

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEUDA SOBERANA. UN DIÁLOGO CON ANTONIO LÓPEZ PINA<sup>22</sup>

Paul KIRCHHOF

*Catedrático de Derecho Público, Financiero y Presupuestario. Universidad de Heidelberg  
Ex Magistrado del Tribunal Constitucional alemán*

### CUESTIONES

1ª. *Muchos Estados de la Unión Europea y numerosas empresas importantes están fuertemente endeudados, sobre todo, frente al capital financiero. La crisis financiera lastra la Unión Europea y amenaza el euro. ¿Cuáles son, a su juicio, las causas de una evolución tan errática?*

2ª. *Desde el año 2008 estamos desdichadamente familiarizados con los problemas de la deuda soberana. A través de los medios, de oídas, los europeos nos hemos enterado de la reforma constitucional de la Ley Fundamental consagrada en el art. 115. Pero, hasta hoy, no hemos tenido la fortuna de cruzarnos con un interlocutor como usted, que pueda contarnos su contenido y explicarnos la razón última de la decisión del constituyente alemán. Más aún, ¿hasta qué extremo comparte usted la tesis, de que una fórmula plasmada en Derecho con fuerza normativa es mejor, que confiar en la racionalidad de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias?*

3ª. *El caso es que los Estados-miembros de la Unión Europea, y, en particular, de la Eurozona, no son sea una isla de la estabilidad, sea una excepción de inestabilidad. Justo por razón de la moneda común, los Estados de la Unión Monetaria están económico-financieramente ligados entre sí, hasta el extremo de que la evolución en uno u otro sentido de un país afecta a la totalidad de la Eurozona. Los Estados altamente endeudados presionan a la Unión, y a Alemania en concreto, en favor de una mancomunidad solidaria de todos los Estados; o, al menos, de promesas de garantía de los Estados solventes, que aporte una cierta seguridad político-financiera a los Estados endeudados y que haga bajar en los mercados los intereses del pago de la deuda. Háblenos, por favor, de en qué medida y hasta qué extremo, el Derecho Europeo vincula a los Estados para dar una respuesta proporcionada al déficit presupuestario y el endeudamiento*

4ª. *Me parece razonable la pretensión en la doctrina dominante, de que los Estados europeos deberían retornar a la Comunidad de Derecho que es la Unión y volver a observar estrictamente las normas vinculantes. Sin embargo, ello no ayuda a que los endeudados Estados salgan de su actual crítica situación. ¿Ofrece el Derecho Europeo norte para una transición desde la actual situación de necesidad a la normalidad político-financiera?*

\*\*\*

22 El Director y el Consejo de Redacción de la revista agradecen de forma muy particular la intervención de D. ANTONIO LÓPEZ PINA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense, en su condición de máximo especialista español en el Derecho constitucional alemán, a los efectos de que nuestra publicación pueda recoger en sus páginas los muy interesantes criterios del profesor PAUL KIRCHHOF sobre cuestiones de rabiosa actualidad e interés constitucional. Extendiéndose nuestro agradecimiento a que lo haya hecho en un género literario académico tan ameno como el de la entrevista de altura por él diseñada.

*1ª Muchos Estados de la Unión Europea y numerosas empresas importantes están fuertemente endeudados, sobre todo, frente al capital financiero. La crisis financiera lastra la Unión Europea y amenaza el euro. ¿Cuáles son, a su juicio, las causas de una evolución tan errática?*

## PAUL KIRCHHOF

Los Estados y las sociedades europeos se han ido acostumbrando a vivir por encima de sus posibilidades. El Estado en libertad se financia no con sus propiedades y empresas públicas, sino mediante la participación en el éxito económico privado. El Estado en libertad garantiza libertad profesional y derecho a la propiedad privada, confía a la iniciativa privada los factores de la producción trabajo y capital; por tal razón, se ve obligado a financiarse mediante impuestos al trabajo y al capital. El Estado y, el Estado democrático en particular, quiere responder a los deseos de los ciudadanos. Y el hecho es que éstos demandan al Estado, simultáneamente, menos impuestos y cada vez mayores servicios y prestaciones. Ello explica que los Estados tiendan a buscar la salida a menos ingresos y a un mayor gasto en el endeudamiento público, que financie las tareas del presente mediante crédito, que la próxima generación habrá de devolver con intereses más los intereses de esos intereses. El contrato de préstamo es decidido por los gobiernos y aprobado por los parlamentos, a fin de privilegiar a los públicos actuales y hacer que las cargas recaigan sobre la siguiente generación. Nuestros hijos deberán financiar nuestra hodierna abundancia, sin a día de hoy poder defenderse en elecciones o en procesos judiciales.

Los mercados financieros, en particular los bancos y las compañías de seguros, ofrecen una y otra vez nuevos créditos al sobreendeudado Estado, como socio bienvenido. Las partes del contrato son conscientes, de que en el momento del vencimiento el Estado no cumplirá con sus obligaciones de pago, por más que pueda haber hecho hasta ahora religiosamente frente al pago de los intereses. Ello explica el continuo aumento de la deuda soberana. No es infrecuente, que la carga de los intereses sobre los intereses aumente en términos tales que, por alto que pueda llegar a ser el crecimiento económico, nunca se pueda llegar a saldar la deuda. La dependencia del Estado de los acreedores aumenta, el precio que paga el Estado se convierte en un precio político, que el Estado ha de mantener bajo, mediante concesiones políticas. Cuanto más se endeude el Estado, tanto más caerá en una situación de dependencia de los mercados financieros. Cuyos portavoces, las agencias de calificación, valoran la capacidad de crédito de los Estados y determinan, por ende, los intereses del Estado endeudado, decidiendo en último término sobre los márgenes de maniobra y la soberanía del Estado .

Los Estados son considerados, en general, inmunes a la insolvencia, dado que los contribuyentes harán frente a la deuda soberana. De todos modos, la experiencia histórica enseña —en particular, la del siglo XIX— que Estados europeos una y otra vez han caído en la insolvencia y que, no obstante, los mercados financieros les han otorgado nuevamente créditos; si bien, bajo condiciones tales que anticipan el riesgo de insolvencia por el valor de la propia solicitud de crédito. También, en la actualidad, Estados euro-

peos al borde de la insolvencia y lastrados por rigurosos ajustes de saneamiento, se ven forzados a entregar completamente a los mercados financieros el juicio último sobre el éxito de sus programas de ahorro. Los ciudadanos ahorran en una medida como hasta este momento les era desconocida, sin poder participar en el éxito de tales programas de ahorro.

Pero también otros Estados, tenidos por financieramente sólidos, deben entregar a los mercados financieros una parte considerable de sus ingresos fiscales. De ese modo, se ve derogado el principio de igualdad del Derecho financiero, por el que se garantiza al contribuyente que se devolverá toda la recaudación fiscal a la generalidad de los contribuyentes. Si ciertamente el Estado fiscal recauda, es al fin de devolver los recursos a sus ciudadanos.

La crisis de los institutos financieros trae causa, sobre todo, de que, por razón de su carácter internacional, los mercados financieros no se dejan fácilmente regular. Por lo demás, en el curso de la desregulación, han sido derogadas normas que asignaban responsabilidad y consignaciones por sus errores a los actores financieros prestos a asumir riesgos. Eventualmente, se otorgan tales créditos a deudores, sin verificar previamente su fiabilidad. Muy pronto, tales créditos son vendidos con lucro a sociedades de fin determinado<sup>23</sup>, de forma que el éxito de la venta es contabilizado, sin que se tenga en cuenta la disposición y capacidad del deudor para devolver el dinero. De ese modo, se acaba organizando la irresponsabilidad. Lo propio sucede cuando se invierte en un fondo, sin saber si el rendimiento de las cantidades invertidas se debe a la producción de trigo o de armamento militar. Y cuando la conducta de los inversores cobra el carácter de juego y apuesta; cuando el apostante juega con la ruina de empresas o de Estados, es decir, cuando el apostante se lucra con la desdicha de los hombres, los mercados financieros pierden racionalidad, calculabilidad, honestidad. Mientras que en el mercado de mercancías y servicios, la escasez de dinero y de productos asegura la adecuación del intercambio entre vendedores y compradores, el dinero es en los actuales mercados financieros, macroeconómicamente, apenas un bien escaso; la contraprestación en el juego y en la apuesta, más que un palpable cambio de valores es expectativa, esperanza y temeridad.

*2ª. Desde el año 2008 estamos desdichadamente familiarizados con los problemas de la deuda soberana. A través de los medios, de oídas, los europeos nos hemos enterado de la reforma constitucional de la Ley Fundamental consagrada en el art. 115. Pero, hasta hoy, no hemos tenido la fortuna de cruzarnos con un interlocutor como usted, que pueda contarnos su contenido y explicarnos la razón última de la decisión del constituyente alemán. Más aún, ¿hasta qué extremo comparte usted la tesis, de que una fórmula plasmada en Derecho con fuerza normativa es mejor, que confiar en la racionalidad de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias?*

<sup>23</sup> *Zweckgesellschaften* son empresas creadas con el fin de sacar determinados objetos patrimoniales (*leasing*, *Asset naked securities*, fondos especiales, ...) del balance de la *holding* - empresa madre o una operación de refinanciación. Una vez logrado el objeto, la empresa puede ser liquidada.

## PAUL KIRCHHOF

Todavía no hemos acabado de sacar las consecuencias de la experiencia de los últimos años. Los mercados financieros y muchos políticos presionan para continuar la política de beneficios para los actuales públicos a costa de nuestros hijos, y en no asumir una cultura de la ponderación para las finanzas. De todos modos, el legislador constituyente ha regulado, mediante la reforma federal del año 2009<sup>24</sup>, los supuestos constitucionales para el endeudamiento del Estado, prohibiéndolo básicamente.

La justicia requiere siempre una cultura de la medida apropiada. De ahí que las constituciones modernas consideren la desmesura y la arbitrariedad no conformes a Derecho. El Estado de la Hacienda tiene que contar cuidadosamente su gasto público y afinar sus tareas según la limitación de sus ingresos. Cuando un Estado gasta anualmente más dinero del que recauda, y trata de financiar sus necesidades actuales mediante crédito a costa de los futuros contribuyentes, tal endeudamiento es materia de la prohibición de desmesura. Bien se trata de una decisión inconstitucional o bien precisa de una especial justificación.

Y, sin embargo, la economía y el Estado actuales presionan a favor del crecimiento, y viendo en el crédito un instrumento para aumentar la productividad y el bienestar. Lo que sucede es, que los principios válidos para la economía privada y para el Estado son fundamentalmente diferentes. Mientras que la economía satisface la necesidad de mercancías y servicios de las personas, el Estado tiene como tareas garantizar la paz, la seguridad y el Derecho. La «productividad» del Estado no reside estructuralmente en prestaciones objetivas y servicios, sino en la organización de una comunidad pacífica bajo el Derecho, que garantice la libertad, la igualdad en términos de estatus social básico y en las posibilidades de despliegue de la persona, la seguridad en el desarrollo personal y en la vida pública.

El afán económico de lucro y la disposición parlamentario-democrática a cada vez más prestaciones del Estado conducen, a que aumente la cantidad de dinero líquido y se acelere la puesta del mismo en circulación, a que se vean desbordados los Presupuestos del Estado y a que el Estado caiga en el endeudamiento; en fin, a que peligre el valor del dinero. El sistema democrático debe moderar los impuestos, las tareas y el endeudamiento del Estado haciendo que el deudor fiscal —representado por sus Diputados— decida personalmente sobre impuestos, presupuestos y deuda pública. Sin embargo, la realidad democrática actual lleva a los diputados y a los candidatos a hacer más y más promesas adicionales de prestaciones públicas. Anticipan así programas adicionales de gasto, y, por ende, un aumento de los impuestos.

El endeudamiento del Estado se considera en sí mismo malo; tanto los financieros como los beneficiarios del Estado fiscal deben ser las mismas personas, y posteriormente como «pueblo soberano» deben recibir como «compensación» prestaciones estatales con cargo a los ingresos fiscales<sup>25</sup>. De todos modos, el tiempo nuevo subraya que la deu-

24 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.07.2009, BGBl I 2248.

25 Cfr. BVerfGE 55, 274 (304) —tarea de formación profesional— en conexión con HATSCHKE, J., *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Band II, 2. Aufl. 1939, pg. 270 y sgs. Se concibe que los impuestos son independientes de una prestación pública compensatoria, MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Auflage 1924, 1. Band, pgs. 315 y sgs. (una tasa «sin condiciones»); VON GERLACH, H., *Die Geschichte des preussischen Wahlrechts*, 1908, pg. 11; RICARDO, D., *Untersuchungen über das Anleibesystem*, en: DILE, K., MOMBERT, P., (Hrsg.), *Das Staatsschuldenproblem*, ((1820), 1980, pg. 94 (140).

da soberana puede concordar las necesidades futuras al progreso de la Hacienda, financiar prometedores proyectos de futuro mediante cargas financieras al porvenir<sup>26</sup>; en tal sentido, un Estado sin deudas bien emprendería poco para su futuro, bien exige demasiado a su presente<sup>27</sup>. Las teorías modernas de la justicia declaran una ideada condición originaria de todas las generaciones que, bajo un «velo de la ignorancia», se entienden recíprocamente sobre un principio general de ahorro, de modo que cada generación recibe de sus predecesores la parte que en justicia le corresponde, y, por lo que a ella respecta, da a sus sucesores la parte justa a la que tienen derecho<sup>28</sup>.

Sin embargo, tal abstracción del interés personal no resulta posible al ser humano. Apenas si cobra el mismo suficiente madurez en el empleo responsable, cara al futuro, de los recursos financieros obtenidos mediante el endeudamiento del Estado. Todas las experiencias con ambiciosos proyectos de lujosa representación, de financiación de la guerra y de dispendiosas prestaciones públicas del Estado enseñan que «el gasto a crédito» no compensa<sup>29</sup>.

De ahí que una y otra vez las constituciones traten de limitar el empeño estatal en créditos a lo financieramente posible. Así, la toma de empréstitos por el Estado ha solido ir conectada a «una extraordinaria necesidad»<sup>30</sup>. A tenor del art. 87 WRV<sup>31</sup> sólo será legítimo disponer de medios financieros a crédito «en caso de extraordinaria necesidad» y, ordinariamente «sólo para fines publicitarios»<sup>32</sup>. La Ley Fundamental ha impostado tales parámetros constitucionales —para empezar apoyándose conscientemente en el art. 87 WRV—; a renglón seguido, ha exigido una excepción para «medidas financieras preventivas de la Federación para el caso de oscilaciones de la coyuntura económica o para solventar una crisis económica general»<sup>33</sup>. El concepto de «gasto para fines publicitarios» ha sido extendido en el transcurso del tiempo, hasta mucho más allá de lo que en principio se concibió como «tareas rentables»<sup>34</sup>. Tampoco se ha acreditado la sustitución del

26 VON STEIN, L., *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, Band II, 4. Auflage, 1878, pgs. 340 y ss.

27 Cfr. También BVerfGE 79, 311 (353) – *Staatsverschuldung*; HÖFLING, W, *Staatsschuldenrecht*, 1993, pg. 100 ss.; Hermann PÜNDELER, H, *Staatsverschuldung*, in: ISENSEE, J / KIRCHHOF, P (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 3. Aufl., 2007, & 123, Rn. 2 ss.

28 John RAWLS, J, *A Theory of Justice*, 1971, pg. 284 ss.; sobre el particular, Stefan MÜCKEL, S, «Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen» – «Generationengerechtigkeit» und Verfassungsrecht, in: DE-PENHEUER, O. / HEINTZEN, M. / JESTAEDT, M / SAXER, P. (Hrsg.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, 2007, S. 183 (184 ss.).

29 Ya en su tiempo HENSEL, A., *Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung*, 1922, pgs. 169 y ss.

30 & 51 de la Constitución de la Paulskirche, HUBER, E.R. (Hrsg.), *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 1, 3. Aufl., 1978, pg. 380; lo propio es el caso de la Constitución del Deutscher Reich, de 1871, RGBl 1871, pgs. 63 y ss., sobre el particular, el Secretario de Estado de Política Interior, Graf von Posadowsky – Wehner, en la Sesión del Reichstag de 9 junio 1902, StB 5501B y de 12 de diciembre de 1905, StB 239B.

31 Constitución de Weimar

32 MORITZ SAEMISCH, F.E, *Das Staatsschuldenwesen*, in: ANSCHÜTZ, G. (Hrsg.) *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Band 2, 1931, pgs. 435 (438); cfr. Asimismo el art. 73 de la Verfassung des Norddeutschen Bundes de 26 de Julio de 1887, GBl 1887, pg. 1.

33 El Diputado Ludwig Kroll en la Comisión permanente , 15. Sitzung de 2 de diciembre de 1948, en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N. F., Bd. 1 (1951), pg. 822.

34 Dictamen sobre el Begriff der öffentlichen Investitionen, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, 26.4.1980, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 29, pg. 17.

«la cobertura tradicional del principio con referencia al objeto por una más moderna perspectiva concerniente a la situación»<sup>35</sup>, ni se ha evidenciado como sostenible limitar las inversiones según la suma de los gastos en los Presupuestos. Tal instrumento de la política financiera no operó tampoco como prohibición constitucional de la desmesura, no cumplió los estrictos requisitos de la idoneidad, necesidad y suficiencia para la defensa de la economía frente a una perturbación de los equilibrios generales; más bien abrió las puertas a la desmesura.

La tesis de la conexión entre necesidad actual y la carga que supone<sup>36</sup>, debía impedir que mediante deuda pública el Estado traslade «sus preocupaciones a un futuro en el tiempo»<sup>37</sup>; es decir, que financie los actuales Presupuestos a costa del futuro. Con la vinculación en los Presupuestos entre inversiones y crédito, la Ley Fundamental ha intentado establecer una justicia trascendente a las generaciones, que mediante una renuncia a consumo actual, en favor de una consunción futura de valores, traslade a la futura generación las ventajas de las inversiones actuales; por consiguiente, que es legítimo también recabar de aquella la co-financiación de inversiones<sup>38</sup>. Adicionalmente, la vinculación de las inversiones asegura que las actuales prestaciones públicas sean financiadas por los actuales contribuyentes, que son los beneficiarios directos de las mismas<sup>39</sup>.

Es equivocada la idea, de que, dado que la siguiente generación también va a beneficiarse de las actuales inversiones, debería financiarlas. Cada generación se esfuerza en mejorar su nivel de vida y en confiar a sus hijos los resultados de sus progresos —obras de arte, avances de la Ciencia, desarrollos tecnológicos, una mejor cultura política, más humanidad, apoyo familiar, procura de asistencia social—. Cada generación vive de las bases, de lo que generaciones precedentes han puesto en pie en el propio beneficio. Tal progreso, sin embargo, no tiene por qué ser financiado por la siguiente generación; más bien, ésta deberá hacer que se desarrolle en beneficio de la subsiguiente generación. La justicia actual presume como algo obvio, que la generación de los padres entregue su patrimonio a la generación de sus hijos. La pregunta de una compensación para tal legado, de una justicia de trueque no se plantea para la herencia, y tampoco debería ser anticipada vía crédito. Sin embargo, habrá que verificar si, para pagar intereses a los acreedores financieros, se puede recurrir a ingresos fiscales actuales; en particular, si es legítimo al Estado empeñarse para pagar intereses y amortizaciones de créditos anteriores.

35 objektgebundenen Deckungsgrundsatzes durch eine moderne situationsgebundene Betrachtungsweise Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Art. 115 durch das 20. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 2. Mai 1969, BGBl. I, 1969, pg. 357.

36 HENSEL, A a.a.O., pg. 169.

37 HENSEL a.a.O., TERHALLE, F, Finanzwissenschaft, 1930, pgs. 538 y ss.

38 Cfr. PÜNDER, H, a. a. O., & 123, Rn. 3 ss. M. N.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *Staatsverschuldung wirksam begrenzen – Expertise im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, 2007, pg. 49 ss.; 74 ss.: investitionsabhängige Verschuldung als «Goldene Regel der Finanzpolitik».

39 PÜNDER a.a. O. Rn. 4; ISENSEE, J *Schuldenbarriere für Legislative und Exekutive-zur Reichweite und Inhalt der Kreditkautele des Grundgesetzes*, in: WENDT, R / HÖFLING, W / KARPEN, U / OLDIGES, M (Hrsg.), *Staat – Wirtschaft – Steuern. Festschrift für Karl – Heinz Friauf*, 1996, pg. 705 (706); Paul Henseler, *Verfassungsrechtliche Aspekte zunftbelastender Parlamentsentscheidungen*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* (1983), pg. 489 (520 ss.); Sachverständigenrat a.a. O. pg. 41.

La observación, fijada exclusivamente en la actualidad, de que una inversión financiada mediante crédito puede animar actualmente la coyuntura económica, es corta de miras, al no considerar que las amortizaciones e intereses de tal endeudamiento debilitarán la futura coyuntura económica. Sobre todo, la vinculación entre inversiones y créditos, del año 1969<sup>40</sup>, se vio debilitada por la excepción, de que «a fin de defendernos de una perturbación del macroequilibrio económico», los ingresos por crédito podrían superar el volumen de inversiones. Por esa puerta entró la magia<sup>41</sup> en el Derecho, se forzó al Estado en la facultad competencial y en la responsabilidad, de crear, en caso de crisis económica, mediante gasto público adicional a crédito o vía desgravaciones fiscales, una demanda adicional, asegurar puestos de trabajo y hacer crecer el producto social bruto<sup>42</sup>. La «contrarrevolución de la teoría monetaria»<sup>43</sup> objeta, que el endeudamiento público hace subir los intereses; con lo cual hace que las inversiones privadas se retraigan; de ese modo, cuando no neutraliza, invierte los efectos de creación de empleo por medio de mayor gasto público o una bajada de los impuestos. Se argumenta a menudo que el Estado, en su condición de demandante de crédito, ofrece las mayores garantías, pero en la medida en que lo hace, impulsa a la banca, en su caso, a los mercados financieros a posergar las necesidades privadas de crédito. Además, la corriente internacional de capital provoca una revaluación de la moneda indígena. La fragilidad macroeconómica y una alta tasa de paro condicionados por los costes y las estructuras económicas<sup>44</sup> no pueden ser solucionadas mediante estímulos de la demanda vía endeudamiento estatal. La actualidad enseña que la satisfacción por el Estado de tareas adicionales, financiadas a crédito, no crean demanda adicional, apenas si hacen crecer la tasa de ocupación laboral y aumentar el producto social bruto; antes bien, el endeudamiento público puede dar lugar a más altos intereses, a reprimir inversiones privadas y a impedir los esperados efectos vitalizadores. Una revaluación de la moneda propia, gracias a la llegada de capital, internacional empeora las posibilidades de exportación, y aumenta las importaciones<sup>45</sup>. La experiencia muestra que el endeudamiento estatal no se autofinancia; antes bien, seduce al dinero fácil que favorece a los electores actuales y recae sobre los contribuyentes de mañana, en este tiempo nuestro, incapaces de defenderse.

Ello explica que los arts. 109, 115 LF<sup>46</sup> limiten más rigurosamente los márgenes de la Federación para tomar dinero a crédito<sup>47</sup>. Conforme a los arts. 109.3.1, y 115.2.1 LF,

40 15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8.6.1967 (BGBl. I pg. 581).

41 Zum «magischen Viereck» cfr. & 2 des Gesetzes zur Förderung des Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. 6. 1967, BGBl. I pg. 182.

42 Sobre el particular, cfr. John Maynard Keynes, *Vom Gelde*, 1932; Sachverständigenrat a. a. O., pgs 45 ss.; BVerfGE 79, 311 (331) – Staatsverschuldung; Hermann Pünder a. a. O., Rn 8 ss.; Markus HEINTZEN, M, Staatshaushalt, in: ISENSEE, J / KIRCHHOF, P (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 3. Auflage 2007, & 120, Rn. 21.

43 FRIEDMAN, M, *Die Gegenrevolution in der Geldtheorie* (1970), in KALMBACH, P (Hrsg.), *Der Neue Monetarismus*, 1973, pg. 47 ss.

44 Cfr. En detalle, PÜNDER, H a.a.O., & 123, Rn 9 ss.

45 Sobre tales cuestiones y su trasfondo teórico-económico PÜNDER, H, a. a. O., & 123, Rn. 8 ss.

46 En la versión des la Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.7.2009, BGBl 2009 I, pg. 2248 (Föderalismusreform II).

47 Zur gemeinsamen Verpflichtung von Bund und Länder in den Verpflichtungen aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft aufgrund des Art. 104 EG, cfr. Art. 109.2 LF. Sobre el particular, REIMER, E, in:

el equilibrio presupuestario es un mandato constitucional. Por primera vez en la historia del constitucionalismo alemán, el endeudamiento neto<sup>48</sup> queda prohibido<sup>49</sup>. En situación de normalidad, es legítimo un nuevo endeudamiento neto hasta un máximo de 0,35% del producto interior bruto nominal (art. 115.2.3 LF). Tal tipificación de un nivel mínimo de inversiones de futuro<sup>50</sup> permite una continente desviación de la prohibición de nuevo endeudamiento<sup>51</sup>. La Constitución parte de un endeudamiento estatal básico —desde ahora considerablemente reducido<sup>52</sup>—. En una fase coyuntural que se desvíe de la normalidad, habrá adicionalmente que «considerar simétricamente los efectos en los Presupuestos de las fases alcista y bajista de la coyuntura económica» —una prescripción que requiere una disciplina presupuestaria en función de la coyuntura, pero que cabe asimismo entender como un techo de endeudamiento ampliado<sup>53</sup>—. En cualquier caso, los cargos que superen el umbral del 1,5% del producto interior bruto nominal, deberán ser compensados conforme a la coyuntura económica (art. 115.2.4 LF). Habrán de ser anotados en una cuenta aparte a efectos de control. Finalmente, en caso de catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de necesidad no controlables por el Estado, el art. 115.2.6 LF permite, con una mayoría cualificada de los Diputados del Bundestag, superar tales límites de crédito. Tal resolución deberá ir unida a un plan de amortización. Los créditos así contraídos, deberán ser devueltos en un tiempo prudencial.

El mandato constitucional del equilibrio presupuestario, una excepción cuantitativamente limitada de un nuevo endeudamiento neto y la obligación —asimismo cuantificada— de devolver la deuda pública prometen un considerable progreso de consolidación. Los criterios convencionales de una necesidad extraordinaria, de la vinculación de las inversiones, de una reserva de coyuntura y de una reserva de ley no han sido eficaces, porque siempre acaba siendo más fuerte la presión para financiar tareas actuales a costa de los contribuyentes del futuro. Ahora bien, si conforme al Derecho europeo<sup>54</sup>, la Constitución alemana opta por expresar cuantitativamente el parámetro constitucional, este Derecho

EPPING, V / HILLGRUBER, Ch, *Grundgesetz, Kommentar*, 2009, Art. 209, Art. 109 Rn. 26 ss., dort Rn. 49 ff. insbesondere auch zur Verpflichtung der Gemeinden.

48 Zu Ermittlung der strukturellen Nettoneuverschuldungsgrenze in Art. 115 Absatz 2 Satz 2 GG durch das Statistische Bundesamt cfr. KUBE, H, in: MAUNZ, T / DÜRIG, G, *Grundgesetz, Kommentar*, Art. 115 (Stand: Oktober 2009), Rn. 147.

49 SEILER, Ch, *Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schuldenregeln*, *Juristen Zeitung* 2009, pg. 721 ss.; KUBE, H in: MAUNZ, Th / DÜRIG, G a.a. O. (Stand: Oktober 2009), Art. 115 Rn. 3 ss.; zur zeitlichen Anwendbarkeit vgl. Art. 143d Abs. 1 GG, dazu LENZ, Ch. / BURGBACHER, E, *Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, pg. 2561 (2565).

50 Cfr. SEILER, *Juristen Zeitung* 2009, pg. 721 (723), REIMER a.a.O. Art. 115 Rn.32; LENZ / BURGBACHER *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, pg. 2561 (2562); KUBE a.a.O. Art. 115 Rn. 138.

51 CORIOTH, S, *Das neue Staatsschuldenrecht – Zur zweiten Stufe der Föderalismusreform*, *Juristen Zeitung* 2009, pg. 729 ss.; Kube a.a.O. Art. 115 Rn. 136

52 Sobre el particular cfr. GANDENBERGER, O, *Öffentlicher Kredit und Einkommensverteilung*, *FinArchV Neue Folge*, Band 29, 1970, og. 1 ss.; Dieter Duwendag, *Staatsverschuldung – Notwendigkeit und Gefahren*, 1983; *Kube a.a.O. Art. 115 Rn. 139*.

53 Así, KUBE a.a.O. Art. 115 Rn 3.

54 Art. 126 Abs. 2 EG, Entschliessung des Europäischen Rates über die Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17.6.1997, *ABl. EG* 1997, No. C 236, S. 1: Jährliche Kreditaufnahme bis zu 3 % des Bruttoinlandsprodukts, öffentliche Schuldenstand bis zu 60 % des Bruttoinlandsprodukts; dazu Ulrich Palm, *Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2000, pg. 46 ss.

puede incidir, más precisa y rigurosamente que mediante determinaciones materiales, en los numéricos Presupuestos y Derecho financiero. Unida a un sistema preventivo de alarma (art. 109 a LF), esta barrera al endeudamiento puede estimular a nuevos planteamientos sobre el contrato generacional en materia de deuda pública.

3ª. *El caso es que los Estados-miembros de la Unión Europea, y, en particular, de la Eurozona, no son sea una isla de la estabilidad, sea una excepción de inestabilidad. Justo por razón de la moneda común, los Estados de la Unión Monetaria están económico-financieramente ligados entre sí, hasta el extremo de que la evolución en uno u otro sentido de un país afecta a la totalidad de la Eurozona. Los Estados altamente endeudados presionan a la Unión, y a Alemania en concreto, en favor de una mancomunidad solidaria de todos los Estados; o, al menos, de promesas de garantía de los Estados solventes, que aporte una cierta seguridad político-financiera a los Estados endeudados y que haga bajar en los mercados los intereses del pago de la deuda. Háblenos, por favor, de en qué medida y hasta qué extremo, el Derecho Europeo vincula a los Estados para dar una respuesta proporcionada al déficit presupuestario y el endeudamiento*

## PAUL KIRCHHOF

Un endeudamiento de la magnitud actual atenta también contra el Derecho Europeo. Si los miembros de la Eurozona hubieran observado el Derecho Europeo en vigor, no se habría producido la actual crisis financiera. Según el art. 126.1 TFUE los Estados-miembros evitan incurrir en déficit públicos desproporcionados. A fin de garantizar una cierta disciplina fiscal y mantener la autonomía presupuestaria de los Estados-miembros, el Tratado de Maastricht impuso la obligación jurídica de evitar déficits públicos desmesurados<sup>55</sup>. Se da un déficit público desbordado cuando se ve amenazada la continua financiación de los Presupuestos o se lleva a cabo una política presupuestaria expansiva atentatoria contra la estabilidad<sup>56</sup>. Si se da o no el caso, habrá que juzgarlo observando la completa situación presupuestaria y económica<sup>57</sup>. Según art. 126.2.2 TFUE se examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes: el déficit público y la deuda pública. A tenor del art. 1 del protocolo (nº 12) sobre el procedimiento, que conforme al art. 51 TUE forma parte integrante de los Tratados, tales valores de referencia del art. 126.2 TFUE son: 3%, para la relación entre el déficit previsto o el déficit real y el producto interior bruto, a precios de mercado, 60%, para la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto, a precios de mercado.

El art. 126.1 TFUE funda una auténtica obligación jurídica<sup>58</sup>. Tales «valores de referencia» determinan la «valoración global» del Consejo, a tenor del art. 126.6 TFUE, de

55 BANDILLA, in: GRABITZ / HILF, *Das Recht der Europäischen Union – Kommentar*, 2007, Art. 104 EGV, Rn 1.

56 HATTENBERGER, in: SCHWARZE, *EU — Kommentar*, 2008, Art. 104 EGV, Rn. 17

57 KHAN, in: GEIGER / KAHN / KOTZUR, *EUV / AEUV, Kommentar*, 2010, Art. 126 AEUV, Rn. 7

58 Allgemeine Ansicht, cfr. STREINZ / OHLER / HERRMANN, *Totgesagte leben länger-oder doch nicht?; Der Stabilitäts- und Wachstumspakt nach dem Beschluss des Rates vom 25. November 2004 über das*

la que resultan las sanciones<sup>59</sup> por un déficit excesivo. En tal contexto, deberá específicamente verificarse, si una vulneración de los valores de referencia hace aumentar continuamente la deuda estatal o bien, si los datos provisionales permiten avizorar que tal país está en camino de reducir su deuda.

El Consejo de ministros de Economía y Hacienda (ECOFIN) es competente para el juicio definitivo sobre la situación presupuestaria y de endeudamiento del Estado de que se trate. Con ello, se materializan los límites de Derecho Europeo al endeudamiento de los Estados. La puesta en práctica de tales barreras sufre, sin embargo, de un procedimiento que hace jueces del endeudamiento a los responsables del mismo, que enaltece como veladores del Derecho Europeo a quienes lo vulneran. De ahí que se prevea una sanción, decidida por el sujeto que forma parte del mismo gremio que objeta, que no es de esperar en un procedimiento político.

Muchos Estados-miembros —Alemania, entre ellos— han transgredido una y otra vez los límites de endeudamiento, en particular las barreras a la deuda global. Tales prácticas son atentatorias contra el Derecho europeo. La naturaleza de la Unión Europea como Comunidad de Derecho<sup>60</sup> requiere, acabar inmediatamente con tales infracciones jurídicas; es decir, abstenerse de un nuevo endeudamiento contrario al Derecho Europeo y reducir la deuda pública que rebase los límites establecidos.

El art. 125.1 TFUE asegura el comportamiento presupuestario correcto de cada Estado-miembro, en la medida en que se opone ya a la apariencia, de que otros Estados-miembros o la Unión intervendrían a favor de un Estado con problemas presupuestarios. En casos de debilidades presupuestarias que hagan temer a los Estados — miembros las reacciones de rigor de los mercados financieros —en particular, una subida de los tipos de interés, y no, en vez de ello, esperar un alza general, si bien entonces menor, de los tipos de interés<sup>61</sup>—. De ahí que el art. 125.1 TFUE contenga una exclusión general de responsabilidad por la Unión o los Estados-miembros, de aplicación inmediata<sup>62</sup>. Ni la Unión ni los restantes Estados-miembros han de hacerse corresponsables o subrogarse en las deudas de otro Estado miembro. Los términos «responsabilizarse» y «subrogarse» del Tratado excluyen todas las formas de aval para las obligaciones de otro Estado miembro. Excluyen una obligación de responsabilidad, pero comprenden también un aval voluntario para obligaciones ajenas<sup>63</sup>. Se excluye créditos, garantías y otros compromisos de efecto similar. El rigor de tal exclusión de tales responsabilidades y garantías se ve reforzado por el art. 125.1.3 TFUE que, excepcionalmente, prevé garantías financieras recíprocas, pero limitándolas a proyectos comunes<sup>64</sup>.

der Defizitverfahren gegen Frankreich und Deutschland, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pg. 1553 (1554) n. w. N.

59 Sobre el particular, HÄDE, in: CALLIES / RUFFERT, *EUV / AEUV, Kommentar*, 4. Aufl., 2011, Art. 126 AEUV, Rn. 53 ss.

60 Zu diesem Begriff cfr. EUGH, Rs, 294/83, Slg.1986, 1339 (Le Verts) und G/91, Slg. 1991, 1 – 6079; cfr. También HALLSTEIN, *Die EG*, 1979, pg. 51 ss.; ZULEEG, *Der rechtliche Zusammenhalt der EU*, 2004, pg. 135 ss.; CALLIES, in: Ders. / RUPPERT, *EUV / AEUV, Kommentar*, 4. Aufl. 2011, Art. 2 EUV, Rn. 25.

61 HÄDE, a.a.O., Art. 125 AEUV, Rn. 1.

62 BANDILLA, a.a.O., Art 103 EGV, Rn. 2; HATTENBERGER, a.a.O., Art. 103, Rn. 1; HÄDE, a.a.O., Art. 125 AEUV, Rn.2

63 HÄDE, a.a.O., Rn. 3.

64 Cfr., GNAN, in: GRABITZ / HILE, a.a.O., Art. 103 EG, Rn. 22 ss.; Häde, a.a.O., Art. 125, Rn. 3.

Actualmente, los «fondos de rescate» y garantías vulneran esta prohibición de responsabilidad y de promesas de garantía del Tratado. La Unión está en el mejor camino de hacer de la ilegalidad una fórmula de solución para los problemas, en vez de aportar una idea legal del saneamiento. De este modo, se hace de los fondos de rescate contrarios al Tratado la base de negociación de más y más créditos. Los contratos de crédito resultantes se ven aspirados en la turbina de una vulneración sistemática del Derecho.

La Unión Monetaria Europea tiene que retornar a los principios de una Comunidad de Derecho. Un endeudamiento del Estado sólo cabe legítimamente, para el déficit, en un 3% y, para la deuda soberana, en un 60% del producto interior bruto. Las transgresiones de la regulación del déficit y de la deuda del Derecho Europeo deben ser encauzadas mediante un plan plurianual fiable. Por principio cada Estado, en cuanto unidad democrática de su pueblo, es responsable de la observancia del Derecho y del saneamiento de sus finanzas.

*4ª. Me parece razonable la pretensión en la doctrina dominante, de que los Estados europeos deberían retornar a la Comunidad de Derecho que es la Unión y volver a observar estrictamente las normas vinculantes. Sin embargo, ello no ayuda a que los endeudados Estados salgan de su actual crítica situación. ¿Ofrece el Derecho Europeo norte para una transición desde la actual situación de necesidad a la normalidad político-financiera?*

## PAUL KIRCHHOF

Es hora de volver al principio cristiano del viaje por mar: todo capitán de barco sabe que si hace encallar su barco, deberá ser el último en abandonar el buque que se hunde. Precisamente, porque el capitán asume un riesgo personal en su empeño, conduce su navío cuidadosa y perspicazmente por todos los mares.

Sobre tal base deberá el legislador mejorar las condiciones-marco del mercado financiero. Durante largo tiempo las sociedades de fin determinado<sup>65</sup> estaban prohibidas. Los fondos podrían ser hechos transparentes siempre que cada inversor suscriba, si desea lucrarse negociando con trigo o con armamento militar. Responsabilidades jurídicas posteriores podrían conectarse a la firma del inversor. La banca universal debe ser compartimentada, de modo que la responsabilidad para el juego y para la apuesta no afecte al ahorrador que evita el riesgo; habría que separar ahorro, inversiones, bancos de inversiones, inversiones con capital propio en empresas no cotizantes en Bolsa<sup>66</sup>, juego y apuestas bajo la rúbrica de la banca universal en mutuas autónomas de responsabilidad.

Un impuesto de transacciones financieras podría responsabilizar fiscalmente a los actores de los mercados financieros, tendría como efecto ralentizar los movimientos de los mercados, impediría las reacciones de mercado dictadas por ordenadores —sin voluntad humana alguna de contrato—, a fin de moderar el componente especulativo de los mercados financieros. Lo ideal sería que el Derecho internacional pudiera establecer un Derecho de la competencia que relajara la retificación de los bancos, de modo que cada

<sup>65</sup> *Zweckgesellschaften* vid. n.p.p. 7.

<sup>66</sup> *Private equity*, inversiones en la financiación con capital propio de empresas no cotizantes en Bolsa

cual fuera responsable de su conducta, y los *holdings* con «riesgos sistémicos» no pudieran recapitalizarse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Los Estados deberían ayudar a empresas amenazadas y también a otros Estados — aunque siempre en relación de reciprocidad—. Cuando un Estado endeudado salva a un banco, tal banco una vez puesto a flote debería poner a disposición del Estado salvador una quita de la deuda, y, en particular, una condonación de intereses. Y los ciudadanos en cada Estado deberían constituir una suerte de mutua de ahorro. Ello podría traducirse en una regla jurídica, conforme a la que, cuando un Estado se endeudara en un 1% de más, todas las prestaciones estatales —del sueldo de un funcionario vía la subvención a la industria hasta la asistencia social— se redujeran consiguientemente en un 1%. A partir del momento en que la deuda soberana no fuera por más tiempo un parámetro abstracto en los Presupuestos, sino que se hiciera notar en el bolsillo de cada ciudadano, es decir, cuando se realizara en cada uno la carga para el futuro, resultaría una ponderada comunidad de ahorradores de la alegre comunidad de endeudados. También de esa forma podríamos organizar el crecimiento económico. Un retroceso del crecimiento sería, sin embargo, defendible como precio de la consolidación económica, de la recuperación de la libertad individual y de la soberanía democrática.

\*\*\*

TITLE: *Academic Survey about Constitutional Reform*

ABSTRACT: *In this Academic Survey a group of Constitutional Law Professors answer some questions about constitutional reform, and particularly about the regulation of Constitutional Reform in Spain, the practice of this constitutional reform, the constitutional matters that should be amended or modified, and, of course, about the last constitutional reform of art. 135 CE (the content of the reform and also the special reform procedure).*

RESUMEN: *En esta encuesta un grupo de Catedráticos de Derecho Constitucional responden a un conjunto de preguntas sobre la reforma constitucional: sobre las normas que rigen la reforma de la Constitución Española de 1978, sobre la práctica de dichas normas, sobre las materias constitucionales que sería necesario reformar, y, en particular, sobre la reforma introducida en el art. 135 CE en 2011, tanto respecto al procedimiento seguido para la misma, como a su contenido.*

KEY WORDS: *Constitution, Constitutional Reform, Constitutional Reform Procedures, Reform and Budget Stability.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución, Reforma constitucional, procedimientos de reforma, reforma y estabilidad presupuestaria.*