación del mercado con insensibilidad para el crecimiento, el empleo y los derechos sociales, postulados defendibles *en principio* de acuerdo a la teoría económica neoclásica.

(32) Cfr. M. ALBERT, *Capitalisme contre Capitalisme*, Paris: Éditions du Seuil, 1991.

sica, vacían en la práctica a los Estados de sus competencias, exponen a grandes masas a la pérdida de las condiciones materiales de la libertad y recortan sensiblemente la democracia. Más aún, las Sociedades en las que la democracia sea impotente de movilizar a los ciudadanos para recuperar la capacidad de decisión pública y la responsabilidad política de los procesos económicos y sociales, se verán inermes a la hora de hacer frente a los actuales desafíos (33).

En España acusamos todas las secuelas de la actual situación. Sin embargo, no hemos tenido hasta hoy un debate político de corte inglés o francés. La política de privatización de servicios públicos no es bajo el actual Gobierno *popular* (1996-...) menos pragmática y contradictoria que en los años *socialistas* (1982-1996). Al hacer balance, se evidencia que el debate sobre las privatizaciones ha sido un espectáculo en falso, al escamotear la cuestión fundamental de cómo ejecutar las tareas del Estado. Nuestra legislación ha configurado las empresas públicas como entidades que ajustan su actividad al Derecho Privado. Y dado que el marco normativo de la ejecución de las tareas públicas acaba afectando a su misma naturaleza, la legislación reciente está dando lugar a una privatización de los objetivos perseguidos por las empresas públicas.

## 2. EL ORDEN POLÍTICO EN CIERNES

Al abrir el Acuerdo de Amsterdam la actual fase, sirve a modo de broche de cierre del estadio histórico previo. Es a partir del Derecho *originario* consolidado en Amsterdam como estamos llamados a continuar la construcción de la *casa común*. En ese sentido, condensaremos los resultados de la cumbre de Junio de 1997 para a renglón seguido avanzar, de un lado, algunas tareas públicas especialmente significativas y, de otro, cuál sea el lugar del principio democrático como pilares del orden político naciente.

### 2.1. EL ACUERDO DE AMSTERDAM

Visto desde España no deja de ser de interés que, justo cuando el programa de liberalización, con el que el Gobierno *popular* continúa la polí-

(33) Por todos, cfr. *Le Monde, Nouvelle Observateur* ediciones de 1997.

tica iniciada por los *socialistas*, alcanza velocidad de crucero, en lo concerniente a la política de empleo, la política social, la apuesta contra toda suerte de discriminación y exclusión social y la garantía de servicios públicos se produzca en Francia y, por reflejo, en la Comunidad Europea una significativa nueva toma de posición. Hasta tal extremo ha debido el mimetismo impuesto del llamado *modelo anglosajón* violentar a nuestras sociedades europeas, que en Amsterdam registramos una importante corrección. El viraje de Amsterdam, del que a continuación damos cuenta, tiene tanta mayor envergadura cuanto que el ordenamiento fundamental de la Unión es simultáneamente un orden de valores. Si hasta Amsterdam aspiraba Europa a conseguir la competitividad necesaria para el mercado común, desde ahora le viene impuesta una procura social sin la cual se piensa que aquél estaría condenado a fracasar.

Primero de todo, merece especial realce la inserción en el Tratado de Amsterdam del Título VIII sobre Empleo (arts. 126-128) y del Título IX sobre Política social, igualdad de oportunidades, no discriminación y combate de la exclusión social (arts. 136-145). Los mismos conllevan además cambios significativos de procedimiento: el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo adoptará por mayoría cualificada orientaciones para las políticas nacionales de empleo, y en su caso, hará recomendaciones a los Estados-miembros. El Consejo puede adoptar medidas incentivadoras de fomento de la cooperación entre los Estados-miembros y de apoyo a la acción de los Estados en materia de empleo (34). Al respecto, no faltarán quiénes lamenten que se trate de meras disposiciones programáticas sin dotación financiera *ad hoc* ni garantía judicial. La crítica desde posiciones maximalistas pierde sin embargo fuerza, tan pronto como vemos concretarse en la garantía sobre los servicios públicos el orden de valores comunitario que inspira la reciente normativa:

*Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 77, 90 y 92, y dado el lugar de los servicios de interés económico general en los valores compartidos de la Unión así como su función a efectos de promover cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados-miembros procurarán que tales servicios operen sobre la base*

(34) Cfr. M. HILF, «Amsterdam - Ein Vertrag für die Bürger?», *Europarecht*, H. 4, Oktober - Dezember 1997; Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Institucionales, Ponentes Srs. Méndez de Vigo; TSATSOS, *Proyecto de Informe sobre el Tratado de Amsterdam*, , DOC ES/PR/337/337565 PE 223.314/B/rev.

*de principios y condiciones que les permitan realizar su misión*  
(art. 16 TCE).

Tal disposición, en relación con las más arriba indicadas, confirma en el plano europeo la procura existencial como tarea pública: si bajo el Tratado de Maastricht la garantía de los servicios públicos como traducción de la vertiente institucional de los derechos fundamentales tenía lugar a reserva de la libertad de circulación de capitales y la libre competencia, después del Acuerdo de Amsterdam la libertad de circulación de capitales y la libre competencia se ven limitados por la centralidad del empleo y de la política social y la garantía de servicios públicos para la política económica como condiciones materiales del ejercicio de los derechos.

De todos modos, aún cuando el nuevo Tratado refleje una mayor sensibilidad social que el de Maastricht, haya extendido a ciertas políticas sociales el procedimiento de decisión por mayoría en el Consejo y de codecisión con el Parlamento del art. 251 TCE (art. 189 B, en versión de Maastricht) y haya atribuido a la Comisión facultades para coordinar acciones de los Estados-miembros (art. 197 TEC; art. 140, en versión de Maastricht), *todavía* no cabe registrar más que un giro, un cambio de tendencia sin mayor alcance que la mera coordinación e incentivación: las políticas de empleo y protección social continúan siendo competencia de los Estados y, *last but not least*, la dotación económica —sin perjuicio de los fondos del Banco Europeo de Inversiones— se mantiene en los márgenes presupuestarios vigentes.

No obstante, no resulta sino consecuente con lo anterior, que el Gobierno francés haya impuesto al resto de los Estados miembros un marcado acento en los arts. 98 y 99 TCE (arts. 102 A y 103, en versión de Maastricht), a efectos de conformar una *columna* de Gobierno económico (*pôle économique*), un *euro-consejo* —y logrado su creación en el Consejo Europeo de Luxemburgo de Diciembre de 1997—, con los que contrapesar la autonomía monetaria de la Banca Central Europea. Una política económica que refuerce la convergencia en materia de crecimiento y de empleo tiene que ver con el mercado de trabajo, con las rentas, la fiscalidad, la formación profesional, la investigación. Conforme al proyecto francés, cada año, dos meses antes del Consejo Europeo de Junio, la Comisión deberá evaluar la situación económica y proponer orientaciones para el año siguiente. Tal documento será debatido en un primer momento por los Ministros de Hacienda y de Trabajo, y a renglón seguido por el Parla-

mento Europeo. Finalmente, el Consejo dispondrá del Informe final de la Comisión a partir de las consultas celebradas. Al denominado *Euro-X* queda reservada a tenor del Tratado la decisión sobre materias tan delicadas como el tipo de cambio de la moneda europea, las sanciones contempladas en el Pacto de Estabilidad a los países que no mantengan rigor en sus finanzas públicas en el futuro y la representación exterior del *euro*.

Precisamente por la importancia que en la cultura jurídica europea tiene el principio democrático, al que a continuación haremos referencia, merece ser subrayado que las innovaciones de Amsterdam responden al deseo de recoger aspiraciones de los ciudadanos y de hacer frente a cierto desencanto de la opinión pública respecto de la construcción europea.

## 2.2. HACIA UNA NUEVA DOGMÁTICA

La pugna entre proyectos alternativos por dotar de perfil al emergente orden político subraya lo insuficiente de un tratamiento de las tareas públicas que se redujera al problema del reparto de competencias entre la Comunidad Europea y los Estados. Lo que simultáneamente está en liza, es no sólo la *igual libertad* como fin último del orden político (35) y su traducción en tareas públicas; también la ligazón entre derechos y democracia se ha visto no ya ferozmente combatida por los grupos de poder y paladines neoliberales, sino con demasiada frecuencia desplazada a un plano secundario como cuestión *négligeable* por, justo, los gobiernos y mayorías parlamentarias que más obligados estaban a asumirla como asunto propio. En relación con ello, prestaremos especial atención como armadura dogmática de la arquitectura en ciernes, de un lado, a las tareas públicas de garantía de los derechos fundamentales, de ejercicio de la potestad reguladora y de mediación de intereses y valores; y, de otro, al principio democrático.

### 2.2.1. Tareas públicas

Algunas tareas públicas de especial relevancia para la configuración del orden político en ciernes se destacan solicitando nuestra consideración.

---

(35) Cfr. A. LÓPEZ PINA, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, op. cit.; A. PACE, *Problematika delle libertà costituzionali*, 2. edizione, Padova: CEDAM, 1990

## 2.2.1.1. La garantía de los derechos fundamentales

Toda una serie de autorizados testimonios —Everling, Frowein, Lenz, Pernice, Rodríguez Iglesias, Schwarze o Zuleeg (36)— apunta a que la garantía de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades no es inferior a la ofrecida por la Jurisdicción hasta ahora nacional, un supuesto confirmado por el *Bundesverfassungsgericht* (37).

Ello es asumible, con un par de reservas. Para empezar, en el momento de dar por buena la garantía comunitaria de los derechos, los *fedatarios* en la Jurisdicción constitucional o la doctrina han dejado de lado la existencia de significativas diferencias entre la perspectiva *liberal* y la *democrático-social*. Incluso desde un planteamiento *liberal* puede ser atendida la dimensión institucional de los derechos a la hora de garantizar su efectividad. Pero a efectos de dotar de bases materiales al ejercicio de la libertad en una democracia europea digna de tal nombre, el planteamiento *liberal* de los derechos se evidencia como insuficiente, por la sencilla razón de que por el momento en Occidente ni la conciencia social renuncia a la idea del trabajo como esencial para la propia realización personal, ni cabe una existencia digna sin una procura pública de condiciones de existencia. Por otra parte, si en un contexto mundial de *cambio del modo de producción y distribución* (38) el Estado social (1933 a los años setenta)

(36) Cfr. U. EVERLING, «Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs», op. cit.; J. A. FROWEIN, «Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», *Europarecht*, H. 4, Okt. - Dez. 1995; C. O. LENZ, «Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, H. 24, 31. Dez. 1993; I. PERNICE, «Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz - Grundlagen, Bestand und Perspektiven», *Neue Juristische Wochenschrift*, H. 39, 1990; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (en colaboración con D. Liñán Noguerras), *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Madrid: Ed. Tecnos, 1993; ID., «Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario», en *Estudios en Homenaje al Prof. Díez de Velasco*, Madrid: Ed. Tecnos, 1993; ID., «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», *Europarecht*, H. 3, Juli-September 1992; J. SCHWARZE, «Probleme des europäischen Grundrechtsschutzes», in *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht* Festschrift für Arved Deringer, U. Everling; K. H. Narjes; J. Sedemund (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993; M. ZULEEG, «Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht», *Die öffentliche Verwaltung*, H. 22, Nov. 1992.

(37) BVerfGE 89, S. 155 - 213.

(38) Alfonso Ortí habla de la ofensiva ultraliberal para una nueva sobrerrentabilización del capital; ... aquella pondría en práctica la *remodelación y sujeción de*

asociado al pleno empleo que caracterizara al *modo fordista de producción* (de la primera década del siglo a los años setenta) se debate frente a una fuerte ofensiva, no vemos razones para renunciar a que el poder público —bien comunitario, bien estatal— continúe satisfaciendo una serie de importantes tareas que legitiman su existencia y que son indispensables para la democracia (39).

La segunda reserva también es material. La dogmática y la garantía legal, judicial y administrativa de los derechos son estatales. La evolución histórica muestra el constante correlato entre derechos del hombre y poder soberano a la hora de definir la estructura constitucional. No debe sorprendernos, si a la creciente residualización de la soberanía estatal en los procesos de integración europea se suma una simultánea referencia no ya a la fundamentalidad de las libertades comunitarias, sino también a la primacía del Derecho Comunitario a la hora de juzgar sobre derechos fundamentales.

De acuerdo con una consideración puramente formal las jurisdicciones imponen una supremacía del Derecho Comunitario o Internacional, no cuestionable en principio. Si la naturaleza fundamental de los derechos es asociada al alto rango de su garantía, parece razonable conferir a la norma internacional y comunitaria el papel decisivo en la definición de los mismos. En su caso, las reservas —*Solange II*, sin ir más lejos— conducen a una suerte de pugna por la mejor tutela de los derechos, en la que la cota superior prevalecerá indefectiblemente. Pero esa perspectiva —complementada por un análisis de las formas por las que adquieren eficacia interna las declaraciones internacionales o por un estudio comparado que permita establecer una relación o tabla completa de derechos— pasa por alto lo esencial: la respuesta no puede proceder de una consideración puramente formal.

En juego están, ciertamente, no sólo el proceso de integración, sus contradicciones e incertidumbres, o la defensa de posiciones institucionales

---

*la sociedad mundial por el principio de maximización de la rentabilidad del capital.* Vid. A. ORTÍ, «Viejas y nuevas ideologías: Hacia la dualización postsocialdemócrata», en *Revista Documentación Social*, nos. 99 - 100, Abril-Septiembre 1995. Cfr. asimismo, Michel AGLIETTA, *Régulation et crises du capitalisme. L'expérience des Etats-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, 1976.

(39) Cfr. A. LÓPEZ PINA, «Capítulo III del Título I De los Principios rectores de la política social y económica (arts. 39 - 52 CE)», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Edición de Oscar Alzaga, Madrid: Cortes Generales; Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

en los respectivos Tribunales —solo concebibles en un determinado en-  
tramado que a toda costa tratan de sostener. Por encima de ello, queda  
comprometida sobre todo la posibilidad misma de continuar hablando de  
los postulados democráticos, sociales y de imperio de la ley. De ahí, que  
la referencia siga siendo —si no de necesidad mañana— decididamente  
hoy el Derecho del Estado.

Pues, a la hora de definir el alcance de los derechos fundamentales no  
es suficiente con una garantía eventual de un derecho concreto por insti-  
tuciones supranacionales. Lo decisivo es la capacidad del poder público  
de imponer de manera soberana y cotidiana un elenco sistemático de de-  
rechos. El principio de constitucionalidad es sólo un paso de un trayecto  
histórico concreto, que no suspende los logros alcanzados, sino que los  
integra. Los derechos se han perfilado y cobran aún sentido, en la Socie-  
dad y en la dinámica política, con su tensión frente a la ley. Mientras la  
Sociedad, la política y las leyes sigan teniendo un marco estatal, los de-  
rechos habrán de referirse primariamente a él. Allí cobrará realidad su  
dimensión institucional, y un legislador democrático, una Administración  
activa y un poder judicial de competencia universal les proporcionarán  
desarrollo y tutela. Los derechos no pueden vivir al margen del legislador  
democrático y de las tareas públicas, siendo recíproca la definición de unos  
y otros: en la unidad que conforman consiste la Constitución (Gutiérrez,  
1997).

#### 2.2.1.2. El desarrollo de la potestad pública de regulación

Conforme a la letra y al espíritu del Tratado de Maastricht nuestros  
Estados se han dado a privatizar masivamente los servicios públicos. Tal  
decisión política en aras de una presunta mayor efectividad requiere, en  
mayor medida de lo que hasta ahora era el caso, de la acción reguladora  
del Estado. El hecho de confiar tareas públicas a la autoregulación de  
particulares plantea nuevas cuestiones: privatización no puede significar  
abdicación del Estado de su responsabilidad para *los intereses generales*,  
*el interés público o el Bien común*, tanto menos cuanto que el bien de la  
generalidad no resulta automáticamente de la libre competencia. En lugar  
de la gestión estatal o por el sector público de las tareas, tenemos en la  
actualidad la obligación estatal de garantía; sobre todo, en nada alteran  
las privatizaciones la competencia estatal de tutela de los derechos funda-

mentales (40). De ello resultan exigencias para la organización estatal, el procedimiento y el contenido de las medidas a adoptar que requieren regulación por el Estado.

Dado que hasta las recientes privatizaciones los servicios públicos formaban parte de la dimensión institucional de los derechos, la nueva situación requiere acompasar a los derechos de los ciudadanos la gestión o titularidad de los servicios. La competencia pública respecto de los servicios se define ahora como *reserva estatal de regulación de los efectos de las privatizaciones (Rechtsfolgeseite)*. El régimen jurídico-administrativo de los nuevos servicios deberá estar inspirado por una perspectiva funcional: a saber, la dependencia de los servicios para el ejercicio de los derechos.

En ese sentido, sus condiciones-marco deberán ser completadas por garantías institucionales, sobre todo de la universalidad de acceso. Las infraestructuras son al respecto un elemento fundamental: bien puede el Estado privatizar partes importantes del sector público; ello no le libera sin embargo de la responsabilidad constitucional de garantía para la infraestructura de los servicios. Es decir, nunca puede la privatización suponer una plena retirada del Estado; las obligaciones de procura pública forman parte de la vertiente objetiva de los derechos, no siendo disponibles para el legislador. A la Administración prestataria de otro tiempo sucede ahora la Administración reguladora y garantizadora; a la antigua responsabilidad prestacional del Estado para la procura existencial le corresponde ahora la responsabilidad de regulación y de garantía. El traspaso de servicios públicos a privados no ha hecho perder a aquéllos su función de condiciones jurídico-objetivas del ejercicio de la libertad, cuya procura obliga al Estado. El concepto de obligada tutela es la respuesta constitucional a los desafíos planteados por los servicios privatizados; la ley debe garantizar que los privados gestores o eventualmente dueños de servicios públicos asuman la obligación originariamente estatal de protección de los derechos —en el bien entendido, de que cuando la regulación es insuficiente para asegurar derechos la privatización no puede extenderse indiscriminadamente; sin ir más lejos, en sanidad, educación y Seguridad Social la titularidad estatal del servicio no es disponible.

---

(40) Vid. K. HESSE, «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Peter Häberle Hrg., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1998; en lengua española en *Revista de Teoría y Práctica Constitucional*, n.º 1, Otoño 1998, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia / Fundación Ramón Areces.

Las obligaciones de tutela no se reducen a limitar y ordenar posiciones jurídico-fundamentales; más bien se orientan a proteger a los ciudadanos socialmente menesterosos frente a los fuertes y pudientes. En la Sociedad naciente hay que vincular la dimensión objetiva de la responsabilidad pública de tutela con las condiciones del ejercicio de la libertad. Bajo la nueva situación, procede completar las cautelas normativas existentes por razón de los derechos con la posibilidad de autotutela privada y la organización de protección pública.

En la nueva fase hay que restablecer los equilibrios de la distribución de responsabilidades entre Estado y Sociedad. El asimétrico aumento en libertad para el sector privado únicamente resulta soportable para la Sociedad, mientras el Estado responsabilice al sector privado gestor o titular de la procura de los *intereses generales* y mantenga la titularidad de los servicios públicos fundamentales. De ahí que el servicio de los privados a la realización del *Bien común* se haya convertido en un elemento importante del Derecho Administrativo de los nuevos servicios. Las obligaciones de universalidad de acceso y condiciones de prestación son un buen ejemplo. Se hace así necesario un orden-marco jurídico-público para la autoregulación privada y para el Derecho Privado de organización (41).

En suma, cuando se considera la privatización de los servicios públicos en un mercado globalizado, la regulación pública continúa en los planos interno y supranacional siendo indispensable; a causa de los desplazamientos en las relaciones entre Estado, economía y Sociedad, recae sobre el poder público comunitario y nacional, dentro de sus fronteras, concurrentemente una cada vez más importante responsabilidad de garantía (42) —y ello, con independencia de las contradicciones señaladas más arriba por Böckenförde (43).

---

(41) F. SCHOCH, «Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Bericht, Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer», Osnabrück, 1997, Berlin: Walter de Gruyter, 1998; ID., «Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts», in *Juristen Zeitung*, 3, 3. Februar 1995.

(42) Cfr. K. HESSE, op. cit.; F. SCHOCH, op. cit.

(43) Cerrado ya este manuscrito, Dominique Strauss-Kahn, a la sazón Ministro de Economía y Hacienda del Gobierno Jospin, nos llama la atención sobre *l'idée que le libéralisme revient périodiquement comme une parenthèse, jusqu'à ce que la nécessité de nouvelles régulations s'impose parce que les phénomènes économiques ne sont pas autonomes par rapport au reste de la société* (D. Strauss-Kahn, *La gauche du XXIe siècle*, *Nouvelle Observateur*, 19-25 Février 1998).

### 2.2.1.3. La mediación pública de los intereses y valores presentes en la Sociedad

Los Estados constitucionales disponen de los presupuestos institucionales para atribuir responsabilidades. El ordenamiento más adecuado a tal fin ha sido hasta las últimas décadas el régimen parlamentario de gobierno con soberanía financiera sobre los recursos públicos. Dado el volumen de los recursos públicos, en torno al 50 % del producto interior bruto, los ciudadanos consideran la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado el instrumento más importante de mediación entre los diversos intereses y las representaciones de valores.

Las decisiones políticas concernientes a la distribución de recursos y en particular a la redistribución del bienestar ... requieren sistemas complejos de formación de la voluntad política, de búsqueda de compromisos y de pactos sociales temporales. Tales sistemas se conciben *todavía* en el plano nacional y gracias a ideales específicos de solidaridad, de expectativas de equidad entre los ciudadanos y de garantías asistenciales definidas sobre la base de un nivel de subsistencia y de umbrales de pobreza concertados periódicamente.

La mediación de intereses y la representación de distintos valores, la legitimación de los acuerdos de desarrollo de las expectativas populares respecto de la acción de gobierno tiene lugar *aún* en sede parlamentaria; la formación y la representación de los intereses esenciales continúa produciéndose *por el momento sobre todo* a través de procedimientos, reglamentación y organizaciones estatales. Los Estados van a comportar *todavía por algún tiempo* el orden constitucional-político en el seno del cual tienen lugar los más importantes procesos colectivos de integración de la Sociedad; de un lado, aquéllos en los que se registra la autodefinición colectiva producida en la comunicación inmediata; de otro, los procesos dónde se acuerdan las decisiones negociadas concernientes a la distribución de recursos y se deciden los destinatarios de las prestaciones de la colectividad.

A través de las tomas de posición en el debate sobre los Presupuestos se definen recíprocamente objetivos en pugna y representaciones heterogéneas de valores que devienen transparentes y accesibles al debate público. *Pese a todo* la ley parlamentaria no ha dejado de ser el lugar central de procesamiento y condensación de los criterios heterogéneos de racionalidad y de la producción de normas de solidaridad.

De este proceso sociopolítico de mediación entre los diversos intereses y de los acuerdos legitimadores logrados por los procesos de mediación y negociación depende no sólo el prestigio sino también la identidad sociopolítica del Estado nacional. El Estado permanece un lugar de construcción social de los objetos de identificación y de las normas de solidaridad, en torno al cual en los conflictos de intereses y en el debate sobre valores en colisión cobra forma la identidad colectiva (44).

Ahora bien, después de lo acontecido durante las dos últimas décadas, perseverar en la condición absoluta del Estado supondría querer dar marcha atrás en el curso de la Historia: los constreñimientos fácticos y, desde el Acta Unica Europea y los Tratados de Maastricht y Amsterdam, las limitaciones de toda laya que debilitan su capacidad, dificultan hasta tal extremo el despliegue de la soberanía del Estado, que las decisiones estatales han pasado a ser residuales. Aún más, tienden a reproducir el patrón de intereses y valores cortado en sede europea o que imponen quiénes dictan la voluntad de los mercados (45). Con importantes consecuencias: la gradual desaparición de la autonomía estatal de decisión no puede por menos de llevar consigo un paulatino desplazamiento de la responsabilidad política a instancias europeas. Ello trae a primer plano la virtualidad del principio democrático.

### 2.2.2. El principio democrático

Al respecto voces autorizadas observan un considerable déficit en el procedimiento de adopción de decisiones y en el control y responsabilización política de las autoridades comunitarias (46). Bien puede el Tra-

(44) Vid. M. R. LEPSIUS, «Integrazione economico-politica e pluralità culturale», *il Mulino Europa* / 2, febbraio 1997, Bologna; W. von SIMSON; J. SCHWARZE, «Integración europea y Ley Fundamental. Maastrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán», en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde (Hrsg.); Edición, *prolegomena* y traducción de A. López Pina, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996; W. von SIMSON, «Die künftige Rolle des Staates in der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht*, Beiheft 1, 1992.

(45) Cfr. A. LÓPEZ PINA, *Mercado e interés público en España. A vueltas con la Sociedad civil*, op. cit.

(46) Cfr. F. SCHARPF, «Demokratische Politik in Europa», in D. Grimm; R. Jochimsen; F. W. Scharpf, *Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996/97*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996/1997; id. *Europäisches Demokratiedefizit und deutscher Föderalismus*, in *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, 3. Jhg. 1992.

tado formular en el art. F 6 TUE los principios fundamentales de la Democracia, señalar medidas contra un comportamiento atentatorio para los principios de la Unión (art. F 7 TUE), reglamentar la transparencia (art. 1 TUE; art. 207 TCE) y avanzar en la democratización del Derecho derivado. Decididamente insuficiente; el reproche del déficit democrático no acaba de provocar una acción consecuente. Ello puede entenderse por la existencia de una cierta contradicción. Después de todo, ¿no vienen las carencias democráticas de los procedimientos de dirección, decisión y responsabilidad en la Comunidad simplemente a reproducir, *a escala*, la asincronía que muestran nuestros Estados entre hipertrofia de unos derechos subjetivos sin vinculación social y raquitismo de la democracia —por no reducirnos al caso alemán de virtuoso garantismo, medrosidad política e hipertrofia jurisdiccional—, podemos igualmente recordar las reformas institucionales italianas en pos de una salida a la crisis de su régimen representativo? En tan ambigua situación, no deja de ser irónico que desde una perspectiva estatal del Derecho y la política, justo en una situación nacional de un palmarés democrático sin especial brillo, se niegue otra posibilidad de despliegue a la democracia que no sea la nacional.

Tanto más cuanto que comienzan a darse algunos presupuestos de una democracia a escala continental, que sería ocioso ignorar y que bien pudieran desencadenar un salto cualitativo; en algún momento habrá que reducir a unidad política la serie de asimetrías y asincronías que registra la actual *transición hacia una Europa constituida*. Para empezar, por encima del *foro público* (*Öffentlichkeit*) y de la Sociedad civil de los Estados-miembros están emergiendo un espacio y una Sociedad civil europeos. En tal contexto, ni la condición de que el debate público haya de tener lugar en el *foro público nacional* y *en un idioma nacional* resultan tan incontrovertibles, ni parece que la solución a los evidentes déficits democráticos de la Comunidad Europea pase por subordinar la supraestatalidad a *el foro público, el idioma y la democracia nacionales* —como se ha propuesto. Por un lado, registramos la emergente configuración de un *foro público europeo* en once idiomas —sin ir más lejos en torno a política de pesca y agrícola, el *affaire de las vacas locas*, el Tratado de Maastricht, la guerra de Yugoslavia, ... y no en última instancia, sobre la Unión Monetaria y la política de empleo— que trasciende las fronteras y da lugar a alineamientos políticos supranacionales no obstante la inexistencia de una Unión política.

Pero si tales argumentos no bastaran, tórnese la mirada a la economía.

Es conciencia generalizada que el desarrollo de una Sociedad civil va asociado a la iniciativa privada en una economía de mercado. Pues bien, en una fase histórica en la que empresas transnacionales operan, cooperan y concurren en Europa y *globalmente* —es decir, que su propiedad, mercancías y servicios han sido *desnacionalizados*—, no hay duda de que están haciendo nacer una Sociedad civil europea. En no menor medida los constreñimientos fácticos, la protección del medio ambiente y la administración de recursos escasos no abordables *nacionalmente* apelan a que construyamos un orden político supranacional.

En fin, no es ya que nuestras democracias nacionales dejen bastante que desear en cuanto a representatividad, y que vean desbordada su capacidad de control de las decisiones políticas en *sede europea*; sino que la envergadura y el alcance de las decisiones exigen, de un lado, que a una Jurisdicción europea constituida como *tercer poder* se contraponga un legislador democrático supraestatal, y que éste armado de poder público haga frente al diseño político *liberal* de unas poderes financieros transcontinentales; de otro, que un Gobierno de la economía contrapesese al Banco Central Europeo, titular de la competencia para la política monetaria.

Ciertas novedades del Tratado de Amsterdam apuntan en la dirección adecuada, de un lado, de hacer efectiva para Europa la dimensión objetiva de los derechos; y, de otro, de politizar el debate en torno a los derechos, el *foro público europeo* y en consecuencia las acciones de la Comunidad. Si mediante un inmediato desarrollo se actualizara tales normas, Europa habría iniciado, por más que modestamente, el camino para recuperar con la nueva reducción a unidad el sentido *kantiano* de la libertad y la razón instrumental del orden político al servicio de aquélla extraviados bajo el huracán liberal. Veamos. Según la consolidada jurisprudencia constitucional, la dimensión objetiva de los derechos obliga a los poderes públicos a garantizar las condiciones materiales de su ejercicio (47). Pues bien, la nueva garantía de los servicios públicos, art.16 TCE (en versión de Amsterdam), es su expresión más decidida. Por otra parte, por más que el Título VIII sobre empleo, el Título IX sobre política social y la coordinación de las políticas económicas no hayan alterado la distribución de competencias y continúen siendo responsabilidad de los Estados-miembros, incluso sin haber incrementado la dotación económica prevista, no obstante han cambiado las reglas políticas de juego. Así, el giro de Amsterdam

(47) Cfr. A. LÓPEZ PINA, *Principios rectores de la política social y económica*, op. cit.

bien pudiera tener consecuencias adicionales de gran calado para la relación entre derechos y democracia. Hasta Amsterdam, el poder ejecutivo comunitario ha operado a partir de criterios sectorial-instrumentales, endosando a los Estados las secuelas económicas y sociales; desde 1957, el consenso existente ha permitido que la política se redujera al ámbito estatal. El Tratado de Maastricht es la última versión de tal disposición de ánimo. Pues bien, la normativa sobre empleo y política social y la garantía de los servicios públicos de Amsterdam aunadas a la coordinación de las políticas económicas acordada en Maastricht y ratificada en Luxemburgo cambian las reglas de juego.

La *cuestión social* no sólo politiza cualquier debate en Europa, sino que en nuestro caso invierte la relación existente hasta ahora entre los Estados y la Comunidad: los Estados han comenzado a traspasar a la propia concertación en el plano comunitario una situación nacional de desempleo que por sí solos se sienten incapaces de resolver. Si hasta ahora no hubiera sido el caso, desde la última fase en dirección a la Unión Monetaria y la creciente sensibilidad sobre la *cuestión social* que culmina en el encuentro, de Noviembre, de Luxemburgo, los ciudadanos están identificando directamente a la Comunidad como instancia política de referencia; en tal sentido, la van a hacer responsable de las concretas condiciones de ejercicio de sus derechos, no siendo excluible que a renglón seguido tiendan a exigir una democratización de los procesos institucionales de adopción de decisiones. La normativa aprobada en Amsterdam estaría ya, antes aún de entrar en vigor, politizando la Comunidad y colocando en primer plano la relación entre derechos y democracia. Una respuesta popular politizadora de la Comunidad Europea por mor de la *cuestión social*, bien pudiera acelerar el *final feliz* del viejo proyecto de alcanzar la meta de una *Unión política federal mediante la vía indirecta de realizar un mercado común y una unión monetaria*, tan persuasivamente puesto en duda por Böckenförde como auspiciado por Delors (48).

Ello no empece, sin embargo, al sentido que *en la actual fase mantiene* preservar el Estado: de ahí que no obstante lo expuesto más arriba, sea comprensible que Kirchhof, el *Bundesverfassungsgericht*, Grimm y el grueso de la *deutsche Staatsrechtslehre* continúen pensando desde la perspec-

---

(48) S. Delors ha mantenido continuamente tal postura desde la aprobación misma del Tratado de Maastricht. Por todas sus anteriores manifestaciones, R. BARRÉ et J. DELORS, «Au-delà de l'euro», *Le Monde*, Jeudi 2 Octobre 1997. Cfr. Jacques DELORS, *Le nouveau concert européen*, Paris: Éditions Odile Jacob, 1992.

tiva del Estado o de la democracia nacionales. Por supuesto, en razón de la garantía de la dimensión institucional de los derechos y de la procura pública de asistencia a la socialización a través del trabajo; pero no sólo por ellas. Es que además, puestos a apostar por un orden político supranacional europeo, *mientras* y hasta que cobre los rasgos por los que el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano caracterizaba a los órdenes políticos constitucionalizados, ¿hay alternativa a mantener alzada nuestra tienda sobre el campo de juego en el que está más desarrollado y es más factible y eficaz el control democrático y judicial del poder, es decir, hoy por hoy, el Estado?

## EPÍLOGO

Nadie debería bajo las cambiadas condiciones del *modo de producción* y *distribución* hacerse ilusiones sea de una solución rápida al problema del paro, sea que el Tratado de Amsterdam haya encontrado la piedra filosofal, sea en fin que la democratización de la Unión Europea esté a la vuelta de la esquina. No está en nuestro ánimo ir tan lejos: el modelo anglosajón de capitalismo y de mercado, por comportar la ruptura del pacto social (1945-años setenta) que permitió compatibilizar democracia y capitalismo, no parece para los ciudadanos europeos jurídica ni políticamente aceptable; ahora bien, por positivos que parezcan los logros del modelo holandés, las propuestas del discurso alternativo británico y las recientes iniciativas francesas deberán todavía pasar la prueba del fuego del éxito sostenido bajo las actuales condiciones, y el espíritu de Amsterdam está solícito de continuación. Lo que en todo caso parece importante es subrayar el viraje, el cambio de dirección: normativamente, hemos pasado de una situación en la que los derechos fundamentales y los servicios públicos estaban garantizados a reserva de la libre circulación de capitales y servicios y del principio de la libre competencia, a otra, por demás distinta, en la que los últimos son garantizados sin perjuicio de la tutela de derechos y servicios públicos y de la puesta en marcha concertada de políticas sociales.

Por lo que hace a la ordenación de los Estados y la Unión Europea en tan *transitoria situación*, sería aventurado ir más lejos hasta definir un *estricto* reparto de competencias —*exclusivas*— entre la Comunidad Europea y los Estados-miembros: la garantía de los derechos, la potestad

pública de regulación y la mediación de intereses y valores son *tareas públicas* básicas respecto de las que la competencia y la titularidad se dan *por el momento* más en términos concurrentes que de exclusividad (49). Las contradicciones resultan sin embargo tan evidentes, que se hace urgente recuperar el sentido originario de competencia material o de asignación objetiva por materias, tal como hemos apuntado más arriba.

Pero incluso si llegáramos a materializar en Derecho tal programa, bien la Unión Europea responderá a los cánones clásicos de la democracia, o se verá impotente para cumplir con las tareas públicas e integrar políticamente a sus ciudadanos. Con el Acuerdo de Amsterdam los europeos hemos dado un paso adelante en el sentido correcto del orden político de servicio a la *igual libertad de todos* (Kant). La creciente sensibilidad para una política europea de empleo y de protección social y la garantía de servicios públicos pueden servir de expediente político y jurídico, para reducir a renovada unidad material una democracia revitalizada: el actual régimen competencial europeo de *federalismo flexible*, de tan difícil asimilación para el ciudadano medio, cobraría nuevo sentido gracias a la responsabilidad pública unitaria de la procura del bienestar y a la asignación objetiva de competencias por materias. A partir de ahí quedaría abierto de todas maneras, si una creciente politización asociada a la *cuestión social* será capaz de incitar a nuestras Sociedades tanto a distanciarse del señuelo de la salvación individual a través del mercado como a superar el hastío actual de la política y de los partidos, dando así nuevos vuelos a la democracia.

---

(49) Peter Saladin, que caracteriza al Estado como nuevo *pouvoir intermédiaire*, subraya especialmente la preservación cultural y la ejecución administrativa como tareas del Estado: Vid. P. SALADIN, *Wozu noch Staaten. Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Bern: Verlag Stämpfli, 1995. Comentario de A. LÓPEZ PINA, «Hacia la Unión Política Europea», *Revista SABER / Leer*, Madrid: Fundación Juan March, 1998.